

Besluit

Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/COL/2009/202779

Zaaknummer: 09.0081.37.1.01

Datum: 29 oktober 2009

BESLUIT van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit inzake het bezwaarschrift tegen zijn besluit van 17 juni 2009 tot oplegging van boetes ter zake van overtredingen van artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet (spamverbod).

1 Samenvatting

1. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) heeft bij besluit van 17 juni 2009¹ twee boetes opgelegd aan [VERTROUWELIJK] (hierna: [VERTROUWELIJK]) wegens overtreding van artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw).
2. Bij brief van 29 augustus 2009, ontvangen door het college op 31 augustus 2009, heeft [VERTROUWELIJK] bezwaar aangetekend tegen het besluit van het college van 17 juni 2009. [VERTROUWELIJK] stelt in zijn bezwaar onder andere dat het college testbestanden, die dienst moesten doen bij de prestatiemetingen van de internetsoftware, heeft gevorderd en gebruikt bij het opstellen van het onderzoeksrapport. Daarnaast stelt [VERTROUWELIJK] dat het college onzorgvuldig heeft gehandeld door de manier waarop het college het onderzoek naar klachten, die zijn binnengekomen via <www.spamklacht.nl>, heeft uitgevoerd. Voorts stelt [VERTROUWELIJK] in zijn bezwaar dat hij niet kan worden aangemerkt als de verzender van de ongevraagde e-mailberichten. [VERTROUWELIJK] stelt eveneens dat hij een gedegen opt-in regime hanteert en dat de verzonden e-mailberichten een geldige afmeldmogelijkheid bevatten.
3. Ten aanzien van de gronden van bezwaar concludeert het college in heroverweging dat deze niet slagen. Het college verklaart het bezwaar derhalve ongegrond.

2 Verloop van de procedure

4. Op 18 maart 2005 heeft het college een waarschuwing gegeven aan [VERTROUWELIJK] voor overtreding van het spamverbod. Het college ging hier toe over naar aanleiding van ingediende klachten via de website <www.spamklacht.nl> over ongevraagde commerciële berichten van het bedrijf Serinco. [VERTROUWELIJK] is bestuurder van de eenmanszaak Serinco.
5. Op 22 november 2007 hebben toezichthoudend medewerkers van het college een (onaangekondigd) controlebezoek gebracht aan het woonhuis van [VERTROUWELIJK]. Toezichthoudend ambtenaren hebben toen inzage verkregen in de digitale gegevensdragers in de woning. Tijdens het bezoek en ook nadien² heeft [VERTROUWELIJK] een verklaring afgelegd.

¹ Met kenmerk OPTA/ACNB/2009/201348.

² Op 10 juli 2008 ten kantore van het college.

Besluit Openbaar

6. Op 23 november 2007 hebben toezichthoudend medewerkers inzage gevorderd in de database met e-mailadressen die zijn gebruikt voor mailingcampagnes van [VERTROUWELIJK]. [VERTROUWELIJK] heeft de database op CD-Rom aangeleverd, voorzien van een toelichting.³
7. Bij brief van 22 oktober 2008⁴ heeft een toezichthoudend ambtenaar aanvullende informatie gevorderd bij [VERTROUWELIJK] over onder andere de genoten inkomsten door [VERTROUWELIJK] aan de verschillende websites. Op 28 oktober 2008⁵ heeft [VERTROUWELIJK] gereageerd op deze informatievordering.
8. Naar aanleiding van bevindingen uit het onderzoek is door een toezichthoudend ambtenaar van het college op 30 maart 2009 een onderzoeksrapport opgesteld, dat op dezelfde datum per aangetekende post⁶ aan [VERTROUWELIJK] is toegezonden.
9. Bij besluit van 17 juni 2009⁷ heeft het college naar aanleiding van de in het rapport geconstateerde overtreding boetes opgelegd aan [VERTROUWELIJK].
10. Bij brief van 20 juli 2009 heeft de gemachtigde van [VERTROUWELIJK], de heer Uitman van Bierman Advocaten, namens [VERTROUWELIJK] pro forma bezwaar ingediend tegen het besluit van het college van 17 juni 2009 (hierna: het bestreden besluit). Bij brief van 29 augustus 2009, ontvangen door het college op 31 augustus 2009, heeft [VERTROUWELIJK] de gronden van het bezwaar aangevuld.
11. Op 22 september 2009 heeft ten kantore van het college een hoorzitting plaatsgevonden waar [VERTROUWELIJK] zijn bezwaren mondeling heeft toegelicht.

3 Juridisch kader

3.1 Ten aanzien van de overtreding

12. Het spamverbod is opgenomen in artikel 11.7 Tw. Artikel 11.7, eerste lid, Tw luidt, voor zover relevant:

“Het gebruik van elektronische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten⁸ (voetnoot toegevoegd) voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden aan abonnees is uitsluitend toegestaan, mits de verzender kan aantonen dat de desbetreffende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend, onverminderd hetgeen bepaald is in het tweede lid.”

³ Bijlage 16 van het onderzoeksrapport.

⁴ OPTA/ACNB/2008/202331

⁵ Zie Bijlage 19 bij het onderzoeksrapport

⁶ OPTA/ACNB/2009/200087

⁷ OPTA/ACNB/2009/201348

⁸ Blijkens de memorie van toelichting bij de Telecommunicatiewet doelt de wetgever met het begrip “elektronisch bericht” op (onder meer) SMS-berichten. Zie *Kamerstukken II 2002/03*, 28 851, nr. 3, p. 153.

Besluit Openbaar

13. Uit de nota naar aanleiding van het verslag bij de wijziging van de Telecommunicatiewet⁹ blijkt dat het begrip “verzender” niet alleen degene die op de verzendknop drukt (de feitelijk verzender) omvat, maar ook “degene waarvan het bericht afkomstig is” (de materiële verzender).

14. Artikel 11.7, thans derde lid (voor 1 juli 2009, tweede lid), Tw luidt: ¹⁰

“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.”

15. Artikel 11.7, thans vierde lid (voor 1 juli 2009, derde lid), Tw luidt: ¹¹

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

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

16. Artikel 11.8 Tw luidde tot 1 oktober 2009:

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

17. Artikel 11.8 Tw luidt thans:

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

⁹ Kamerstukken II 2002/03, 28 851 nr. 7, p. 41.

¹⁰ Op 1 juli 2009 is de Tw gewijzigd (Stb. 2008, 525). Bij deze wijziging is onder meer artikel 11.7, tweede lid vernummerd tot het huidige derde lid, waarbij de inhoud van dit artikellid ongewijzigd is gebleven.

¹¹ Op 1 juli 2009 is de Tw gewijzigd (Stb. 2008, 525). Bij deze wijziging is onder meer artikel 11.7, derde lid vernummerd tot het huidige vierde lid, waarbij de inhoud van dit artikellid ongewijzigd is gebleven.

Besluit Openbaar

18. Artikel 1, aanhef en onder p, Tw luidt, voor zover relevant:

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

19. Artikel 11.1, aanhef en onder g, Tw luidt:

“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.”

20. Artikel 11.1, aanhef en onder i, Tw luidt:

“elektronisch bericht: tekst-, spraak, geluids- of beeldbericht dat over een openbaar elektronisch communicatienetwerk wordt verzonden en in het netwerk of in de randapparatuur van de ontvanger kan worden opgeslagen tot het door de ontvanger wordt opgehaald.”

3.2 Ten aanzien van de bevoegdheid

21. Artikel 15.1, derde lid, Tw luidt:

“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.”¹²

22. Artikel 15.8, eerste lid, Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:

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

23. Artikel 15.4, vierde lid, 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.”

¹² Zie ook het Besluit van het college van 29 januari 2008, *Stcrt.* 2008, nr. 22.

Besluit Openbaar

24. Artikel 15.4, vijfde lid, 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.”

4 Bestreden besluit

25. Het college stelt in het bestreden besluit een aantal overtredingen vast waarvoor hij boetes oplegt. De boetes zijn opgelegd aan [VERTROUWELIJK], eigenaar van de eenmanszaak Serinco.
26. De gedragingen van [VERTROUWELIJK] die in het bestreden besluit als overtredingen zijn gekwalificeerd, hebben betrekking op het verzenden van ongevraagde elektronische berichten met een commercieel doel zonder voorafgaande toestemming van de betreffende abonnee en zonder deze in voorkomende gevallen daadwerkelijk gelegenheid te bieden dergelijke communicatie te beëindigen. Deze gedragingen zijn in strijd met het spamverbod zoals neergelegd in artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, thans vierde lid, aanhef en onder b, Tw.
27. Met het bestreden besluit heeft het college in totaal een bedrag van € 250.000 aan boetes opgelegd aan [VERTROUWELIJK], bestaande uit
- een boete van € 150.000 wegens het verzenden van ongevraagde elektronische berichten met een commercieel doel zonder voorafgaande toestemming van de betreffende abonnee (overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw)
 - een boete van € 100.000 wegens het niet vermelden van een geldig postadres of nummer waaraan een ontvanger van het bericht een verzoek tot beëindiging van de communicatie kon richten (overtreding van artikel 11.7, thans vierde lid, aanhef en onder b, Tw).

5 Onbetwiste feiten

28. De volgende feiten zijn in bezwaar niet door [VERTROUWELIJK] weersproken of betwist en worden door het college als vaststaand beschouwd.
29. Vast staat dat [VERTROUWELIJK] een natuurlijk persoon is en bestuurder is van de eenmanszaak Serinco.
30. [VERTROUWELIJK] betwist niet dat hij e-mailberichten heeft verstuurd ter promotie van zijn eigen websites (<www.adverterenisgratis.nl>, <www.vrijerleven.com>, <www.needmorevisitors.com>), en ter promotie van producten en diensten van klanten van de website <www.internetpromoservice.nl> (hierna: IPS) van [VERTROUWELIJK].
31. Vast staat dat de door [VERTROUWELIJK] verzonden e-mailberichten kunnen worden aangeduid als elektronische berichten in de zin van artikel 11.7 Tw.

Besluit Openbaar

32. [VERTROUWELIJK] betwist niet dat hij niet kan aantonen te beschikken over voorafgaande toestemming voor het verzenden van e-mailberichten aan abonnees.
33. [VERTROUWELIJK] betwist niet dat de e-mailberichten zijn verzonden voor een commercieel doel.

6 Bezwaren

34. [VERTROUWELIJK] voert een aantal bezwaren aan, die hierna korthedshalve worden weergegeven.

Vaststelling en kwalificatie van de feiten; bewijs

- Het college heeft testbestanden, die dienst moesten doen bij de prestatiemetingen van de internetsoftware, gevorderd en gebruikt bij het opstellen van het onderzoeksrapport. Het college heeft hiermee onzorgvuldig gehandeld.
- De verificatie van drie klachten die zijn binnengekomen via <www.spamklacht.nl> is onvolledig uitgevoerd, er ontbreekt onomstotelijk bewijs dat de klagers natuurlijke persoon zijn en dat ze de daadwerkelijke ontvangers zijn van de ongevraagde e-mailberichten. Bovendien is de authenticiteit van de 379 bij <www.spamklacht.nl> ingediende klachten niet afdoende onderzocht. Het college heeft daarmee onzorgvuldig gehandeld.
- De voorbereiding door het college en de besluitvorming zijn in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur, omdat het college geen rekening heeft gehouden met de verblijfplaats van [VERTROUWELIJK].

Overtreding artikel 11.7, eerste lid, Tw

- [VERTROUWELIJK] betwist dat hij verzender is van ongevraagde e-mailberichten; [VERTROUWELIJK] acht zichzelf louter softwareontwikkelaar en kan als zodanig niet worden verweten dat gebruikers van zijn softwarepakket ongevraagde e-mailberichten versturen.
- [VERTROUWELIJK] stelt een gedegen en goed uitgetest opt-in regime te hanteren; in het onderzoeksrapport is een verkeerde screenshot gebruikt om aan te tonen dat [VERTROUWELIJK] geen opt-in aanbiedt.
- [VERTROUWELIJK] betwist dat hij ongevraagde e-mailberichten verstuurt aan natuurlijke personen, de gebruikte e-mailtabellen bevatten enkel e-mailadressen van bedrijfsmatige abonnees of abonnees niet zijnde particulieren anders dan die in de uitoefening van hun beroep of bedrijf handelen.

Overtreding artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw

- [VERTROUWELIJK] betwist dat de verzonden e-mailberichten geen geldige afmeldmogelijkheid bevatten.

Omvang van de overtreding

- De periode waarover [VERTROUWELIJK] een boete is opgelegd, 30 mei 2004 tot en met 23 februari 2009, is niet juist, omdat [VERTROUWELIJK] pas in 2006 de software van de internetsite <www.adverterenisgratis.nl> heeft aangekocht. Ook de officiële waarschuwing van 18 maart 2005

Besluit Openbaar

is daarmee ten onrechte gericht aan [VERTROUWELIJK].

- Het aantal verstuurd e-mailberichten van 21.355.139 is niet juist, omdat het aantal gebaseerd is op de gefingeerde tabellen. Zo het aantal wel juist is, dan kunnen ze niet aan [VERTROUWELIJK] worden toegerekend, omdat [VERTROUWELIJK] niet de verzender is van de ongevraagde e-mailberichten.

- Het door het college geschatte voordeel voor [VERTROUWELIJK] van € 81.900 klopt niet.

- Het is niet gepast dat het college lang heeft gewacht met optreden, in 2005 heeft het college een waarschuwing opgelegd en eerst eind 2007 is het college een onderzoek gestart, en vervolgens een hoge boete oplegt met het oog op de lange periode van overtredingen. Het college heeft daarmee het vertrouwensbeginsel geschaad.

- De overeenkomst tussen Serinco en zijn internetprovider (iPower NV) is op 1 augustus 2009 opgebroken en alle internetsoftware is doorverkocht aan de Belgische firma BIT te Aartselaar.

- Het is niet mogelijk zes mailings per dag te versturen, omdat de servercapaciteit ongeveer 6.000 á 7.000 berichten per uur is.

35. Tenslotte verzoekt [VERTROUWELIJK] op grond van artikel 7:15 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) vergoeding van de kosten van juridische bijstand in de bezwaarschriftprocedure.

36. In de navolgende overwegingen gaat het college in op de bezwaren van [VERTROUWELIJK].

7 Overwegingen

Bezwaren met betrekking tot de vaststelling en kwalificatie van de feiten

37. [VERTROUWELIJK] stelt dat de analyses in het onderzoeksrapport gebaseerd zijn op testbestanden die dienst moesten doen bij prestatiemetingen van de internetsoftware. Deze bestanden zouden niet gebruikt zijn door [VERTROUWELIJK] om ongevraagde e-mailberichten te versturen. [VERTROUWELIJK] stelt dat de toezichthoudend medewerkers van het college ten onrechte niet de internetserver hebben gevorderd, waarop de echt gebruikte tabellen zouden staan.

38. Toezichthoudend medewerkers van het college hebben bij het controlebezoek aan de woning van [VERTROUWELIJK] op 22 november 2007 de laptop van [VERTROUWELIJK] gevorderd. Op 23 november 2007 heeft het college inzage gevorderd in de database met e-mailadressen van [VERTROUWELIJK]. [VERTROUWELIJK] heeft deze database op CD-Rom aangeleverd aan het college. [VERTROUWELIJK] heeft verklaard dat deze database e-mailadressen bevat die gebruikt zijn voor commercieel gebruik.¹³

39. Het college stelt vast dat [VERTROUWELIJK] zelf de database met e-mailadressen die zijn gebruikt voor de verzending van de e-mailberichten heeft overhandigd aan het college.¹⁴

¹³ Bijlage 16 van het onderzoeksrapport.

¹⁴ Bijlage 10 en bijlage 15 van het onderzoeksrapport.

Besluit Openbaar

[VERTROUWELIJK] heeft zowel mondeling¹⁵ als schriftelijk (tot tweemaal toe¹⁶) een toelichting gegeven op de opzet en het gebruik van de tabellen met e-mailadressen. [VERTROUWELIJK] heeft toen en op geen enkel ander moment gedurende het onderzoek kenbaar gemaakt dat de tabellen met e-mailadressen die hij heeft overhandigd aan het college testtabellen zouden zijn. Ook in zijn schriftelijke reactie van 18 november 2008 op het onderzoeksrapport heeft [VERTROUWELIJK] er op geen enkele manier melding van gemaakt dat het onderzoeksrapport gebaseerd zou zijn op testtabellen. [VERTROUWELIJK] heeft in zijn bezwaar ook geen bewijs overlegt of anderszins aannemelijk gemaakt dat de gebruikte tabellen uitsluitend testtabellen zijn.

40. Het college acht het gezien het bovenstaande niet waarschijnlijk dat de tabellen die hij van [VERTROUWELIJK] heeft verkregen gefingeerde tabellen of testtabellen zijn.
41. Het college stelt tevens vast dat van twee van de drie geverifieerde klachten die via <www.spamklacht.nl> zijn binnengekomen de e-mailadressen van de ontvangers van de ongevraagde e-mailberichten voorkomen in de door [VERTROUWELIJK] overhandigde database met e-mailadressen. Naar het oordeel van het college staat hiermee vast dat de door [VERTROUWELIJK] overhandigde tabellen (en de daarin voorkomende gegevens) in ieder geval zijn gebruikt voor de daadwerkelijke verzending van de e-mailberichten.
42. De bezwaren van [VERTROUWELIJK] treffen derhalve op dit punt geen doel.
43. [VERTROUWELIJK] stelt dat het onderzoek van de klachten door het college onzorgvuldig is geweest. [VERTROUWELIJK] stelt dat twee van de drie door het college geverifieerde klachten zijn ingediend door abonnees die zich hadden aangemeld voor het ontvangen van e-mailberichten van <www.adverterenisgratis.nl>. [VERTROUWELIJK] heeft hiervoor geen enkel (schriftelijk) bewijs overlegt of dit anderszins aannemelijk gemaakt, zelfs niet na een verzoek daartoe van het college via de e-mail op 18 september 2009.
44. Voorts stelt [VERTROUWELIJK] dat hem na zelf uitbesteed onderzoek is gebleken dat van het totaal aantal ingediende klachten er 'xxx' zijn ingediend door rechtspersonen. [VERTROUWELIJK] heeft hiervoor geen schriftelijk bewijs overlegt of dit anderszins aannemelijk gemaakt. Ook niet na een verzoek daartoe van het college via de e-mail op 18 september 2009.
45. Volgens [VERTROUWELIJK] ontbreekt onomstotelijk bewijs dat klagers zich hebben ingeschreven als natuurlijk persoon bij hun internetserviceprovider en dat klagers ook de daadwerkelijke ontvangers zijn van de ongevraagde e-mailberichten van [VERTROUWELIJK]. [VERTROUWELIJK] stelt dat het college ondubbelzinnig moet aantonen dat met de ingediende klachten niet is geknoeid en dat onomstotelijk bewijs daarvoor ontbreekt is.

¹⁵ Gesprek met [VERTROUWELIJK] 10 juli 2008, p. 125 - 132 van het onderzoeksrapport.

¹⁶ Bijlage 16 en bijlage 17 van het onderzoeksrapport.

Besluit Openbaar

46. Toezichthoudend medewerkers van het college hebben telefonisch contact gehad met drie klagers en hen vervolgens een verklaring ter ondertekening opgestuurd. Klagers hebben deze verklaring ondertekend retour gezonden aan het college. In deze verklaring staat dat zij abonnee zijn van het betreffende e-mailadres dat zij privé gebruiken en een overeenkomst hebben gesloten als natuurlijk persoon met de internetserviceprovider. Daar bovenop heeft het college bij de betreffende internetprovider informatie gevorderd over het contract en in het handelsregister onderzocht of de betreffende abonnee als rechtspersoon of als natuurlijk persoon staat ingeschreven. De personalia van de klagers zijn ter beschikking gesteld aan [VERTROUWELIJK].
47. Op basis van de binnengekomen klachten dient het college met voldoende mate van zekerheid te kunnen vaststellen dat de desbetreffende e-mailberichten zonder toestemming naar natuurlijke personen zijn verzonden. Niet alle 379 binnengekomen klachten over ongevraagde e-mailberichten hoeven geverifieerd te worden. Het algemene uitgangspunt dat het college hanteert van minimaal drie verificaties van de binnengekomen klachten is niet onredelijk. Dit uitgangspunt is bevestigd in een uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 25 mei 2007.¹⁷
48. Het college overweegt dat het uitgevoerde onderzoek ter verificatie van de klachten een voldoende mate van zekerheid biedt dat de klager als abonnee het e-mailadres bezit waarnaar de ongevraagde e-mailberichten zijn verstuurd en dat de abonnee een contractuele relatie als natuurlijke persoon heeft met zijn provider. Het college heeft hiermee op zorgvuldige wijze en met voldoende mate van zekerheid geverifieerd of de klagers een natuurlijk persoon zijn en dat zij op het genoemde e-mailadres de ongevraagde e-mailberichten hebben ontvangen.
49. [VERTROUWELIJK] heeft bovendien de personalia van de klagers ontvangen zodat hij zelf in de gelegenheid is gesteld de klachten te onderzoeken. [VERTROUWELIJK] heeft geen informatie of bewijs aangedragen waaruit zou blijken dat met de klachten 'geknoeid' is, zoals hij in zijn bezwaarschrift stelt.
50. Op grond van het bovenstaande is het college van oordeel dat het college voldoende zorgvuldig heeft gehandeld door de manier waarop hij het onderzoek naar de klachten heeft uitgevoerd. Het bezwaar van [VERTROUWELIJK] op dit punt treft geen doel.
51. Voorts stelt [VERTROUWELIJK] dat de voorbereiding door het college en de besluitvorming in strijd zijn met de beginselen van behoorlijk bestuur, omdat het college geen rekening heeft gehouden met de verblijfplaats van [VERTROUWELIJK].
52. Het college deelt deze stelling niet en verwijst naar zijn overwegingen ter zake in het bestreden besluit.¹⁸ Kortheidshalve weergegeven heeft het college alle mogelijke moeite gedaan om [VERTROUWELIJK] te informeren over de procedure. Dat [VERTROUWELIJK] niet of laat heeft

¹⁷ Rechtbank Rotterdam, TELEC 06/2160, 06/2274, 06/2275-STRN, 25 mei 2007

¹⁸ Randnummers 41 en 42.

Besluit Openbaar

gereageerd en onduidelijk is geweest over zijn postadres, is een omstandigheid die voor zijn eigen rekening en risico komt. Het college is van oordeel dat hij in deze niet in strijd met de beginselen van behoorlijk bestuur heeft gehandeld. Het bezwaar van [VERTROUWELIJK] op dit punt treft derhalve geen doel.

Bezwaren met betrekking tot de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw

53. [VERTROUWELIJK] betwist dat hij verzender is van de ongevraagde e-mailberichten. [VERTROUWELIJK] stelt slechts softwareontwerper te zijn en niet verantwoordelijk gehouden te kunnen worden voor het gebruik van zijn software door derden. [VERTROUWELIJK] stelt in zijn bezwaarschrift dat er geen interventie is tussen hemzelf en de gebruiker van zijn software.
54. Het college deelt de stelling van [VERTROUWELIJK] dat hij niet kan worden aangemerkt als de verzender niet. Ten eerste verwijst het college naar hetgeen hij hieromtrent heeft overwogen in het boetebesluit.¹⁹ Kort gezegd komt het er op neer dat [VERTROUWELIJK] de feitelijke verzender is, omdat hij een adressenlijst ter beschikking stelt voor de verzending van ongevraagde e-mailberichten en behulpzaam kon zijn bij het samenstellen van de inhoud van het e-mailbericht. Deze overwegingen gelden onverkort. Het college overweegt voorts dat [VERTROUWELIJK] niet alleen de software heeft ontwikkeld voor het verspreiden van e-mailberichten, maar tevens exploitant is van het softwareprogramma IPS. [VERTROUWELIJK] bepaalt wie de geadresseerden zijn van de ongevraagde e-mailberichten. Bovendien faciliteert [VERTROUWELIJK] de verzending van ongevraagde e-mailberichten door servercapaciteit beschikbaar te stellen. Daarnaast coördineert [VERTROUWELIJK] de verzending van de e-mailberichten door het tijdschema van verzending te bepalen. Het college is van oordeel dat [VERTROUWELIJK] het softwareprogramma IPS als dienst aanbiedt aan gebruikers en dat het programma, zonder aansturing door [VERTROUWELIJK], niet operationeel kan zijn.
55. Gezien bovenstaande is het college van oordeel dat [VERTROUWELIJK] de feitelijke verzender is van de ongevraagde e-mailberichten. Het bezwaar van [VERTROUWELIJK] op dit punt treft dus geen doel.
56. Voorts stelt [VERTROUWELIJK] dat hij een gedegen en goed uitgetest opt-in regime hanteert. Ter onderbouwing van deze stelling verwijst [VERTROUWELIJK] naar een met het bezwaarschrift meegezonden screenshot van de website www.adverterenisgratis.nl, waarop een afvinkvakje is te zien voor het ontvangen van e-mail. Het college aanvaardt de stelling dat [VERTROUWELIJK] op zijn website www.adverterenisgratis.nl een opt-in systeem hanteert. De door [VERTROUWELIJK] aangeleverde database met e-mailadressen (zie randnummer 38 van onderhavige beslissing op bezwaar) bevat echter een grote hoeveelheid e-mailadressen die [VERTROUWELIJK] op een andere wijze heeft verkregen dan via de website www.adverterenisgratis.nl.²⁰ Daarmee blijft onbetwist dat [VERTROUWELIJK] niet kan

¹⁹ Randnummers 69 tot en met 74.

²⁰ Randnummer 55 van het onderzoeksrapport.

Besluit Openbaar

aantonen dat hij beschikt over voorafgaande toestemming voor het verzenden van e-mailberichten aan de houders van de e-mailadressen die hij op andere wijze heeft verkregen dan via de website <www.adverterenisgratis.nl>.²¹

57. Het bezwaar van [VERTROUWELIJK] op dit punt treft derhalve geen doel.
58. [VERTROUWELIJK] betwist dat hij ongevraagde e-mailberichten verstuurt aan natuurlijke personen. [VERTROUWELIJK] stelt dat de gebruikte e-mailtabellen enkel e-mailadressen van bedrijfsmatige abonnees bevatten of abonnees niet zijnde particulieren anders dan die in de uitoefening van hun beroep of bedrijf handelen.
59. [VERTROUWELIJK] maakt onderscheid tussen particuliere e-mailadressen en zakelijke e-mailadressen. De Telecommunicatiewet maakt dit onderscheid niet, maar spreekt over natuurlijke personen en rechtspersonen. Uit een steekproef van de verzendlijst van [VERTROUWELIJK] met zakelijke e-mailadressen blijkt dat 36% van die adressen e-mailadressen zijn van natuurlijke personen.²²
60. Het college voegt daar aan toe dat het onderscheid dat de Telecommunicatiewet maakt tussen rechtspersonen en natuurlijke personen tijdens het onderzoek uitgebreid door toezichthoudend medewerkers van het college aan [VERTROUWELIJK] is toegelicht.²³ Het college concludeert dat [VERTROUWELIJK] ongevraagde e-mailberichten heeft verstuurd aan abonnees die tevens natuurlijke persoon zijn en deelt derhalve bovenstaande stelling van [VERTROUWELIJK] niet. Het bezwaar van [VERTROUWELIJK] op dit punt treft dus geen doel.

Bezwaren met betrekking tot overtreding artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw

61. [VERTROUWELIJK] betwist dat de verzonden e-mailberichten geen geldige afmeldmogelijkheid bevatten. [VERTROUWELIJK] stelt dat de e-mailberichten een afmeldlink bevatten. Abonnees die zich afmelden via de afmeldlink ontvangen geen e-mail meer. De afmeldlink is volgens [VERTROUWELIJK] een standaardfaciliteit in het softwareprogramma IPS. Daarnaast bevat elke e-mailbericht volgens [VERTROUWELIJK] het e-mailadres van de gebruiker van het IPS-programma (de adverteerder), waaraan een verzoek tot afmelding kan worden gericht. [VERTROUWELIJK] heeft tijdens de hoorzitting verklaard dat de afmeldlink niet altijd naar behoren werkt door een internetstoring. [VERTROUWELIJK] is van mening dat hem dat niet verweten kan worden.
62. Uit klachten die toezichthoudend ambtenaren op de computer van [VERTROUWELIJK] hebben aangetroffen blijkt dat het afmelden voor de e-mailberichten niet naar behoren functioneert.²⁴ De

²¹ Randnummer 47 van het boetebesluit.

²² Bijlage 15 van het onderzoeksrapport.

²³ Gesprek met [VERTROUWELIJK] op 10 juli 2008, p. 102 tot en met 109 van het onderzoeksrapport.

²⁴ Bijlage 5 van het onderzoeksrapport.

Besluit Openbaar

klagers geven aan ongevraagde e-mailberichten te ontvangen, terwijl ze [VERTROUWELIJK] al eerder gevraagd hebben hiermee te stoppen. [VERTROUWELIJK] betwist ook niet dat de afmeldlink niet altijd naar behoren werkt. Het komt het college niet aannemelijk voor dat juist het softwareprogramma van [VERTROUWELIJK] telkens getroffen zou worden door een internetstoring. Het college is van oordeel dat [VERTROUWELIJK], als feitelijke verzender van de ongevraagde e-mailberichten, er voor verantwoordelijk is om te zorgen dat de afmeldlink naar behoren werkt. [VERTROUWELIJK] heeft er op geen enkele manier blijk van gegeven activiteiten te hebben ondernomen om de storing met de afmeldlink te verhelpen.

63. [VERTROUWELIJK] stelt de adressenlijst ter beschikking voor de verzending van ongevraagde e-mailberichten. Een afmelding bij een adverteerder die gebruik maakt van de e-mailadressen die hem ter beschikking zijn gesteld door [VERTROUWELIJK] sorteert derhalve in de praktijk geen effect voor de ontvanger van de ongevraagde e-mailberichten. De afmeldingen zijn immers niet bij [VERTROUWELIJK] bekend, en zullen dus ook niet verwerkt worden in de database van e-mailadressen, die [VERTROUWELIJK] vervolgens weer aan een andere adverteerder ter beschikking stelt. Het college heeft geen aanwijzingen gevonden dat [VERTROUWELIJK] afspraken heeft of maakt met de adverteerders over het doorgeven en verwerken van de afmeldingen. Het college is derhalve van oordeel dat het aanbieden van het e-mailadres van de adverteerder om een verzoek tot afmelding aan te richten niet voldoet als geldige afmeldmogelijkheid in de zin van artikel 11.7, (thans) vierde lid, aanhef en onder b, Tw.
64. Het college is gezien het bovenstaande van oordeel dat [VERTROUWELIJK] in de ongevraagde e-mailberichten geen geldige afmeldmogelijkheid heeft opgenomen. Het bezwaar van [VERTROUWELIJK] op dit punt treft derhalve geen doel.

Bezwaren met betrekking tot de omvang van de overtreding

65. [VERTROUWELIJK] stelt pas op 1 januari 2006 de website www.adverterenisgratis.nl te hebben overgenomen. [VERTROUWELIJK] is derhalve van oordeel dat hem het verzenden van ongevraagde e-mailberichten van vóór die tijd niet kan worden aangerekend. Ook de officiële waarschuwing van 18 maart 2005 zou daarmee ten onrechte gericht zijn aan [VERTROUWELIJK].
66. [VERTROUWELIJK] heeft eerder verklaard in 2004 te zijn begonnen met de website www.adverterenisgratis.nl.²⁵ Bovendien heeft [VERTROUWELIJK] in reactie op de informatievordering van het college van 22 oktober 2008 aangegeven dat Serinco Benelux, de eenmanszaak van [VERTROUWELIJK], in mei 2004 <www.adverterenisgratis.nl> heeft gelanceerd.²⁶ Het college stelt derhalve vast dat bovengenoemde stelling van [VERTROUWELIJK] in tegenspraak is met zijn eerdere verklaringen.

²⁵ Gesprek met [VERTROUWELIJK] op 10 juli 2008, p. 95 van het onderzoeksrapport.

²⁶ p. 184 van het onderzoeksrapport.

Besluit Openbaar

67. Daarnaast stelt het college vast dat het onderzoeksrapport diverse e-mailberichten bevat van [VERTROUWELIJK] uit 2004 en 2005 die hij ondertekent namens <www.adverterenisgratis.nl>.²⁷
68. Het college concludeert op grond van bovenstaande dat [VERTROUWELIJK] vanaf de start direct en intensief betrokken is geweest bij de website <www.adverterenisgratis.nl>.
69. Het college is van oordeel dat het voor het vaststellen van de verantwoordelijkheid van [VERTROUWELIJK] voor het verzenden van de ongevraagde e-mailberichten niet van doorslaggevend belang is dat [VERTROUWELIJK] niet gedurende de gehele onderzoeksperiode van 30 mei 2004 tot en met 23 februari 2009 eigenaar was van de website <www.adverterenisgratis.nl>. De directe en intensieve betrokkenheid van [VERTROUWELIJK] bij de website <www.adverterenisgratis.nl> is naar het oordeel van het college voldoende om de overtreding van het spamverbod in artikel 11.7 Tw over de gehele onderzoeksperiode toe te rekenen aan [VERTROUWELIJK]. Het bezwaar van [VERTROUWELIJK] treft derhalve op dit punt geen doel.
70. Voorts stelt [VERTROUWELIJK] dat het aantal verstuurd e-mailberichten van 21 miljoen niet juist is, omdat het aantal gebaseerd is op de gefingeerde tabellen. Zo het aantal wel juist is, dan kunnen ze naar het oordeel van [VERTROUWELIJK] niet aan hem worden toegerekend, omdat [VERTROUWELIJK] niet de verzender is van de ongevraagde e-mailberichten.
71. Het college verwijst korthedshalve naar zijn overwegingen hieromtrent in randnummers 39, 40, 41 en 42 en randnummers 54 en 55 van onderhavige beslissing op bezwaar. Het bezwaar van [VERTROUWELIJK] treft op dit punt geen doel.
72. [VERTROUWELIJK] stelt dat het door het college geschatte voordeel voor [VERTROUWELIJK] van €81.900 niet klopt.
73. Het voordeel dat [VERTROUWELIJK] heeft behaald met het verzenden van ongevraagde e-mailberichten heeft geen rol gespeeld bij het vaststellen van de hoogte van de boete. Het college heeft in het boetebesluit slechts geconstateerd dat de berekende opbrengsten, naar het oordeel van het college, relatief laag zijn.
74. De precieze omvang van de opbrengsten voor [VERTROUWELIJK] van het verzenden van ongevraagde e-mailberichten is niet bekend. In zijn bezwaarschrift geeft [VERTROUWELIJK] hier ook geen inzicht in. [VERTROUWELIJK] heeft verklaard € 525 per mailing betaald te krijgen.²⁸ Op basis van klachten via <www.spamklacht.nl> heeft het college vastgesteld dat [VERTROUWELIJK] minimaal 156 mailings heeft verstuurd voor derden.²⁹ Het college heeft de opbrengsten aldus

²⁷ Randnummers 88, 90, 93 van het onderzoeksrapport.

²⁸ p. 219 van het onderzoeksrapport.

²⁹ Tabel 1, p. 8 van het onderzoeksrapport.

Besluit Openbaar

vastgesteld op € 525 * 156 is € 81.900. Daarnaast heeft [VERTROUWELIJK] in reactie op de informatievordering van het college van 22 oktober 2008 tevens aangegeven dat de opbrengsten van zijn internetsites over de jaren 2004 tot en met 2007 in totaal € 6.000 is.³⁰ Daarmee staat naar het oordeel van het college voldoende vast dat [VERTROUWELIJK] opbrengsten heeft genoten met het verzenden van ongevraagde e-mailberichten. Op grond van de verklaringen van [VERTROUWELIJK] stelt het college vast dat het voordeel dat [VERTROUWELIJK] heeft behaald met het verzenden van ongevraagde e-mailberichten minimaal tussen € 6.000 en € 81.900 ligt.

75. Tenslotte stelt [VERTROUWELIJK] dat het college het vertrouwensbeginsel heeft geschaad door een lange periode te laten verstrijken tussen de waarschuwing, de controle op locatie en het vaststellen van het onderzoeksrapport.
76. Het college stelt voorop dat het geven van een waarschuwing voor overtreding van het spamverbod, zoals aan [VERTROUWELIJK], impliceert dat de overtreder de mogelijkheid krijgt aan de overtreding een eind te maken voordat het college overgaat tot de inzet van andere handhavende maatregelen zoals het opleggen van een boete. Nadat bleek dat [VERTROUWELIJK] geen gebruik maakte van deze mogelijkheid, heeft het college besloten het onderzoek te heropenen.³¹
77. Het college overweegt dat [VERTROUWELIJK] op geen enkel moment gedurende de onderzoeksperiode er blijk van heeft gegeven te overwegen, in reactie op het onderzoek door het college, zijn activiteiten te beëindigen. [VERTROUWELIJK] is onverminderd doorgegaan met het verzenden van ongevraagde e-mailberichten ondanks dat hij zich, reeds in een vroeg stadium, op de hoogte heeft gesteld van de regelgeving³² en er door zowel derden³³ als door OPTA³⁴ op is gewezen dat hij met zijn internetactiviteiten het spamverbod overtreedt.
78. Daarnaast merkt het college op dat er gedurende de onderzoeksperiode geregeld mondeling en schriftelijk contact is geweest tussen [VERTROUWELIJK] en de toezichhoudend medewerker van het college. [VERTROUWELIJK] is tijdens de onderzoeksperiode geen enkel moment in het ongewisse gelaten over het verloop van het onderzoek. Het college overweegt voorts dat een dergelijk onderzoek naar overtreding van het spamverbod in de regel een half jaar tot een jaar duurt. In dat licht is de duur van het onderzoek naar de activiteiten van [VERTROUWELIJK] niet aan te merken als opmerkelijk lang.
79. Voorts overweegt het college dat [VERTROUWELIJK] noch in zijn bezwaarschrift noch op enig ander moment heeft aangegeven wat zijn verwachtingen waren ten aanzien van het onderzoek

³⁰ p. 185 van het onderzoeksrapport.

³¹ Randnummer 18, p. 6 van het onderzoeksrapport.

³² Randnummer 88, p. 24 van het onderzoeksrapport.

³³ Randnummer 91, p. 26 en randnummer 92, p. 27 van het onderzoeksrapport.

³⁴ Bijlage 9 van het onderzoeksrapport.

Besluit Openbaar

door het college of waarop hij meende te kunnen vertrouwen. [VERTROUWELIJK] heeft ook op geen enkele manier aangetoond dat het college eerdere en concrete toezeggingen over de voortgang van het onderzoek zou hebben gedaan en in afwijking daarvan zou hebben gehandeld.

80. Gezien het vorenstaande is naar het oordeel van het college geen sprake van schending van het vertrouwensbeginsel door het college.
81. Voorts stelt [VERTROUWELIJK] dat de overeenkomst tussen Serinco en zijn internetprovider (iPower NV) op 1 augustus 2009 is opgebroken en dat alle internetsoftware is doorverkocht aan de Belgische firma BIT te Aartselaar. Voor onderhavige beslissing op bezwaar is deze stelling niet relevant, omdat het boetebesluit ziet op de periode van 30 mei 2004 tot en met 23 februari 2009 en dus ruim voor de datum van 1 augustus 2009. Het college zal dit bezwaar adresseren in de beslissing op bezwaar tegen het besluit van het college van 24 juli 2009 tot het opleggen van een last onder dwangsom aan [VERTROUWELIJK].
82. Daarnaast stelt [VERTROUWELIJK] dat het niet mogelijk is zes mailings per dag te versturen, omdat de servercapaciteit ongeveer 6.000 á 7.000 berichten per uur is. Deze stelling richt zich op een onderdeel van het besluit van het college van 24 juli 2009 tot het opleggen van een last onder dwangsom aan [VERTROUWELIJK]. Het college zal daarom dit bezwaar niet in onderhavige beslissing op bezwaar adresseren, maar in de beslissing op bezwaar tegen de last onder dwangsom.

Vergoeding kosten juridische bijstand

83. [VERTROUWELIJK] verzoekt om vergoeding van de kosten van juridische bijstand tot en met de beslissing op bezwaar.
84. Op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb heeft een belanghebbende recht op een forfaitaire vergoeding van kosten die hij gemaakt heeft in verband met de behandeling van het bezwaar. Dit recht bestaat alleen indien de heroverweging in beslissing op bezwaar leidt tot een herroeping van het primaire besluit en indien er sprake is van een aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid.
85. De heroverweging door het college in onderhavige beslissing op bezwaar leidt niet tot herroeping van het besluit van het college van 17 juni 2009 tot oplegging van boetes aan [VERTROUWELIJK] wegens overtreding van artikel 11.7 Tw. Daarmee is niet voldaan aan de voorwaarde van artikel 7:15, tweede lid, Awb. Het college wijst derhalve het verzoek van [VERTROUWELIJK] tot vergoeding van de kosten van juridische bijstand af.

8 Besluit

86. Het college verklaart de bezwaren van [VERTROUWELIJK] tegen zijn besluit van 17 juni 2009 inzake de oplegging van twee boetes voor overtreding van het spamverbod, ongegrond en laat daarmee het bestreden besluit in stand.

Besluit Openbaar

87. Het college wijst het verzoek op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb, tot vergoeding van de kosten van juridische bijstand in de bezwaarschriftprocedure, wegens het ontbreken van een rechtsgrond, af.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,

w.g. prof. dr. M.W. de Jong
plv. 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, telefoon (010) 297 12 34.