

ECLI:NL:CBB:2018:139

Instantie	College van Beroep voor het bedrijfsleven
Datum uitspraak	03-04-2018
Datum publicatie	03-05-2018
Zaaknummer	16/589 en 16/1016
Formele relaties	Eerste aanleg: ECLI:NL:RBROT:2016:3582, Overig
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Hoger beroep Proceskostenveroordeling
Inhoudsindicatie	Telecommunicatiewet, spamverbod, adverteerder, Publisher, affiliatenetwerk, hulppersonen, feitelijk leidinggevende, boete matiging redelijke termijn
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl

Uitspraak

uitspraak

COLLEGE VAN BEROEP VOOR HET BEDRIJFSLEVEN

zaaknummers: 16/589 en 16/1016
15351

uitspraak van de meervoudige kamer van 3 april 2018 op het hoger beroep van:

[naam 1] B.V. ([naam 1])

[naam 2] ([naam 2])

[naam 3] ([naam 3]),

appellanten

(gemachtigden: mr. N. Wolters Ruckert, mr. S.H. van den Ende en mr. I. van Sloten),

tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 19 mei 2016, kenmerk 14/8888, 15/6152, 15/6153, in het geding tussen

appellanten

en

Autoriteit Consument en Markt (ACM),

(gemachtigden: mr. O.E.S. Dusée en mr. R. Klein).

Procesverloop in hoger beroep

Appellanten hebben hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank Rotterdam (rechtbank) van 19 mei 2016 (ECLI:NL:RBROT:2016:3582).

ACM heeft incidenteel hoger beroep ingesteld tegen de uitspraak van de rechtbank.

Appellanten en ACM hebben een reactie op elkaars hoger beroepschrift ingediend.

Ten aanzien van een aantal stukken die ACM verplicht is over te leggen, heeft zij medegedeeld dat uitsluitend het College daarvan kennis zal mogen nemen. Bij beslissingen van 27 juni 2017 en 7 juli 2017 heeft het College de gevraagde beperking van de kennisneming gerechtvaardigd geacht. Appellanten hebben het College toestemming verleend om mede op grondslag van die stukken uitspraak te doen.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 10 juli 2017. Partijen zijn verschenen bij hun gemachtigden. Voorts zijn verschenen [naam 2] en [naam 3] .

Grondslag van het geschil

1.1 Voor een uitgebreide weergave van het verloop van de procedure, het wettelijk kader en de in dit geding van belang zijnde feiten en omstandigheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. Het College volstaat met het volgende.

1.2 [naam 1] is beheerder en exploitant van een affiliatenetwerk. Dit affiliatenetwerk bestaat uit een systeem waarin een database is opgebouwd met alle adverteerders, affiliate programma's, promotiemateriaal, publishers, gegenereerde leads en transacties. Een adverteerder stelt haar promotiemateriaal via [naam 1] en haar affiliatenetwerk ter beschikking aan de publishers. Meerdere publishers verwerken dit promotiemateriaal vervolgens bijvoorbeeld in een e-mailbericht en dragen zorg voor de verzending. [naam 2] en [naam 3] zijn bestuurders van [naam 1] . Bij [naam 1] zijn 1.944 adverteerders en 106 publishers aangesloten. De adverteerders kunnen zelf advertentie- of promotiematerialen aanleveren. Voorts maakt of bewerkt [naam 1] het advertentiemateriaal voor adverteerders. [naam 1] plaatst vervolgens het advertentiemateriaal in het systeem met een beschrijving van de wijze waarop het advertentiemateriaal mag worden gepubliceerd en vermelding van de vergoedingen die de publishers met publicatie kunnen verdienen. Dit betreft het affiliateprogramma van de adverteerder. [naam 1] houdt bij hoeveel transacties voortvloeien uit een campagne van een bepaalde publisher voor een adverteerder. Op basis van het aantal transacties brengt [naam 1] bij de adverteerder een bedrag in rekening. [naam 1] betaalt vervolgens de publisher. Behalve als beheerder en exploitant van het affiliatenetwerk treedt [naam 1] ook zelf op als adverteerder en publisher.

1.3 ACM heeft appellanten boetes opgelegd wegens overtreding van artikel 11.7, eerste

(spamverbod) en vierde lid (afmeldmogelijkheid), van de Telecommunicatiewet (Tw). Appellanten zijn beboet als adverteerder, als affiliatenetwerk en als publisher.

1.4 Het principaal hoger beroep richt zich niet tegen de door de rechtbank toegekende proceskostenvergoeding.

Uitspraak van de rechtbank

2.1 De rechtbank is tot een iets andere kwalificatie (wat betreft het aantal overtredingen) gekomen, maar legt in essentie dezelfde boetes op als ACM, zij het dat deze enigszins zijn gematigd wegens de overschrijding van de redelijke termijn. De rechtbank heeft – voor zover relevant – de beroepen van appellanten gegrond verklaard, het in beroep bestreden besluit vernietigd en bepaald dat haar uitspraak in plaats treedt van dat besluit, met dien verstaande dat zij het primaire besluit herroept voor wat betreft de hoogte van de bestuurlijke boetes:

- [naam 1] en [naam 2] zijn voor de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw door [naam 1] als adverteerder en publisher een boete van € 220.000,- verschuldigd;
- [naam 1] en [naam 2] zijn voor de overtreding van artikel 11.7, vierde lid, van de Tw door [naam 1] als adverteerder en publisher een boete van € 130.000,- verschuldigd;
- [naam 1] en [naam 3] zijn voor de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw door [naam 1] als affiliatenetwerk een boete van € 297.500,- verschuldigd;
- [naam 1] en [naam 3] zijn voor de overtreding van artikel 11.7, vierde lid, van de Tw door [naam 1] als affiliatenetwerk een boete van € 147.500,- verschuldigd.

Beoordeling van het geschil in hoger beroep

3.1 Appellanten willen met stukken uit het onderzoek van ACM naar andere affiliatenetwerken hun beroep op het gelijkheidsbeginsel adstrueren, en hebben op grond van de Wet openbaarheid van bestuur (Wob) gevraagd om deze informatie. Zij vragen om de behandeling van het beroep aan te houden in afwachting van de definitieve afhandeling van hun Wob-verzoek.

3.2 Het College wijst dat verzoek af. Ook zonder de betreffende stukken is immers duidelijk dat de situatie van [naam 1] en die van de andere affiliatenetwerken geen gelijke gevallen betreft. Waar [naam 1] stelselmatig de door ACM aangeboden voorwaardelijke schikking heeft verworpen, omdat zij geen overtreding zou hebben gepleegd, hebben de andere affiliatenetwerken na in gesprek te zijn gegaan met ACM een code en controlesysteem ingevoerd en daarmee voldaan aan de door ACM aan een schikking gestelde randvoorwaarden. Dit was voor ACM aanleiding om ten aanzien van hen vooralsnog van handhaving af te zien.

4.1 Het College zal de beroepsgronden 1A, 1B en 2A gezamenlijk beoordelen. Appellanten stellen zich in de kern op het standpunt dat zij, als affiliatenetwerk of adverteerder niet kwalificeren als verzender dan wel als degene namens wie de communicatie wordt overgebracht in de zin van artikel 11.7, eerste lid respectievelijk vierde lid, van de Tw. Appellanten stellen dat zij daarom noch artikel 11.7, eerste lid, van de Tw, noch artikel 11.7, vierde lid, van de Tw hebben overtreden.

4.2.1 In artikel 11.7, eerste lid, van de Tw was ten tijde van belang het volgende bepaald:

“Het gebruik van (...) elektronische berichten voor het overbrengen van ongevraagde communicatie (...) aan abonnees is uitsluitend toegestaan, mits de verzender kan aantonen dat de desbetreffende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend (...).”

4.2.2 In artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, van de Tw was ten tijde van belang het volgende bepaald:

“Bij het gebruik van elektronische berichten (...) dienen te allen tijde de volgende gegevens te worden vermeld: een geldig postadres of nummer waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kan richten.”

4.3 Het College heeft bij zijn uitspraak van 30 september 2014 (ECLI:NL:CBB:2014:371) geoordeeld dat de essentie van het verzenden van een e-mailbericht is dat een elektronisch bericht door de afzender wordt verstuurd aan de geadresseerde. De wijze waarop de boodschap wordt overgebracht is daarbij van ondergeschikte betekenis: de afzender kan daarbij een hulpmiddel, hulpdienst of hulppersoon gebruiken zonder dat het hulpmiddel, de hulpdienst of de hulppersonen daarmee zelf de afzender wordt. Hulppersonen rekent het College niet tot de verzenders als zij naar maatschappelijke opvatting de verantwoordelijkheid van de verzending niet dragen. Daarmee sluit het College aan bij de opvatting van de wetgever, die uitdrukkelijk van het begrip verzender uitsluit de provider die alleen de elektronische overbrengingsfaciliteit biedt.

4.4 Met inachtneming van deze uitspraak onderschrijft het College het oordeel van de rechtbank in haar rechtsoverweging 9.3 dat van een beperkte rol van hulppersoon als bedoeld in de uitspraak van het College in het geval van [naam 1] geen sprake was. Naar het oordeel van het College hebben appellanten de vaststellingen van de feiten die de rechtbank tot dit oordeel hebben geleid op essentiële onderdelen niet dan wel onvoldoende weersproken. Met name de omstandigheid dat appellanten stellen dat slechts een klein aantal e-mailadressen is verworven via de enquêteconcepten van [naam 1], alsmede dat uit in de interne richtlijnen niet moet worden geconcludeerd dat de medewerkers van [naam 1] een actieve rol speelden bij het versturen van e-mailberichten voor adverteerder, wordt niet nader onderbouwd. Uit hetgeen ACM daartegen heeft aangevoerd blijkt veeleer het tegendeel.

4.5 Gelet op het vorengaande slagen de beroepsgronden 1A, 1B en 2A niet.

5.1 Appellanten betwisten voorts de conclusie van de rechtbank dat [naam 1] als affiliatenetwerk artikel 11.7, eerste lid, van de Tw heeft overtreden omdat er sprake is van ongevraagde communicatie. Volgens appellanten is dit niet het geval omdat de ontvanger zich vrijwillig daarvoor heeft aangesloten.

5.2 Dit betoog (in beroepsgrond 1C) slaagt naar het oordeel van het College niet. Appellanten hebben ter zitting erkend dat zij niet per individuele abonnee hebben aangetoond dat er voorafgaand aan de communicatie is ingestemd met het ontvangen daarvan. Stukken daartoe ontbreken. De algemene, niet op de klagers toegespitste, beschrijving over het verkrijgen van toestemming door appellanten, acht het College onvoldoende om te kunnen concluderen dat sprake is van instemming van deze klagers van de ongevraagde communicatie. Voor zover appellanten stellen dat zij in bewijsnood verkeren, omdat [naam 1] vanwege de Wet bescherming persoonsgegevens het klantenbestand heeft moeten wissen, overtuigt dit betoog het College niet. Zij hebben op geen enkele manier gemotiveerd dat uit dat klantenbestand dergelijke instemming zou kunnen blijken. Bovendien komt het voor rekening en risico van appellanten als zij het voor haar in verband met artikel 11.7 van de Tw essentiële bewijsmateriaal zonder meer vernietigen.

6. Nu het College van oordeel is dat [naam 1] niet heeft voldaan aan het toestemmingsvereiste als bedoeld in artikel 11.7, eerste lid, van de Tw, behoeft beroepsgrond 1D, waarbij appellanten zich richten tegen het oordeel van de rechtbank dat wanneer aan abonnees toestemming wordt gevraagd voor ongevraagde commerciële communicatie per e-mail het aanstonds duidelijk moet zijn op welke adverteerders de gegeven toestemming betrekking heeft, geen bespreking.

7. Beroepsgrond 2B richt zich tegen het oordeel van de rechtbank dat het bij de vaststelling van

de overtreding van artikel 11.7, vierde lid, van de Tw irrelevant is dat er geen klachten zijn over het afmelden via de door [naam 1] verzonden e-mailberichten. Met de rechtbank is het College van oordeel dat klachten geen bestanddeel vormen van de delictsomschrijving van artikel 11.7, vierde lid, Tw. Beroepsgrond 2B faalt.

- 8.1 Appellanten voeren aan dat (het dictum van) het bestreden besluit alleen boetes oplegt aan [naam 1] en niet aan haar bestuurders [naam 2] en [naam 3] , althans dat de wettelijke grondslag ontbreekt om haar bestuurders een boete op te leggen (beroepsgrond 3). ACM heeft dienaangaande toegelicht dat zij heeft beoogd om boetes op te leggen aan het collectief, gevormd door [naam 1] en haar bestuurders.
- 8.2 Het College is van oordeel dat ACM drie afzonderlijke besluiten heeft genomen, te weten een besluit tot boeteoplegging aan [naam 1] en twee besluiten tot boeteoplegging aan haar bestuurders als feitelijk leidinggevenden, met dien verstande dat wanneer één van deze partijen de boete betaalt, dit vrijwarend is voor de andere twee partijen.
- 8.3 Gelet op hetgeen is overwogen onder 4.1 tot en met 7, is het College van oordeel dat ACM terecht is overgegaan tot de boeteoplegging aan [naam 1] .
- 8.4 Het College is echter van oordeel dat de boeteoplegging aan de bestuurders van [naam 1] niet berust op een toereikende motivering. Bij het besluit tot boeteoplegging heeft geen kenbare individuele afweging plaatsgevonden ten aanzien van de bestuurders als feitelijk leidinggevenden. Artikel 51, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht, biedt naar het oordeel van het College, ACM evenmin de grondslag om zonder individuele afweging een boete op te leggen.
- 8.4 Gelet op het vorengaande kan hetgeen [naam 2] en [naam 3] verder nog in dit verband hebben aangevoerd buiten beschouwing blijven.
- 9.1 Tot slot hebben appellanten aangevoerd dat de boete moet worden gematigd. Het College ziet – behoudens het in 9.3 te behandelen punt – in hetgeen appellanten hebben aangevoerd geen aanleiding om tot matiging van de boete over te gaan.
- 9.2 Met de rechtbank is College van oordeel dat artikel 11.7, eerste en vierde lid, van de Tw op dusdanige schaal is overtreden – elke verzending van een elektronisch bericht door [naam 1] betreft een overtreding van deze artikelen – dat voor matiging van de boete geen aanleiding bestaat. Het College onderschrijft het oordeel van de rechtbank en kan zich vinden in de strekking van de motivering als neergelegd in rechtsoverweging 6.3 van haar uitspraak.
- 9.3 Het College volgt appellanten echter wel in hun betoog dat de rechtbank een onjuiste toepassing heeft gegeven aan matiging van de boetes wegens overschrijding van de redelijke termijn. Tussen partijen is niet in geschil dat er sprake is van overschrijding van de redelijke termijn met iets meer dan een half jaar. Dit leidt het College tot het oordeel dat deze boetes, gelet op de hoogte ervan, in dit geval moeten worden verlaagd met 10% met een maximum tot € 10.000,- en niet met een maximum van € 2.500,-, zoals de rechtbank heeft gedaan.
- 10.1 Het incidenteel hoger beroep richt zich (enkel) tegen drie deelbeslissingen van de rechtbank, twee waarin de rechtbank bewijsmiddelen heeft uitgesloten en het oordeel dat de rollen van [naam 1] als publisher en adverteerder zo zeer verweven zijn dat die gedragingen kwalificeren als één overtreding. ACM heeft haar incidentele hoger beroep afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat het College een ander oordeel is toegedaan dan de rechtbank. Het College begrijpt die voorwaarde aldus dat de boete zoals door ACM aan [naam 1] is opgelegd in essentie niet door het oordeel van het College mag worden aangetast.
- 10.2 Uit het vorenstaande blijkt dat de door ACM aan haar incidenteel hoger beroep verbonden voorwaarde niet is vervuld. Het College laat dat dan ook onbesproken.

11.1 De hoger beroep slagen. Het College vernietigt de aangevallen uitspraak, voor zover aangevochten, en het bestreden besluit en herroept het boetebesluit voor zover deze strekt tot boeteoplegging aan [naam 3] en [naam 2] .

11.2 Het College zal onder herroeping van het primaire besluit de aan [naam 1] opgelegde boetes als volgt matigen, voor overtreding:

- van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw als adverteerder en publisher tot € 215.000,-;
- van artikel 11.7, vierde lid, van de Tw als adverteerder en publisher tot € 125.000,-;
- van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw als affiliatenetwerk tot € 290.000,-
- ;
- van artikel 11.7, vierde lid, van de Tw als affiliatenetwerk tot € 140.000,-.

12. Het College veroordeelt ACM in de door appellanten in verband met het hoger beroep gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt het College op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 1.002,- (1 punt voor het indienen van het hoger beroepsschrift, 1 punt voor het verschijnen ter zitting bij het College, met een waarde per punt van € 501,- en een wegingsfactor 1).

Beslissing

Het College:

- vernietigt de aangevallen uitspraak, voor zover in het principaal hoger beroep aangevochten;
- vernietigt het bestreden besluit voor zover daarbij aan [naam 3] en [naam 2] boetes zijn opgelegd en herroept het primaire besluit in zoverre;
- vernietigt het bestreden besluit voor zover het de hoogte van de aan [naam 1] opgelegde boetes betreft;
- bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van de vernietigde gedeelten van het besluit en stelt de boetes vast als onder 11.2;
- draagt ACM op het betaalde griffierecht van € 503,- aan appellanten te vergoeden;
- veroordeelt ACM in de proceskosten van appellanten tot een bedrag van € 1.002,-.

Deze uitspraak is gedaan door mr. R.C. Stam, mr. H.O. Kerkmeester en mr. C.C.W. Lange, in aanwezigheid van mr. P.M. Beishuizen, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 3 april 2018.

w.g. R.C. Stam w.g. P.M. Beishuizen