ECLI:NL:RBROT:2015:7739

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	05-11-2015
Datum publicatie	09-11-2015
Zaaknummer	ROT 14/8722
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	Bestuurlijke boete wegens overtreding spamverbod. SMS-abonnementsdienst. Omdat niet vast is komen te staan welke landingspagina's zijn bezocht door de drie door ACM geselecteerde klagers waarvan is vastgesteld dat die natuurlijke personen en abonnees zijn, is niet vast komen te staan dat met de verzending van een aanmeldbericht sprake is geweest van ongevraagde communicatie als bedoeld in artikel 11.7 lid 1 Communicatiewet. De overtreding is daarom niet bewezen.
Wetsverwijzingen	Telecommunicatiewet Telecommunicatiewet 11.7
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl JBP 2015/132

Uitspraak

Rechtbank Rotterdam

Team Bestuursrecht 1

zaaknummer: ROT 14/8722

uitspraak van de meervoudige kamer van 5 november 2015 in de zaak tussen

[Naam vennootschap] , te [plaats] , eiseres,

gemachtigden: prof. mr. G.A. van der Veen en mr. E. Dans,

en

de Autoriteit Consument en Markt, verweerster,

gemachtigden: mr. R. Rodenrijs en mr. C.A. Vesseur.

Procesverloop

Bij besluit van 6 oktober 2010 heeft ACM het bezwaar van eiseres tegen het besluit van 28 april 2010 (het primaire besluit), dat strekt tot oplegging van bestuurlijke boetes aan eiseres tot een bedrag van 550.000,- wegens verschillende overtredingen van artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet (Tw), niet-

ontvankelijk verklaard wegens overschrijding van de termijn voor het maken van bezwaar.

De rechtbank Rotterdam heeft - voor zover hier van belang - bij uitspraak van 9 juni 2011 (ECLI:NL:RBROT:2011:BQ7612) het beroep van eiseres gegrond verklaard, het besluit van 6 oktober 2010 vernietigd en verweerder opgedragen alsnog een inhoudelijke beslissing op bezwaar te nemen. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) heeft bij uitspraak van 4 juni 2014 (ECLI:NL:CBB:215) de uitspraak van de rechtbank bevestigd.

Bij besluit van 31 oktober 2014 (het bestreden besluit) heeft ACM het bezwaar van eiseres deels gegrond en deels ongegrond verklaard, de bestuurlijke boete wegens (meervoudige) overtreding(en) van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw wegens het verzenden van zogenoemde aanmeldberichten teruggebracht tot een bedrag van 60.000,-, het primaire besluit voor het overige herroepen en het verzoek om toepassing van artikel 7:15 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) gehonoreerd tot een bedrag van 478,-.

Eiseres heeft tegen het bestreden besluit beroep ingesteld.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 29 september 2015. Namens eiseres zijn verschenen haar bestuurders [naam] en [naam] , bijgestaan door gemachtigde mr. E. Dans. ACM heeft zich laten vertegenwoordigen door haar gemachtigden, bijgestaan door ir. T. Verbon.

Overwegingen

1. Met ingang van 1 juli 2009 is het tweede lid van artikel 11.7 van de Tw vernummerd tot het derde lid en is een nieuw tweede lid vastgesteld. Het eerste lid van dat artikel verwijst sindsdien in de laatste regel naar het tweede en derde lid. Met ingang van 1 oktober 2009 wordt in artikel 11.8 verwezen naar de artikelen 11.6 en 11.7, vijfde tot en met twaalfde lid. Voorts zijn de artikelen 15.1 en 15.4 van de Tw (meermaals) gewijzigd. De rechtbank stelt vast dat deze wijzigingen niet tot voordeel van eiseres strekken, zodat wordt uitgegaan van het volgende wettelijke kader.

Artikel 1.1 van de Tw luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

()

p. abonnee: natuurlijke persoon of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten;

()

Artikel 11.1 van de Tw luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

In dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

()

e. communicatie: informatie die wordt uitgewisseld of overgebracht tussen een eindig aantal partijen door middel van een openbare elektronische communicatiedienst; dit omvat niet de informatie die via een omroepdienst over een elektronisch communicatienetwerk wordt overgebracht, behalve wanneer de informatie kan worden gerelateerd aan de identificeerbare abonnee of gebruiker die de informatie ontvangt;

()

g. 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;

()

i. 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;

()

Artikel 11.7 van de Tw luidde tot 1 juli 2009:

1. 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 lid.

Artikel 11.8 luidde tot 1 oktober 2009:

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

In artikel 15.4, vierde lid, van de Tw was en is bepaald dat ingeval van overtreding van de bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, van de Tw bedoelde voorschriften (waaronder die van artikel 11.7 van de Tw zijn begrepen), ACM aan de overtreder een boete kan opleggen van ten hoogste 450.000,-.

Met artikel 11.7 van de Tw is beoogd artikel 13 van richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie) te implementeren.

2.1. ACM stelt zich thans nog op het standpunt dat eiseres in de periode van 6 november 2006 tot en met 21 april 2009 in totaal 1.429.424 keer ongevraagd SMS-berichten (de aanmeldberichten) heeft verstuurd met een commercieel oogmerk zonder voorafgaande toestemming van de betreffende abonnee. In dit verband is door ACM onder meer het volgende in aanmerking genomen.

2.2. Eiseres is een aanbieder van mobiele en internetdiensten. Zij biedt haar diensten aan onder de namen Yamtalk en MT50 via diverse shortcodes, waaronder 4269 en 9988. Zij maakt voor het versturen van berichten gebruik van twee ketenpartners. Incasso van geleverde diensten heeft plaats door het verzenden van zogenoemde premium rate SMS-berichten tegen een tarief van 1,50 per bericht. Via de websites van zogenoemde affiliates worden onder andere eenvoudige spelletjes aangeboden waarbij prijzen kunnen worden gewonnen. De affiliate-website - bijvoorbeeld www.gratisprijsvraag.nl - wijst de bezoeker door naar een zogenoemde landingspagina van eiseres waar men deel kan nemen aan het spel. Om de in het vooruitzicht gestelde prijs te kunnen winnen, moet de deelnemer een mobiel nummer invoeren op de landingspagina, waarna eiseres automatisch een (gratis) mobile terminated aanmeldbericht naar het ingevoerde mobiele nummer stuurt, met bijvoorbeeld de volgende tekst:

Je zit in de finale! sms nu WIN ON naar 9988 en maak kans op de Apple laptop. Stop: win uit naar 9988. Info: www.yamtalk.com is een abonnementsdienst 9E/wk.

Indien de ontvanger niet reageerde werd veelal hetzelfde bericht nogmaals verstuurd.

2.3. Volgens ACM komt eerst een overeenkomst tot stand tot levering van een SMS-abonnementsdienst nadat de ontvanger van het aanmeldbericht zich in reactie daarop, met gebruikmaking van de daarin opgenomen instructies, middels een SMS-bericht aanmeldt. In het aanmeldbericht wordt de ontvanger op voornoemde wijze aangespoord een aanmeldcode te verzenden. Volgens ACM zijn de aanmeldberichten daarom te beschouwen als een vorm van reclame, werving of verkoopbevordering en dus als communicatie voor commerciële doeleinden.

2.4. In het onderzoeksrapport en het primaire besluit heeft ACM zich op het standpunt gesteld dat sprake is van ongevraagde informatie, omdat eiseres niet kan aantonen dat het telkens de abonnee is die zelf zijn telefoonnummer heeft ingevuld op een van de landingspaginas van eiseres. In het bestreden besluit handhaaft ACM het standpunt dat sprake is van ongevraagde informatie, maar nu om de volgende redenen. Volgens ACM is alleen sprake van gevraagde informatie - en dan is artikel 11.7 van de Tw niet van toepassing - indien een abonnee uitdrukkelijk en ondubbelzinnig heeft gevraagd om informatie. Aan die voorwaarden is voldaan indien de abonnee met zoveel woorden verzoekt om bepaalde communicatie. Van gevraagde communicatie zou volgens ACM sprake kunnen zijn indien de consument zelf contact opneemt, een hokje moet aanvinken waarin hij verzoekt contact op te nemen of indien op de plaats waar het 06-nummer kon worden ingevuld duidelijk werd aangegeven dat met het invullen daarvan een dergelijk verzoek besloten lag. De algemene disclaimer onder aan de pagina, die overigens niet op alle landingspaginas was te vinden, voldoet in dit verband niet. Voorts wordt uit de landingspaginas niet duidelijk dat abonnees aanmeldberichten voor SMS-abonnementsdiensten ontvangen, doch slechts dat men kans maakt op een prijs. Daarom is volgens ACM sprake van ongevraagde informatie.

2.5. Verder staat volgens ACM vast dat verschillende personen, aan wie eiseres SMS-berichten heeft verzonden, abonnees en natuurlijke personen zijn als bedoeld in artikel 11.8 van de Tw. Voor de klachten van personen geldt dat de klagers na het invullen van het klachtformulier op www.spamklacht.nl een e-mailbericht ontvangen. De klacht wordt eerst in de database opgenomen nadat de klagers een e-mail terugsturen voor akkoord waarin zij verklaren dat de ingevulde telefoonnummers waarop de SMS-berichten zijn ontvangen geldig en correct zijn en door henzelf zijn gebruikt. Klachten van klanten die geen natuurlijke personen zijn worden buiten behandeling gesteld, aldus ACM. Uit een oogpunt van zorgvuldigheid heeft ACM niettemin bij vier klagers geverifieerd of zij natuurlijke personen en abonnee zijn en of zij zonder voorafgaande toestemming de SMS-berichten hebben ontvangen. Deze vier klagers hebben verklaard berichten van eiseres te hebben ontvangen via de door haar gebruikte shortcodes 4269 en 9988. Deze klagers hebben bovendien verklaard dat zij voorafgaand aan het SMS-bericht niet hun mobiele telefoonnummer hebben ingevoerd op een van de webpaginas die Yamtalk en/of MT50 promoten. Drie van de vier klagers - [X], [Y] en [Z] - hadden ten tijde van de gedragingen van eiseres een abonnement bij een aanbieder van een openbare communicatiedienst, zodat zij kwalificeerden als abonnee als bedoeld in artikel 1.1, aanhef en onder p,

van de Tw. Volgens ACM is, gelet op de rechtspraak - verwezen wordt onder meer naar de uitspraak van het CBb van 30 september 2014 (ECLI:NL:CBB:2014:371) -, een aantal van drie geverifieerde klachten voldoende om de overtreding vast te stellen.

2.6. Voorts stelt ACM zich op het standpunt dat eiseres niet heeft aangetoond dat sprake is van voorafgaande toestemming als bedoeld in artikel 11.7, eerste lid, van de Tw.

2.7. De hoeveelheid klachten en berichten heeft ACM bij de bepaling van de ernst van de overtreding buiten beschouwing gelaten, omdat de aantallen niet zijn uitgesplitst naar aanmeldberichten en vervolgberichten. ACM merkt de overtreding daarom als minder ernstig aan, zodat gelet op de boetebeleidsregels een maximale bestuurlijke boete van

100.000,- kan worden opgelegd. Gelet op de kwalificatie minder ernstig, de duur en

de verwijtbaarheid ziet ACM aanleiding de oorspronkelijke boete van 150.000,- te matigen tot 60.000,-.

3.1. Eiseres betoogt dat ACM ten onrechte een bestuurlijke boete heeft opgelegd, omdat geen sprake is van een overtreding. Eiseres stelt in dit verband voorop dat de door ACM gewraakte handelwijze ziet op de periode vanaf eind 2007 tot en met 21 april 2009, omdat eiseres voordien de aanmeldprocedure startte op grond van een door de consument aan eiseres verstuurd SMS-bericht. Voor de periode vanaf eind 2007 is volgens eiseres op grond van diverse argumenten evenmin sprake van enige overtreding.

3.2. Het gaat volgens eiseres niet om communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden. Volgens eiseres vormen de aanmeldberichten een eerste stap in het aanmeldproces voor het aangaan van een SMS-dienst. Het aanmeldbericht volgt op het invullen van het telefoonnummer van de consument op de landingspagina. Die landingspagina dient ter bevordering van de afname van SMS-diensten en betreft daarom volgens eiseres juist geen direct marketing; het aanmeldbericht betreft geen nieuwe aanprijzing voor de SMS-dienst, maar dient slechts ter voltooiing van de aanmelding van de SMS-dienst waarop de consument die het nummer heeft ingevuld zich wenst te abonneren.

3.3. Subsidiair is volgens eiseres geen sprake van ongevraagde communicatie. Door op de landingspagina een telefoonnummer in te voeren heeft de consument aangegeven zich te willen aanmelden voor een SMS-dienst van eiseres. De gebruikte landingspaginas voldeden aan de Gedragscode SMS-Dienstverlening. Die landingspaginas laten er ook geen enkel misverstand over bestaan dat het gaat om aanmelding voor een SMS-dienst van eiseres. Verder werd op elke landingspagina goed leesbare informatie verstrekt over de SMS-dienst, waaronder de frequentie van de berichten, de daaraan verbonden kosten en de mogelijkheid tot afmelding. De subjectieve wenselijkheid van de ontvangst van een bepaald bericht kan in dit verband niet maatgevend zijn, omdat anders in strijd met het lex certa-beginsel een boetewaardige gedraging wordt geconstrueerd. Het was technisch onmogelijk en ook in strijd met de Gedragscode indien aanmeldberichten zouden zijn verzonden zonder dat daaraan voorafgaand het telefoonnummer op de landingspagina was ingevuld. Uit de bijlage bij de brief van Blueberry - de automatiseringspartner van eiseres - van 4 maart 2010, volgt ook dat het systeem technisch zo was ingericht dat alleen aanmeldberichten konden worden verzonden naar een telefoonnummer dat voorafgaand daaraan op de landingspagina was ingevuld.

3.4. Volgens eiseres zijn de drie door ACM geverifieerde klachten voorts aantoonbaar onjuist. Uit de database van Blueberry blijkt dat het telefoonnummer van [X] - die overigens klaagt over een gedraging gelegen na de onderzoeksperiode - en [Y] wel degelijk is ingevuld op een landingspagina van eiseres, namelijk de pagina voor het MT50real ringtone abonnement waarbij tevens kans kon worden gemaakt op kaarten voor Nick & Simon (dit betreft volgens eiseres actie 337). Met betrekking tot [Z] geldt dat Blueberry thans niet meer alle gegevens met betrekking tot die aanmelding kan traceren, omdat die dateert uit mei 2008. Wel blijkt uit de voorhanden zijnde gegevens dat het telefoonnummer van [Z] op een landingspagina is ingevuld. Volgens eiseres is steeds sprake geweest van gevraagde communicatie. De actiepagina die geen disclaimer bevatte heeft ACM kennelijk aangetroffen op een van de computers van eiseres. Die actiepagina ziet echter op een

aanmeldprocedure, die aanvangt nadat de consument zelf een SMS-bericht heeft gestuurd. Het is eiseres overigens niet bekend of dit plaatje ooit daadwerkelijk is gebruikt voor een landingspagina, zo volgt ook uit het onderzoeksrapport zelf.

4.1. De rechtbank komt tot de volgende beoordeling.

4.2. De term communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden in artikel 11.7 van de Tw dient te worden uitgelegd als direct marketing als genoemd in artikel 13 van de richtlijn 2002/58/EG. Hieronder dient in ieder geval te worden verstaan een vorm van reclame, werving of verkoopbevordering (vgl. CBb 5 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:206).

4.3. Met ACM is de rechtbank van oordeel dat door eiseres verzonden aanmeldberichten - waaronder: Je zit in de finale! sms nu WIN ON naar 9988 en maak kans op de Apple laptop. Stop: win uit naar 9988. Info: www.yamtalk.com is een abonnementsdienst 9E/wk - aangemerkt moeten worden als communicatie voor commerciële doeleinden, nu deze berichten duidelijk beogen de consument aan te sporen om een SMS-bericht te sturen waarmee de overeenkomst tot levering van de SMS-abonnementsdienst een feit is. Dat dergelijke berichten van eiseres slechts gelden als een bericht gericht op voltooiing van de overeenkomst en niet ook op verkoopbevordering zijn gericht volgt de rechtbank dan ook niet. Ten aanzien van twee van de drie voornoemde klachten blijkt het te gaan om het MT50real ringtone abonnement waarbij tevens kans kon worden gemaakt op kaarten voor Nick & Simon. Het aanmeldbericht dat daarbij hoort (opgenomen in de uitdraaien bij de bijlagen N en R bij het onderzoeksrapport) heeft een gelijke strekking als het hiervoor geciteerde aanmeldbericht, zodat ook dit aanmeldbericht is gericht op communicatie voor commerciële doeleinden. In zoverre treft het beroep geen doel.

4.4. De vraag die vervolgens voorligt is of vast is komen te staan dat deze communicatie voor commerciële doeleinden ongevraagd is verzonden naar abonnees, die tevens natuurlijke personen zijn. Hoewel uit de tekst en strekking van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw volgt dat het op de weg van eiseres ligt om aan te tonen dat toestemming is verleend, zal ACM eerst moeten aantonen dat sprake is geweest van het overbrengen van ongevraagde communicatie.

4.5. Naar het oordeel van de rechtbank is eerst sprake van gevraagde communicatie indien de abonnee, voordat hem communicatie wordt gezonden, uitdrukkelijk kenbaar heeft gemaakt prijs te stellen op dergelijke communicatie (zie ook Rb. Rotterdam 30 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:9079). Met ACM is de rechtbank van oordeel dat voor de beoordeling of sprake is van gevraagde of ongevraagde informatie in dit geval gekeken moet worden naar de inhoud van de betreffende landingspaginas en wat de abonnee redelijkerwijze daaruit kon begrijpen. Daarbij is van belang dat het onderhavige medium een duidelijke informatieverstrekking noodzakelijk maakt, nu gebruikers doorgaans vluchtig kennis nemen van de informatie op een beeldscherm (vgl. CBb 25 augustus 2015, ECLI:NL:CBB:2015:285, punt 6.6). Om te kunnen spreken van gevraagde communicatie moet voor de vrager derhalve uit de daaraan voorafgaand verstrekte informatie duidelijk zijn welke communicatie hij vervolgens kan verwachten.

4.6. Volgens ACM meenden de abonnees dat zij meededen aan een prijsvraag en konden zij niet weten dat zij zich in een proces bevonden om zich aan te melden voor een SMS-dienst. Eiseres heeft dit betwist en gesteld dat de landingspagina's voldoende duidelijk waren en in overeenstemming met de Gedragscode, zodat de abonnees zich ervan bewust moeten zijn geweest dat zowel de prijsvraag als de SMS-dienst onderwerp van de communicatie waren. Volgens eiseres staat daarom vast staat dat de communicatie gevraagd was.

4.7. Ter onderbouwing van haar standpunt dat sprake is van ongevraagde communicatie heeft ACM niet de drie klachten en de daarbij behorende landingspaginas tot uitgangspunt genomen, maar verschillende landingspaginas die (mogelijk) zijn bezocht door andere klagers. In het verweerschrift worden in dit verband diverse andere klachten aangehaald die betrekking hebben op onder meer landingspaginas

van Yamtalk met betrekking tot een mogelijk te winnen iPhone 3G en een jaar gratis tanken. Ter zitting zijn de paginas getoond met betrekking tot het winnen van een TomTom. ACM acht het aannemelijk dat de overige klachten zien op deze of vergelijkbare landingspagina's en dat in vrijwel alle gevallen ook sprake is van een abonnee die tevens een natuurlijke persoon is. De rechtbank constateert evenwel dat de hier bedoelde klachten niet zijn uitgesplitst naar aanmeldbericht en vervolgbericht. Omdat ACM uitsluitend ten aanzien van drie natuurlijke personen heeft vastgesteld dat zij een aanmeldbericht van eiseres hebben ontvangen en dat zij abonnees zijn, kan ACM uitsluitend ten aanzien van deze drie personen aantonen dat de door hen bezochte landingspaginas zodanig onduidelijk zijn, dat sprake is van ongevraagde communicatie, waardoor sprake zou zijn van overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw (vgl. CBb 10 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:245 en CBb 14 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:198).

4.8. Nu ACM niet heeft vastgesteld op welke landingspagina het telefoonnummer van de betreffende overige klagers is ingevuld, heeft ACM geen sluitend bewijs geleverd dat de ter onderbouwing van haar standpunt getoonde landingspaginas zijn bezocht door natuurlijke personen die abonnee zijn en kan naar het oordeel van de rechtbank dus niet buiten twijfel worden vastgesteld wat die klagers konden verwachten met het invullen van hun telefoonnummer en dus of al dan niet sprake is geweest van ongevraagde communicatie. Gelet op de in artikel 6, tweede lid, van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, neergelegde onschuldpresumptie, zal eiseres dienen te profiteren van twijfel (vgl. HR 15 april 2011, ECLI:NL:HR:2011:BN6324; ABRvS 10 juli 2013, ECLI:NL:RVS:2013:234 en CBb 10 juli 2014, ECLI:NL:CBB:2014:245). In dit verband merkt de rechtbank nog op dat ACM ten tijde van het opmaken van het onderzoeksrapport aan de hand van door Blueberry verstrekte gegevens had kunnen vaststellen welk telefoonnummer aan welke landingspagina kan worden gekoppeld. Dit heeft ACM nagelaten, mogelijk omdat zij aanvankelijk het - nadien losgelaten - standpunt innam dat de inhoud van de landingspaginas niet van belang waren, maar eiseres het verwijt werd gemaakt dat zij niet kon aantonen dat het telkens de abonnee zelf was die zijn telefoonnummer had ingevuld op een van de landingspaginas van eiseres.

4.9. Van een van de drie klagers - [Z] - staat niet vast via welke landingspagina hij zich heeft aangemeld bij eiseres. Op grond van het in de uitdraai van 27 mei 2008 genoemde aanmeldbericht (te vinden onder bijlage O bij het onderzoeksrapport) kan namelijk niet worden afgeleid welke landingspagina door die klager is bezocht en dus welke communicatie hij redelijkerwijze kon verwachten. Gelet hierop dient eiseres ook ten aanzien van de klacht van deze klager te profiteren van de gerezen twijfel.

4.10. Zoals hiervoor is opgemerkt zien de twee resterende klachten - die van [X] en [Y] - op het MT50real ringtone abonnement, waarbij tevens kans kon worden gemaakt op kaarten voor Nick & Simon. ACM stelt zich op het standpunt dat niet is komen vast te staan dat de door eiseres in beroep ingebrachte landingspagina voor het MT50real ringtone abonnement waarbij tevens kans kon worden gemaakt op kaarten voor Nick & Simon, daadwerkelijk is gebruikt. Voorts stelt ACM zich op het standpunt dat indien deze landingspagina is gebruikt niettemin geen sprake is van gevraagde communicatie, omdat ook op die landingspagina onvoldoende duidelijk wordt gemaakt dat het gaat om een abonnementsdienst.

4.11. Nu eiseres stelt dat de door haar ingebrachte landingspagina destijds is gebruikt en ACM niet beschikt over een andere landingspagina met betrekking tot het MT50real ringtone abonnement, waarbij tevens kans kon worden gemaakt op kaarten voor Nick & Simon, zal de rechtbank er veronderstellenderwijs van uitgaan dat [X] en [Y] hun 06-nummer hebben ingevuld op de door eiseres ingebrachte landingspagina. Naar het oordeel van de rechtbank is in dat geval sprake geweest van gevraagde communicatie. De rechtbank wijst er op dat direct boven de afbeelding van Nick & Simon is vermeld Doe mee, meld je aan voor dit MT50real ringtone abonnement en MAAK KANS OP Nick & Simon TICKETS, welke tekst duidelijk maakt dat de abonnee eerst kans maakt op kaarten voor Nick & Simon, indien hij zich aanmeldt voor het MT50real ringtone abonnement. Bovendien is daar onder in kleine letters onder meer vermeld: Dit is een betaalde abonnementsdienst 2,25 per item, 4 items per

week. Afmelden? Sms MT UIT naar 4269. Gelet hierop is de rechtbank van oordeel dat op de landingspagina voldoende duidelijk wordt gemaakt welke dienst wordt aangeboden en dat de abonnee door zijn 06-nummer in te vullen en te versturen een aanmeldcode voor de SMS-dienst van eiseres zal ontvangen. Het invullen van het 06-nummer en verzenden daarvan moet onder die omstandigheid als een vraag om communicatie worden aangemerkt.

4.12. Uit het voorgaande volgt dat ACM niet heeft aangetoond dat sprake is van ongevraagde communicatie in de zin van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw. Gelet hierop kan in het midden blijven of de in artikel 11.7, eerste lid, van de Tw genoemde toestemming is verleend, omdat die bepaling toepassing mist in die gevallen waarin de abonnee om communicatie heeft gevraagd.

5. Het beroep is daarom gegrond, het bestreden besluit komt voor vernietiging in aanmerking voor zover daarin een bestuurlijke boete is gehandhaafd en de rechtbank zal zelf in de zaak voorzien door op grond van artikel 8:72a van de Awb het primaire besluit te herroepen voor zover dit in stand is gelaten in bezwaar. Gelet hierop kan hetgeen eiseres verder heeft aangevoerd onbesproken blijven.

6. Omdat de rechtbank het beroep gegrond verklaart, bepaalt de rechtbank dat ACM aan eiseres het door haar betaalde griffierecht vergoedt.

7. De rechtbank veroordeelt ACM in de door eiseres gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op 1.470,- (1 punt voor het indienen van het beroepschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting met een waarde per punt van 490,- en wegingsfactor 1,5). De rechtbank neemt hierbij in aanmerking dat ACM de in bezwaar gemaakte kosten reeds heeft vergoed en geen gronden tegen die beslissing zijn gericht.

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart het beroep gegrond;
- vernietigt het bestreden besluit voor zover daarin een bestuurlijke boete is gehandhaafd;
- bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het bestreden besluit voor zover daarin het primaire besluit deels is gehandhaafd en herroept het primaire besluit in zoverre;
- bepaalt dat ACM aan eiseres het betaalde griffierecht van 328,- vergoedt;
- veroordeelt ACM in de proceskosten tot een bedrag van 1.470,-, te betalen aan eiseres.

Deze uitspraak is gedaan door mr. A.I. van Strien, voorzitter, en mr. J. Bergen en mr. J.M.W. van de Sande, leden, in aanwezigheid van mr. dr. R. Stijnen, griffier.

De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 5 november 2015.

griffier voorzitter

Afschrift verzonden aan partijen op:

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.