

**CBb van 15 juni 2011, LJN: BQ8708, zaaknr. AWB 09/238**

<http://www.rechtspraak.nl/ljn.asp?ljn=BQ8708>

**Art.:** art. 15.4 en 17.1 van de Telecommunicatiewet, art. 13 van richtlijn 2002/58/EG

**Trefw.:** politieke communicatie, spamverbod, beginselplicht tot handhaving, handhavingsplicht op grond van richtlijn 2002/58/EG, handhavingsbeleid OPTA, elektronische klachtvoorziening (spamklacht)

### Samenvatting

Appellanten hebben in het kader van de verkiezingen van Provinciale Staten van Overijssel ongevraagd een e-mailbericht van de VVD ontvangen. Appellanten hebben vervolgens OPTA verzocht om wegens overtreding van het spamverbod in art. 11.7, eerste en derde lid, van de Telecommunicatiewet aan de VVD een last onder dwangsom en een boete op te leggen. OPTA heeft dit geweigerd. Het beroep tegen dit besluit is door de rechtbank Rotterdam ongegrond verklaard. In hoger beroep oordeelt het CBb als volgt.

Het College onderschrijft het oordeel van de rechtbank dat artikel 13 van richtlijn 2002/58/EG, in samenhang met ow. 47 van de preambule, OPTA niet verplicht om steeds handhavend op te treden. Maatgevend is de doelgebonden handhavings- en sanctioneringsplicht van de lidstaten, zoals uitgewerkt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie op basis van art. 10, vijfde lid, van het EG-Verdrag (oud). Met betrekking tot het beroep van appellanten op de beginselplicht om handhavend op te treden tegen overtredingen bevestigt het CBb op dit punt eenzelfde lijn te volgen als de Afdeling bestuursrechtspraak. Dit betekent dat slechts onder bijzondere omstandigheden van handhavingsmaatregelen mag worden afgezien. Dit kan zich onder meer voordoen als in een concrete situatie het belang bij handhaving van een overtreding van geringe omvang zodanig onevenredig is in verhouding tot de belangen die daartegen pleiten, dat van handhavend optreden moet worden afgezien. Een en ander te beoordelen aan de hand van een afweging van alle in de concrete situatie spelende belangen.

Naar het oordeel van het College laten het Europese recht en de nationale beginselplicht OPTA in ieder geval de vrijheid in de keuze voor het handhavingsinstrument (mits effectief) en de afweging of sprake is van bijzondere omstandigheden. Daarnaast is een zekere beleidsvrijheid begrepen in de afstemming van handhavingsactiviteiten tussen daartoe bevoegde bestuursorganen.

Wanneer de overtreding een incidenteel karakter heeft, dan kan dat een bijzondere omstandigheid vormen die afzien van handhaving rechtvaardigt en ook de geringe ernst van de overtreding kan daartoe aanleiding geven. Gezien de bijzondere omstandigheden van het voorliggende geval onderschrijft het CBb het oordeel van de rechtbank dat OPTA aan zijn besluit ten grondslag mocht leggen dat handhavend optreden tegen de VVD onevenredig zou zijn tot de daarmee te dienen belangen.

### Noot

1. Om meerdere redenen is dit een interessante uitspraak. Allereerst vanwege het onderwerp: elektronische communicatie (e-mailverkeer) door een politieke partij met zijn (potentiële) achterban in verkiezingstijd.

De kern van deze uitspraak is echter de handhavingsplicht van OPTA van het spamverbod in art. 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (Tw). En wel vanuit een drietal gezichtspunten, te weten: (a) de veronderstelde specifieke handhavingsplicht in art. 13 jo. ow. 47 van richtlijn 2002/58/EG inzake privacy en elektronische communicatie, (b) de (algemene) handhavings- en sanctioneringsplicht in het Europese recht, zoals uitgewerkt in de jurisprudentie van het Hof van Justitie op basis van art. 10 EG-Verdrag (oud), thans art. 4, derde lid, tweede zin, VEU, dat luidt: “De lidstaten treffen alle algemene en bijzondere maatregelen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren” en (c) de beginselplicht tot handhaving in het nationale recht, gebaseerd op de rechtsstatelijke notie dat regels nageleefd en gehandhaafd dienen te worden,

zoals uitgewerkt in de bestuursrechtelijke jurisprudentie, in het bijzonder die van de Afdeling bestuursrechtspraak.

Deze uitspraak is voor de uitvoeringspraktijk tevens van betekenis vanwege een bevoegdheidsaspect. Op basis van een ambtshalve uitleg van art. 17.1, eerste lid, Tw in relatie tot art. 15.4 van deze wet oordeelt het College dat geen rechtstreeks beroep bij hem kan worden ingesteld tegen besluiten over handhavend optreden, die mede zien op het (al dan niet) opleggen van een bestuurlijke boete. De rechtbank heeft zich dus terecht bevoegd geacht om in dit geval mede een oordeel te geven over de afwijzing om andere dan bestraffende handhavingsmaatregelen tegen de VVD te treffen.

Dit is de derde uitspraak waarin het Cbb oordeelt over belangrijke rechtsvragen met betrekking tot de handhaving van het spamverbod door OPTA. Zie tevens: Cbb van 2 juli 2010, LJN: BN0534 en Cbb van 22 januari 2009, LJN: BH6932. De hiervoor opgenomen uitspraak raakt tevens aan de inrichting hiervan door OPTA, in het bijzonder via het systeem van elektronische spamklachten. Want OPTA heeft zijn handhavingsbeleid niet alleen vastgelegd in beleidsregels, maar tevens in een elektronisch werkproces op de website Spamklacht.nl. De spanning tussen het juridisch kader, zoals nader verbijzonderd in deze uitspraak, en de feitelijke inrichting en uitvoering van het handhavingsbeleid door OPTA is met deze uitspraak verhelderd, maar niet weggenomen. Ik kom hier nog nader op terug.

2. De aan deze uitspraak ten grondslag liggende feitenconstellatie levert enkele belangrijke kwesties op. Zo moet betwijfeld worden of een (ongewenst) van de politieke partij VVD in verkiezingstijd ontvangen e-mailbericht wel onder het spamverbod van art. 11.7, eerste lid, Tw valt. Deze bepaling luidt: “Het gebruik van automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten 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 is bepaald in het tweede en derde lid.” Dat het in dit geval gaat om politieke communicatie is duidelijk. Vraag is of deze categorie van elektronische communicatie begrepen kan worden onder de in deze weergegeven bepaling genoemde categorieën, in het bijzonder als ongevraagde communicatie voor ideële doeleinden begrepen kan worden. Dit is een kwestie van wetsuitleg waaraan het Cbb ten onrechte voorbij gegaan is. Zowel bestuursorgaan als appellant hebben er belang bij dat het spamverbod zo ruim mogelijk wordt uitgelegd. Van die kant is het opwerpen van een afbakeningskwestie inzake aanspraken en bevoegdheden dus niet te verwachten. In dit type gevallen is het dan ook aan de bestuursrechter om ambtshalve te toetsen of de door partijen gesuggereerde uitleg van een wettelijke bepaling spoort met het geldende recht.

3. Art. 11.7, eerste lid, Tw is de implementatie van art. 13 van richtlijn 2002/58/EG inzake privacy en elektronische communicatie. Dit artikel ziet echter uitsluitend op elektronische communicatie voor direct marketing, dat wil zeggen in het kader van producten en diensten. Zoals uit ow. 40 blijkt gaat het daarbij om “commerciële mededelingen”. Naar blijkt uit art. 2, aanhef, van deze richtlijn, zijn de definities van richtlijn 95/46/EG inzake de bescherming van persoonsgegevens, mede van toepassing op de uitleg van overeenkomende begrippen. Zie in dit verband art. 14, aanhef en sub b, van richtlijn 95/46/EG inzake het recht van verzet tegen gegevensverwerking voor – eveneens commercieel begrepen - direct marketing, geïmplementeerd in art. 41, eerste lid, Wbp en daarin verruimd tot “commerciële en charitatieve doelen”. De bijzondere positie van politieke partijen blijkt mede uit ow. 36 bij richtlijn 95/46/EG over de toelaatbaarheid van gegevensverwerking door politieke partijen alsmede ow. 37 over de verwerking van persoonsgegevens voor journalistieke, artistieke of literaire doeleinden in verband met art. 10 EVRM.

4. De uitleg van art. 11.7, eerste lid, Tw, in het bijzonder het begrip ongevraagde oproepen voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden, heeft in de wetsgeschiedenis van de Telecommunicatiewet (Stb. 1998, 610) nauwelijks aandacht gekregen. Pas in de Nadere memorie van antwoord in de Eerste Kamer is enige duidelijkheid verschaft (Kamerstukken I 1997/98,

25533, nr. 309d, p. 6-7). Hieraan ontleen ik de volgende alinea. “In artikel 11.7, eerste en tweede lid, van het wetsvoorstel is de term “oproepen voor commerciële, ideële en charitatieve doeleinden gehanteerd. Op deze wijze is het begrip “direct marketing” uit richtlijn nr. 97/66/EG (...) omgezet. Deze term is, mede gelet op overweging 22, opzettelijk niet te eng opgezet om te voorkomen dat niet al te veel commerciële activiteiten buiten het bereik van artikel 11.7 zouden vallen. De termen ideëel en charitatief zijn mede gekozen om een zekere aansluiting met artikel 435<sup>e</sup> van het Wetboek van Strafrecht te kunnen bewerkstelligen. Fondsenwerfers kunnen bovendien op even indringende wijze via de telefoon een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer plegen als de abonneerderswerver van een dagblad.” Ter toelichting: de genoemde richtlijn nr. 97/66/EG is de voorloper van richtlijn 2002/58/EG en ging uit van eenzelfde begrippenkader. Het toenmalige artikel 435<sup>e</sup> Sr. zag op de strafbaarheid van telefonische colportage. Ook uit het vervolg van deze passage in de NMvA, naar aanleiding van vragen over de toelaatbaarheid van markt- en verkiezingsonderzoek blijkt, dat het gaat om commerciële verkoop of werving, waarbij fondsenwerving voor ideële en charitatieve doelen op één lijn gesteld is met telemarketing, met name vanwege het gebruik van overeenkomstige methoden en technieken. Voor een (nog) ruimere interpretatie in die zin dat de wetgever tevens beoogd zou hebben om de categorie politieke communicatie onder het spamverbod in art. 11.7, eerste lid, Tw te begrijpen, biedt deze toelichting derhalve geen grondslag. Zie in dit verband ook de toelichting op art. 11.7 Tw in Tekst & Commentaar Telecommunicatierecht, onder redactie van P.C. Knol en G.J. Zwenne.

De Europese wetgever heeft het begrip “direct marketing” in de richtlijnen 2002/58 en 97/46 zeker geen ruimere dan de gangbare betekenis willen geven. Zou daartoe vanwege de constitutionele aspecten van het functioneren van politieke partijen ook niet bevoegd zijn. Zie op dit punt art. 4, tweede lid, VEU betreffende de eerbiediging van de politieke en constitutionele basisstructuren van de lidstaten.

Op basis van het voorgaande ben ik van mening dat politieke communicatie, zoals in dit geval het versturen van een ongevraagd e-mailbericht door een politieke partij, niet onder het spamverbod in art. 11.7, eerste lid, Tw begrepen is. In mijn visie was OPTA in deze zaak dus onbevoegd, hetgeen door rechtbank en CBB geconstateerd had moeten worden. Het CBB heeft dit punt in deze uitspraak ten onrechte laten liggen.

5. De betekenis van deze uitspraak betreft primair de overwegingen van het CBB over de handhavingsplicht van bestuursorganen inzake geïmplementeerd Unierecht in samenhang met de beginselplicht tot handhaving in de nationale rechtsorde. De inbedding van dit oordeel in de bestaande jurisprudentie draagt bij aan de bedoeling van het CBB om het eigen standpunt terzake van de beginselplicht expliciet en gemotiveerd uiteen te zetten.

Daar waar het gaat om overtredingen van geringe omvang sluit het CBB uitdrukkelijk aan bij de vaste rechtspraak van de Afdeling bestuursrecht. Zie voor een uitvoerige bespreking van deze jurisprudentie C.L.G.F.H. Albers in haar noot bij ABRvS van 30 juni 2004 in JB Select 2009, p. 479 e.v.

De meerwaarde van deze uitspraak betreft de koppeling van de nationaal ingekleurde beginselplicht aan de handhavingsplicht van (bestuursorganen van) de lidstaten van de Unie. Vgl. de verwijzing naar “het Europese recht en de nationale beginselplicht” in ow. 5.6.5. Waar het gaat om implementatiewet- en regelgeving zijn beide relevant. Wat het Unierecht betreft gaat het zowel om een algemene als om een eventueel specifiek ingevulde handhavingsplicht. In toenemende mate worden toezichts-, handhavings- en sanctioneringsverplichtingen in richtlijnen en verordeningen immers nader verbijzonderd.

6. In het voorliggende geval geeft het College nadere invulling aan de afweging of sprake is van bijzondere omstandigheden, die een uitzondering op de handhavingsplicht van OPTA kunnen rechtvaardigen. Ook hier sluit het CBB aan bij eerdere rechtspraak van de ABRvS. Het incidentele karakter alsook de geringe ernst van een overtreding kunnen onder omstandigheden als rechtvaardiging van een niet-optreden gelden. In het voorliggende geval is van beide sprake. In deze situatie bestond naar het oordeel van het CBB derhalve voor OPTA geen gehoudendheid tot handhaving.

Voor OPTA was de eenmalige verzending van een e-mailbericht echter doorslaggevend, zoals blijkt uit de publicatie op de website ([www.opta.nl](http://www.opta.nl)) met als kop: “CBb: verzoek tot handhaving na één spamklacht terecht afgewezen”.

7. Het handhavingsbeleid van OPTA is vastgelegd in beleidsregels. Zie inzake het spamverbod het Handhavingsbeleid spam, Stcrt. 2010, nr. 660, en de Boetebeleidsregels OPTA, Stcrt. 2010, nr. 5163. In eerstgenoemd besluit zijn met name de criteria prioriteitsstelling handhaving vastgelegd. Zoals blijkt uit art. 3.3. zijn deze criteria niet cumulatief en zal het college de criteria in onderlinge samenhang bezien, waarbij eerder gehandhaafd zal worden naarmate aan meerdere van de genoemde criteria is voldaan. Met het oog op de beschikbare capaciteit ziet het spam-handhavingsbeleid van OPTA derhalve uitdrukkelijk op prioritering van handhavingsinspanningen. Hoewel begrijpelijk illustreert deze prioriteringsregeling tegelijkertijd de spanning tussen enerzijds de door de bestuursrechter aangehouden handhavingsplicht, met bijzondere omstandigheden als rechtvaardigingsgrond voor een niet-optreden, en anderzijds de bestuurlijke realiteit van een in omvang beperkte handhavingscapaciteit. Aannemelijk is dat een belangrijk deel van de relevante klachten buiten behandeling moet blijven, omdat deze feitelijk niet verwerkbaar zijn.

Dat brengt mij op een tweede punt: de inrichting door OPTA van een elektronisch klachtsysteem en de voorlichting over het spam(handhavings)beleid op de website [Spamklacht.nl](http://Spamklacht.nl) onder verantwoordelijkheid van OPTA.

In deze uitspraak beklagen appellanten zich erover dat zij veel moeite hebben moeten doen om OPTA te bewegen hun aanvraag in behandeling te nemen, daarentegen werden verwezen naar een digitaal meldingsregister voor spamklachten. Pas na aandringen zou het handhavingsverzoek in behandeling genomen zijn (ow. 3.1). Het CBb passeert dit verwijt in ow. 5.2. wel erg gemakkelijk, overwegende: “OPTA heeft de aanvraag van appellanten in behandeling genomen. De beroepsgrond, voor zover deze inhoudt dat OPTA appellanten er van afhield een verzoek in te dienen, mist feitelijke grondslag”. Bij kennisneming van de voorlichting op de website [Spamklacht](http://Spamklacht.nl) blijkt echter dat een en ander wat genuanceerder ligt dan het CBb wil aannemen. Allereerst valt de terminologie op, met name de conversie van burgers in consumenten. Voor spamklachten wordt uitdrukkelijk naar het klachtenformulier op de website verwezen. Vanwege het karakter van dit formulier kunnen klachten uitsluitend elektronisch worden ingediend. Uitprinten van dit (uitgebreide) formulier met toezichtsinformatie en het eventueel per post verzenden ervan is niet mogelijk. Weliswaar is klagen in schriftelijke vorm formeel niet uitgesloten, maar in de praktijk wordt deze vorm uitdrukkelijk door OPTA ontmoedigd, als niet passend in het primair elektronische werkproces. Een en ander moge dan niet rechtstreeks in strijd zijn met art. 2:15, eerste lid, Awb maar wel met de geest ervan. Alternatieve worden immers in de voorlichting verzwegen.

8. In dit verband moet tevens de vraag aan de orde komen wat het juridische karakter van een spamklacht is. Een aanknopingspunt kan in een eerdere uitspraak van het CBb worden gevonden. Aan die van het CBb van 20 augustus 2010, LJN: BN4700, ontleen ik de volgende passage: “Een klacht van een belanghebbende waarbij aan NMa wordt voorgelegd dat een of meer ondernemingen inbreuk maken op regels waarvan de NMa ingevolge de Mw toeziet op de naleving, moet worden aangemerkt als een aanvraag tot handhaving van deze regels, in het bijzonder om (...) een boete of last onder dwangsom (...) op te leggen” (ow. 7.2.1). Er is geen reden dat het CBb met betrekking tot bij OPTA ingediende spamklachten anders zou oordelen; deze uitspraak is zelfs als een bevestiging van dit uitgangspunt op te vatten. Dit lijkt me niet de rechtsopvatting die OPTA in zijn beleidsregels en voorlichting op de website voor ogen heeft, al was het maar omdat deze individuele beoordeling en afdoening van klachten impliceert. Het voorgaande illustreert de kloof tussen de bestuursrechtelijke handhavingsdogmatiek en de uitvoeringsrealiteit van in steeds sterkere mate elektronisch vormgegeven werkprocessen. De oplossing kan geen andere zijn dan dat er bestuursrechtelijk nader gedifferentieerd gaat worden tussen verschillende handhavingsomgevingen.

## G. Overkleeft-Verburg