

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/ACNB/2009/203221

Zaaknummer: 09.0154.29.1.01

Datum: 20 november 2009

BESLUIT van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit inzake het bezwaarschrift tegen zijn besluit van 24 juli 2009 tot het opleggen van een last onder dwangsom aan [VERTROUWELIJK] wegens overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (verzenden van ongevraagde commerciële e-mailberichten zonder voorafgaande toestemming).

1 Samenvatting

1. [VERTROUWELIJK] (hierna: [VERTROUWELIJK]) verzendt in naam van Serinco Benelux (hierna: Serinco) elektronische berichten voor een commercieel doeleinde aan natuurlijke personen, zonder voorafgaande toestemming van de ontvanger. Hierdoor worden eindgebruikers aangetast in hun persoonlijke levenssfeer. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) heeft daarom bij besluit van 24 juli 2009¹ een last onder dwangsom opgelegd aan [VERTROUWELIJK] wegens overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw).
2. Bij brief van 16 september 2009, ontvangen door het college op 17 september 2009, heeft [VERTROUWELIJK] bezwaar aangetekend tegen het besluit van het college van 24 juli 2009. [VERTROUWELIJK] stelt in zijn bezwaar onder andere dat het college testbestanden, die dienst moeten 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. Verder stelt [VERTROUWELIJK] in zijn bezwaar dat hij niet kan worden aangemerkt als de verzender van de ongevraagde e-mailberichten. [VERTROUWELIJK] stelt ook 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 daarom ongegrond.

2 Verloop van de procedure

4. Toezichthoudend ambtenaren van het college hebben onderzoek gedaan naar [VERTROUWELIJK]. Het onderzoek is gedaan naar aanleiding van klachten ingediend bij <www.spamklacht.nl> over ongevraagde commerciële e-mailberichten van Serinco. Serinco is een eenmanszaak, bestuurd door [VERTROUWELIJK]. De toezichthoudend ambtenaren koesterden de verdenking dat [VERTROUWELIJK] in strijd handelde met artikel 11.7, eerste lid, en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw. Dit onderzoek is afgerond en heeft geresulteerd in een

¹ Met kenmerk OPTA/ACNB/2009/201847.

Besluit Openbaar

onderzoeksrapport. Vóór de toezichhoudend ambtenaren het onderzoek hebben gestart, heeft [VERTROUWELIJK] een officiële waarschuwing ontvangen van het college.²

5. Het college heeft op basis van het onderzoeksrapport bij besluit van 17 juni 2009³ een boete opgelegd aan [VERTROUWELIJK] van in totaal € 250.000, vanwege overtreding van artikel 11.7, eerste lid, en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw.
6. Het boetebesluit ziet op de onderzoeksperiode van 30 mei 2004 tot en met 23 februari 2009. Toezichhoudend ambtenaren van het college hebben geconstateerd dat sinds de einddatum van de onderzoeksperiode tot in ieder geval 17 juni 2009 nog steeds klachten binnen kwamen over ongevraagde commerciële e-mailberichten van [VERTROUWELIJK]. Van minimaal 45 van deze klachten heeft een toezichhoudend ambtenaar vastgesteld dat deze afkomstig zijn van natuurlijke personen.
7. Bij brief van 7 juli 2009⁴ heeft het college [VERTROUWELIJK] op de hoogte gesteld van zijn voornemen [VERTROUWELIJK] een last onder dwangsom op te leggen wegens overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw. Het college heeft [VERTROUWELIJK] op grond van artikel 4:8 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze te geven op dit voornemen van het college. Bij brief van 15 juli 2009 heeft [VERTROUWELIJK] zijn schriftelijke zienswijze gegeven.
8. Bij besluit van 24 juli 2009⁵ heeft het college een last onder dwangsom opgelegd aan [VERTROUWELIJK] - wegens overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw - om [VERTROUWELIJK] te dwingen de verzending van ongevraagde commerciële e-mailberichten zonder voorafgaande toestemming, te staken binnen één werkdag na dagtekening van het besluit.
9. Op 5 augustus 2009 heeft het college een pro forma bezwaarschrift van [VERTROUWELIJK] ontvangen. In het pro forma bezwaarschrift stelt [VERTROUWELIJK] zich op het standpunt dat het besluit tot het opleggen van de last onder dwangsom in strijd is met de wet en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Verder verwijst [VERTROUWELIJK] naar zijn zienswijze van 15 juli 2009 op het voornemen van het college tot het opleggen van een last onder dwangsom. Op 17 september 2009 heeft het college aanvullende gronden van [VERTROUWELIJK] ontvangen.
10. Op 24 september 2009 heeft [VERTROUWELIJK] het college per e-mail laten weten dat hij ervan afziet om zijn bezwaar mondeling toe te lichten, omdat hij de gronden van zijn bezwaarschrift reeds op 22 september 2009 in de hoorzitting over het bezwaar tegen het boetebesluit van het college van 17 juni 2009 heeft toegelicht.

² OPTA/IBT/2005/200817, d.d. 18 maart 2005.

³ OPTA/ACNB/2009/201348.

⁴ OPTA/ACNB/2009/201615.

⁵ OPTA/ACNB/2009/201847.

Besluit Openbaar

11. Op 16 oktober 2009 heeft het college per e-mail aan [VERTROUWELIJK] gevraagd of hij zijn stelling, die hij tijdens de hoorzitting op 22 september 2009 heeft geuit, dat hij geen zes mailings per dag kan versturen, met schriftelijke stukken kan onderbouwen. [VERTROUWELIJK] heeft hierop gereageerd per e-mail van 22 oktober 2009.
12. Op 2 november 2009 heeft het college per e-mail een reactie gevraagd aan [VERTROUWELIJK] op de volgende punten: 1) klachten over [VERTROUWELIJK] die het college op 3 augustus 2009 via <www.spamklacht.nl> heeft ontvangen en 2) het feit dat Serinco Benelux staat ingeschreven in de Kamer van Koophandel en 3) het feit dat in het register van de Belgische Kamer van Koophandel [VERTROUWELIJK] staat vermeld als zaakvoerder en beherend vennoot van de firma BIT te Aartselaar, waaraan [VERTROUWELIJK] naar zijn zeggen alle internetsoftware voor het verzenden van ongevraagde e-mailberichten heeft verkocht. [VERTROUWELIJK] heeft hierop gereageerd per e-mail van 2 november en nogmaals per e-mail van 4 november 2009.
13. Het college heeft van de Rechtbank Rotterdam vernomen dat het verzoek om een voorlopige voorziening van [VERTROUWELIJK] tegen het bestreden besluit op 20 oktober 2009 niet-ontvankelijk is verklaard⁶.

3 Juridisch kader

3.1 Ten aanzien van de overtreding

14. Op grond van artikel 15.1, derde lid, Tw is het college belast met onder meer het toezicht op de naleving van artikel 11.7, eerste en derde lid, Tw.
15. Het spamverbod is opgenomen in artikel 11.7 Tw. Artikel 11.7, eerste lid, Tw luidt, voor zover relevant:

“Het gebruik van automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten⁷ (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, [...]”

16. Artikel 11.7, nu vierde lid (vóór 1 juli 2009: derde lid), Tw luidt:

“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*

⁶ AWB 09/2731 TELECOM-T1, 20 oktober 2009.

⁷ 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

b. een geldig postadres of nummer⁸ (voetnoot toegevoegd) waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging kan richten.”

17. 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.”

18. Artikel 11.8 Tw luidt nu:

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

19. Artikel 1, aanhef en onder p, Tw luidt:

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

20. 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.”

21. 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.”

22. Ter handhaving van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, (nu) vierde lid, aanhef en onder b, Tw is het college bevoegd op grond van artikel 15.2, tweede lid, Tw juncto artikel 5:32 Awb een last onder dwangsom op te leggen.

⁸ Onder het begrip ‘nummer’ vallen niet alleen nummers van netwerkaansluitpunten, maar bijvoorbeeld ook elektronische postadressen (‘e-mailadressen’). Zie Kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 160-161.

Besluit Openbaar

4 Bestreden besluit

23. Het college heeft - na het opleggen van twee boetes⁹ aan [VERTROUWELIJK] op 17 juni 2009 vanwege het overtreden van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, (nu) vierde lid, aanhef en onder b, Tw - geconstateerd dat [VERTROUWELIJK] nog steeds ongevraagde elektronische berichten voor een commercieel doeleinde aan natuurlijke personen stuurt, zonder voorafgaande toestemming van de ontvanger.
24. Om [VERTROUWELIJK] te dwingen alsnog de verzending van ongevraagde e-mailberichten aan natuurlijke personen, hetzij voor een commercieel doel, danwel een ideëel of charitatief doel, zonder voorafgaande toestemming in zijn geheel en permanent te staken, heeft het college een last onder dwangsom opgelegd.
25. Gezien de aard en de ernst van de overtreding en uitvoerbaarheid van de last heeft het college de begunstigingstermijn van de last op één werkdag gesteld. Iedere dag na afloop van de begunstigingstermijn dat [VERTROUWELIJK] de last niet opvolgt, verbeurt hij een dwangsom van € 5.000 per dag met een maximum van € 100.000.

5 Bezwaren

26. In zijn bezwaarschrift verwijst [VERTROUWELIJK] naar zijn zienswijze op het voornemen van het college tot het opleggen van een last onder dwangsom en naar zijn bezwaren tegen het besluit van 17 juni 2009 van het college tot het opleggen van twee boetes. Het college geeft de bezwaren van [VERTROUWELIJK] hierna samengevat weer.

Vaststelling en kwalificatie van de feiten; bewijs

- Het college heeft testbestanden, die dienst moeten 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 personen 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 software-ontwikkelaar en kan als zodanig niet worden

⁹ OPTA/ACNB/2009/201348.

Besluit Openbaar

verweten dat gebruikers van zijn softwarepakket ongevraagde e-mailberichten versturen.

- De overeenkomst tussen Serinco en zijn internetprovider (iPower) is op 1 augustus 2009 opgebroken en alle internetsoftware is doorverkocht aan de Belgische firma BIT te Aartselaar.
- [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, (nu) vierde 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 is daarmee ten onrechte gericht aan [VERTROUWELIJK].
- Het is niet gepast dat het college lang heeft gewacht met optreden. In 2005 heeft het college een waarschuwing opgelegd, terwijl het college eind 2007 een onderzoek is gestart. Vervolgens legt het college een hoge boete op met het oog op de lange periode van overtredingen. Het college heeft daarmee het vertrouwensbeginsel geschaad.
- Het aantal verstuurd e-mailberichten van 21.355.139 is niet juist, omdat het aantal gebaseerd is op de testtabellen. Zo het aantal wel juist is, dan kunnen ze niet aan [VERTROUWELIJK] worden toegerekend, omdat hij niet de verzender is van de ongevraagde e-mailberichten.

Hoogte van de dwangsom

- Het door het college geschatte voordeel voor [VERTROUWELIJK] van €81.900 is onjuist.
- Het is niet mogelijk zes mailings per dag te versturen, omdat de servercapaciteit ongeveer 6.000 á 7.000 berichten per uur is.

27. Tenslotte verzoekt [VERTROUWELIJK] op grond van artikel 7:15 Awb vergoeding van de kosten van juridische bijstand in de bezwaarschriftprocedure.

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

Besluit Openbaar

6 Overwegingen

29. De volgende bezwaren zijn gericht tegen het boetebesluit van het college van 17 juni 2009¹⁰ en niet tegen het bestreden besluit (de last onder dwangsom). Deze bezwaren zijn in de beslissing op bezwaar tegen het boetebesluit van 17 juni 2009 reeds aan de orde gekomen. Het college zal daarom op deze bezwaren in onderhavig besluit niet verder ingaan. Het gaat om de volgende bezwaren:

- Bezwaren met betrekking tot de vaststelling en kwalificatie van de feiten;
- Bezwaren met betrekking tot overtreding van artikel 11.7, (nu) vierde lid, aanhef en onder b, Tw;
- Bezwaren met betrekking tot de omvang van de overtreding;

30. Hieronder gaat het college in op de voor het bestreden besluit relevante bezwaren.

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

31. [VERTROUWELIJK] betwist dat hij verzender is van de ongevraagde e-mailberichten.

[VERTROUWELIJK] stelt slechts software-ontwerper 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.

32. Het college deelt deze stelling van [VERTROUWELIJK] niet. Ten eerste verwijst het college naar hetgeen hij hieromtrent heeft overwogen in het boetebesluit van 17 juni 2009.¹¹ 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 verder dat [VERTROUWELIJK] niet alleen de software heeft ontwikkeld voor het verspreiden van e-mailberichten, maar ook exploitant is van dit softwareprogramma (met de naam Internet Promo Service, ook wel: 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.

33. 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.

¹⁰ OPTA/ACNB/2009/201348.

¹¹ Randnummers 69 tot en met 74.

Besluit Openbaar

34. Verder stelt [VERTROUWELIJK] dat de overeenkomst tussen Serinco en zijn internetprovider (IPower) op 1 augustus 2009 is opgebroken en dat hij alle internetsoftware heeft doorverkocht aan de Belgische firma BIT te Aartselaar. [VERTROUWELIJK] stelt dat hij daarom niet meer verantwoordelijk kan worden gehouden voor het versturen van ongevraagde e-mailberichten.
35. Het college is van oordeel dat het enkele feit dat [VERTROUWELIJK] zijn internetsoftware zou hebben verkocht aan een derde onvoldoende is om vast te kunnen stellen dat [VERTROUWELIJK] niet meer verantwoordelijk is en/of zou kunnen zijn voor de verzending van ongevraagde e-mailberichten. Dat [VERTROUWELIJK] nog steeds kan worden aangemerkt als de feitelijke verzender, ook nadat hij zijn internetsoftware zou hebben doorverkocht, blijkt uit het feit dat het college tijdens de begunstigingstermijn nog een klacht heeft ontvangen via <www.spamklacht.nl>, waarbij uit de klachtinformatie blijkt dat de verzender van de ongevraagde e-mailberichten Serinco Benelux is (de eenmanszaak van [VERTROUWELIJK]).
36. Bovendien blijkt uit het register van de Belgische Kamer van Koophandel dat [VERTROUWELIJK] zaakvoerder en beheerend vennoot is van de firma BIT te Aartselaar. Uit dit feit blijkt dat [VERTROUWELIJK] niet enkel degene is voor wie het verbod van artikel 11.7 Tw geldt, maar ook degene is die het in zijn macht heeft om dit verbod te eerbiedigen door de last na te leven en daarvoor de overtreding te beëindigen.
37. Per e-mail van 2 november 2009 heeft het college [VERTROUWELIJK] geconfronteerd met nieuwe feiten, zoals genoemd in randnummer 12. Daarbij is [VERTROUWELIJK] de mogelijkheid geboden om daarop te reageren. In reactie hierop geeft [VERTROUWELIJK] in zijn e-mails van 2 november 2009 en 4 november 2009 aan dat hij onbezoldigd zaakvoerder moest worden bij BIT, omdat hij (volgens de eigenaren van BIT) anders geen garantie kon geven voor het netjes afwickelen van de nog te maken documentatie de komende 24 maanden en om het commerciële netwerk van mensen af te maken en over te dragen. Dit komt het college onwaarschijnlijk voor. Maar zelfs als dit aan de orde is, dan doet deze argumentatie niets af aan het feit dat [VERTROUWELIJK] als feitelijke verzender kan worden aangemerkt en dat het in de macht van [VERTROUWELIJK] ligt, als zaakvoerder bij BIT, om de last na te leven en de overtreding te staken en gestaakt te houden.
38. Voorts heeft het college geconstateerd dat Serinco Benelux nog steeds staat ingeschreven bij de Nederlandse Kamer van Koophandel (hierna: KvK). Per e-mail van 2 november 2009 heeft het college [VERTROUWELIJK] geconfronteerd met dit feit. Per e-mail van 2 november 2009 heeft [VERTROUWELIJK] aangegeven dat Serinco Benelux nog steeds ingeschreven moet zijn, omdat hij boekhouding voert. Het college heeft op 12 november 2009 telefonisch navraag gedaan bij de KvK in Den Haag. De KvK gaf in dit telefoongesprek aan dat het voeren van een boekhouding voor het eigen bedrijf geen reden kan zijn om nog ingeschreven te moeten staan.
39. Het bezwaar van [VERTROUWELIJK] op dit punt, treft daarom geen doel.

Besluit Openbaar

40. Verder 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 11 van het boetebesluit) bevat echter een grote hoeveelheid e-mailadressen die [VERTROUWELIJK] op een andere wijze heeft verkregen dan via de website <www.adverterenisgratis.nl>. ¹² Daarmee blijft onbetwist dat [VERTROUWELIJK] niet heeft kunnen 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>. ¹³
41. Het bezwaar van [VERTROUWELIJK] op dit punt, treft daarom geen doel.
42. [VERTROUWELIJK] betwist daarnaast dat hij ongevroagde 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.
43. [VERTROUWELIJK] maakt onderscheid tussen particuliere e-mailadressen en zakelijke e-mailadressen. De Telecommunicatiewet maakt dit onderscheid niet, maar wel het onderscheid tussen 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. ¹⁴
44. Het college voegt daar aan toe dat het onderscheid dat de Telecommunicatiewet maakt tussen rechtspersonen en natuurlijke personen tijdens het onderzoek uitgebreid door toezichhoudend ambtenaren van het college aan [VERTROUWELIJK] is toegelicht. ¹⁵ Het college concludeert op grond van het voorgaande dat [VERTROUWELIJK] ongevroagde e-mailberichten heeft verstuurd aan abonnees die ook natuurlijke persoon zijn en deelt daarom bovenstaande stelling van [VERTROUWELIJK] niet.
45. Het bezwaar van [VERTROUWELIJK] op dit punt, treft dus geen doel.

Bezwaren met betrekking tot de hoogte van de dwangsom

46. [VERTROUWELIJK] stelt dat het door het college geschatte voordeel voor [VERTROUWELIJK] van € 81.900 niet klopt.

¹² Randnummer 55 van het onderzoeksrapport.

¹³ Randnummer 47 van het boetebesluit.

¹⁴ Bijlage 15 van het onderzoeksrapport.

¹⁵ Gesprek met [VERTROUWELIJK] op 10 juli 2008, p. 102 tot en met 109 van het onderzoeksrapport.

Besluit Openbaar

47. De precieze omvang van de opbrengsten van het verzenden van ongevraagde e-mailberichten voor [VERTROUWELIJK] is niet bekend. In zijn bezwaarschrift geeft [VERTROUWELIJK] hier ook geen inzicht in. [VERTROUWELIJK] heeft verklaard € 525 per mailing betaald te krijgen.¹⁶ Op basis van klachten via <www.spamklacht.nl> heeft het college vastgesteld dat [VERTROUWELIJK] minimaal 156 mailings heeft verstuurd voor derden.¹⁷ Het college heeft de opbrengsten aldus vastgesteld op € 81.900 (€ 525 vermenigvuldigd met 156). Daarnaast heeft [VERTROUWELIJK] in reactie op de informatievordering van het college van 22 oktober 2008 ook aangegeven dat de opbrengsten van zijn internetsites over de jaren 2004 tot en met 2007 in totaal € 6.000 is.¹⁸ 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. Daarmee staat naar het oordeel van het college voldoende vast dat [VERTROUWELIJK] opbrengsten heeft genoten met het verzenden van ongevraagde e-mailberichten.
48. Het bezwaar van [VERTROUWELIJK] op dit punt, treft dus geen doel.
49. In relatie tot de hoogte van de dwangsom stelt [VERTROUWELIJK] verder dat het niet mogelijk is zes mailings per dag te versturen, omdat de servercapaciteit ongeveer 6.000 á 7.000 berichten per uur is. Ter onderbouwing heeft [VERTROUWELIJK] per e-mail van 22 oktober 2009 een e-mailbericht van zijn (voormalige) internetprovider IPower doorgestuurd, waarin IPower op verzoek van [VERTROUWELIJK] de stelling van [VERTROUWELIJK] bevestigt dat het versturen van meer dan 6000 e-mailberichten per uur zinloos is. IPower geeft aan dat de capaciteit van de mailserver ongeveer 5000 e-mailberichten per uur is en 120.000 e-mailberichten per dag is.
50. Bij de vaststelling van de hoogte van de dwangsom houdt het college rekening met de aard en de ernst van de overtreding. De aard van de overtreding is het verzenden van ongevraagde commerciële e-mailberichten aan natuurlijke personen zonder voorafgaande toestemming. Voor de ernst van de overtreding verwijst het college naar zijn overwegingen in het bestreden besluit.¹⁹ De hoogte van de dwangsom dient verder een voldoende prikkel te vormen voor [VERTROUWELIJK] om de last na te leven. Hierbij merkt het college op dat tot op heden, ondanks een schriftelijke waarschuwing van het college, en een last onder dwangsom, [VERTROUWELIJK] niet uit eigener beweging gestopt is met het verzenden van ongevraagde commerciële e-mailberichten aan natuurlijke personen zonder voorafgaande toestemming. Zelfs het opleggen van twee boetes heeft [VERTROUWELIJK] er niet toe gebracht om deze overtreding te beëindigen. Daarmee is duidelijk dat [VERTROUWELIJK] een stevige prikkel nodig heeft om tot naleving van de wet over te gaan. Het college acht nadere handhavingmaatregelen in de vorm van een last onder dwangsom daarom nog steeds noodzakelijk. Deze last onder dwangsom dient ertoe om [VERTROUWELIJK] te

¹⁶ Onderzoeksrapport, p. 219.

¹⁷ Onderzoeksrapport, p. 8, Tabel 1.

¹⁸ Onderzoeksrapport, p. 185.

¹⁹ Randnummers 34, 35 en 36.

Besluit Openbaar

dwingen alsnog de verzending van ongevraagde commerciële e-mailberichten zonder voorafgaande toestemming te staken en gestaakt te houden.

51. De hoogte van de dwangsom is vastgesteld op grond van de concrete omstandigheden van dit geval. Het gaat er daarbij om dat het college is uitgegaan van de mogelijkheid dat [VERTROUWELIJK] minimaal zes mailingcampagnes per dag kan versturen. [VERTROUWELIJK] stelt in dit verband dat het niet mogelijk is zes mailings per dag te versturen, omdat IPower aangeeft dat de capaciteit van de mailserver ongeveer 5000 mails per uur en 120.000 mails per dag is. Deze stelling is slechts onderbouwd met een zeer korte reactie per e-mail van IPower, zonder overlegging van schriftelijke bewijsstukken (waar het college in zijn e-mail van 16 oktober 2009 om had verzocht), zoals een contract of technische specificaties. De stelling is niet alleen onvoldoende onderbouwd maar ook ongeloofwaardig. Afgaande op de kennis van het college ter zake is de mailserver van het type dat IPower gebruikt in staat tot verzending van hoeveelheden e-mailberichten die veel groter zijn dan de door [VERTROUWELIJK] genoemde aantallen. [VERTROUWELIJK] heeft geen schriftelijke stukken overlegd waaruit blijkt dat de capaciteit van de server waar [VERTROUWELIJK] gebruik van maakt, is gematigd of beperkt. Dat het college is uitgegaan van de mogelijkheid om zes mailings per dag te versturen is - gezien de omstandigheden van dit geval - niet onrealistisch en ook niet onredelijk.
52. Op grond van de uit artikel 5:32, vierde lid, Awb voortvloeiende maatstaven geldt bij het bepalen van de hoogte van de dwangsom de beperking dat het bedrag van de dwangsom niet disproportioneel hoog mag zijn in verhouding tot de ernst van de overtreding. Het college kwalificeert de voortdurende overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw door [VERTROUWELIJK] als een ernstige overtreding.²⁰ Het college is van oordeel dat de hoogte van de dwangsom, zoals hij deze heeft vastgesteld, in redelijke verhouding staat tot de ernst van de overtreding.
53. Het bezwaar van [VERTROUWELIJK] op dit punt, treft daarom geen doel.

Vergoeding kosten juridische bijstand

54. [VERTROUWELIJK] verzoekt om vergoeding van de kosten van juridische bijstand gemaakt in de periode tot en met de beslissing op bezwaar.
55. 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.
56. De heroverweging door het college in onderhavige beslissing op bezwaar leidt niet tot herroeping van het besluit van het college van 24 juli 2009 tot het opleggen van een last onder dwangsom aan

²⁰ Randnummer 36 van het bestreden besluit.

Besluit Openbaar

[VERTROUWELIJK] wegens overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw. Daarmee is niet voldaan aan de voorwaarde van artikel 7:15, tweede lid, Awb. Het college wijst daarom het verzoek van [VERTROUWELIJK] tot vergoeding van de kosten van juridische bijstand af.

7 Besluit

57. Het college verklaart de bezwaren van [VERTROUWELIJK] tegen zijn besluit van 24 juli 2009 tot het opleggen van een last onder dwangsom wegens overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw ongegrond en laat daarmee het bestreden besluit in stand.
58. 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, af wegens het ontbreken van een rechtsgrond.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,
Hoofd afdeling Consument, Nummers en Bestuur

w.g. mw. drs. D.L. Braal-Verhoog

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 het College van Beroep voor het bedrijfsleven te Den Haag.

Het postadres is: College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021,2500 EA 's-Gravenhage.

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 het College, telefonisch bereikbaar op (070) 381 39 10 of (070) 381 39 30.