

de cijfermatig inzicht in en onderbouwing van de (financiële) positie en vooruitzichten en inzicht in de biedprijs gegeven.

22. Ondanks de door Capital@Ventures BV gestarte procedure en een oproep van de Vereniging voor Effectenbezitters aan aandeelhouders van H.E.S. Beheer NV om hun aandelen niet aan te melden, heeft volgens persberichten van H.E.S. Beheer NV in eerste instantie 97,09% en uiteindelijk, na verloop van de *Post-Closing Acceptance Period*, 99,71% van de aandeelhouders hun aandelen aangemeld. Er kan gesproken worden van een succesvolle afronding, zeker gezien de commotie rondom het bod.

mr. C.A. Doets en mr. M. van Straaten
beiden advocaat bij Finnius te Amsterdam

39

College van Beroep voor het bedrijfsleven
3 december 2014, zaaknr. AWB 13/318,
ECLI:NL:CBB:2014:438
(mr. Albers, mr. Wolters, mr. Stam)
Noot mr. V.H. Affourtit

Bestuurlijke boetes wegens overtreding spamverbod. Door ACM in hoger beroep aangedragen bewijs niet toereikend. De kans dat ACM alsnog bruikbaar aanvullend bewijs weet te verzamelen is door tijdsverloop verder afgenomen. Op grond daarvan geen toepassing van bestuurlijke lus. Bevestiging van aangevallen uitspraak waarin de boetes zijn herroepen.

[Tw art. 11.7 lid 1 (oud); Awb art. 8:72 lid 3]

In lagere instantie legt de rechtbank art. 11.7, eerste lid, (oud) van de Tw zo uit dat het spamverbod alleen geldt voor abonnees (in de zin van de Tw). Om die reden was het naar het oordeel van de rechtbank aan ACM om te bewijzen dat de commerciële e-mailberichten zijn verzonden naar abonnees. De uitleg die de rechtbank aan art. 11.7, eerste lid, (oud) van de Tw geeft, wordt onderschreven. Onderkend wordt dat daarvan het gevolg is dat de groep gebruikers (niet abonnee) niet door het spamverbod werd beschermd. Die bescherming kreeg zij pas na de wetswijziging van 5 juni 2012. De verkeerde uitleg die ACM aan art. 11.7, eerste lid, (oud) van de Tw heeft gegeven, had tot gevolg dat zij aanvankelijk niet heeft onderzocht of de e-

mailberichten aan abonnees zijn verzonden. De rechtbank heeft op goede gronden geconcludeerd dat het in dit verband benodigde bewijs ontbrak en zij verbond daaraan terecht de conclusie dat daarmee het inleidende beroep gegrond moest worden verklaard. Art. 8:72, eerste lid, van de Awb dwingt in zo'n geval de rechtbank tot de vernietiging van het in beroep bestreden besluit. Met die vernietiging bracht de rechtbank de zaak terug in de fase van het bezwaar tegen de boetebesluiten. Het antwoord op de vraag of het ontbrekende bewijs nog valt te verkrijgen, berust op een inschatting; absolute zekerheid daarover valt veelal niet te verkrijgen. De rechter is niet gehouden iedere theoretische kans te bieden en hij mag mede in aanmerking nemen of het nadere onderzoek binnen een redelijke tijd zal zijn afgerond en hoe groot de kans van slagen is. Is er een reëel uitzicht dat het ontbrekende bewijs nog wordt geleverd, dan beslist de rechter of hij het bestuursorgaan de kans daartoe wil bieden. In een voorkomend geval kan hij dat weigeren, bijvoorbeeld als die gelegenheid zich niet verdraagt met de door art. 6 EVRM verlangde voortvarende behandeling en gewaarborgde rechten van de verdediging. Een andere reden kan zijn dat het bestuursorgaan, mede gelet op het gewicht van de zaak, voldoende herstelkansen heeft gehad en deze onbenut heeft gelaten.

De tekst van de wet sluit de toepassing van de zogenoemde bestuurlijke lus in punitieve zaken niet uit, al zal de rechter bij de toepassing terughoudendheid betrachten. Anders dan ACM aanvoert, was de rechtbank niet gehouden tot het toepassen van een (al dan niet formele) bestuurlijke lus. De rechtbank heeft immers voor een in de rangorde van art. 8:72 hogere wijze van geschilafdoening gekozen door de boetebesluiten te herroepen. Die herroeping was naar de stand van zaken in de eerste aanleg juist, omdat het bewijs voor de overtreding ontoereikend was. Dat de taxatie door de rechtbank dat het ontbrekende bewijs niet meer te verzamelen viel achteraf wellicht onjuist blijkt, doet aan de juistheid van die keuze op zichzelf niet af.

In verband met de hier van belang zijnde ambtshalve, belastende besluiten rust op ACM de bewijsvoeringslast (en daarmee het bewijsrisico) om aan te tonen dat commerciële e-mailberichten zijn verzonden aan abonnees (in gelijke zin ECLI:NL:CBB:2010:BN0534). De rechtbank kan tevens worden gevolgd voor wat betreft haar oordeel dat ACM voor de periode vóór 1 oktober 2009 ook dient aan te tonen dat de commerciële e-mailberichten waren gericht aan natuurlijke personen. Dat bewijs was in eerste aanleg niet beschikbaar.

In hoger beroep heeft ACM (alsnog) informatie gegeven over een aantal klagers bij spamklacht.nl. Het door ACM aangedragen bewijs is echter niet toereikend om aan te nemen dat de e-mailberichten aan abonnees (en wat betreft de periode tot 1 oktober 2009: niet zijnde rechtspersonen) zijn verzonden. Daarvoor is het aantal klagers en het beperkte aantal spamruns, afgezet tegen het volume aan e-mailberichten en de omstandigheid dat zij het bewijs moeten leveren van de activiteiten van de los van elkaar opererende Mail Garage en Digital, te onbeduidend.

De eerste klachten over de e-mailberichten van verweerders kwamen in 2007 bij ACM binnen. Het onderzoek van ACM begon in 2010. Vanaf het eerste moment dat duidelijk werd dat ACM aan hen een boete wilde opleggen, hebben Digital, Riviera, [naam 1] en [naam 2] gemotiveerd aangevoerd dat het bewijs van ACM niet toereikend was om aan te nemen dat de mailberichten aan abonnee(s) (en tot 1 oktober 2009: natuurlijke personen) waren verzonden. Daarmee heeft ACM ruime gelegenheid gehad om aanvullend bewijs te verzamelen. Zij heeft gewacht tot na de aangevochten uitspraak. Inmiddels is geruime tijd verstreken sinds de feiten zich hebben voorgedaan, waarmee de kans dat ACM alsnog bruikbaar aanvullend bewijs weet te verzamelen verder is afgenomen. Onder deze omstandigheden wordt ACM niet opnieuw de gelegenheid geboden om aanvullend bewijs bij te brengen. De conclusie luidt derhalve dat het hoger beroep van ACM niet slaagt.

Autoriteit Consument en Markt,
appellante,
gemaaktigden: mr. R. Klein en mr. C.A. Vesseur, tegen
1. de besloten vennootschap *Digital Magazines BV* te IJsselstein,
2. de besloten vennootschap *Riviera Vastgoed BV* te IJsselstein,
gemaaktigde: mr. A. Gabel,
3. [naam 1],
4. [naam 2], h.o.d.n. *Mail Garage (Mail Garage)*,
gemaaktigden: mr. N. Wolters Ruckert en mr. S.H. van den Ende.

(...; red.)

De 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 omstan-

digheden, voor zover niet bestreden, wordt verwezen naar de aangevallen uitspraak. Het College volstaat met het volgende.

1.2. Bij besluit van 19 april 2011 heeft ACM wegens overtredingen van artikel 11.7, eerste lid en vierde lid, aanhef en onder b, van de Telecommunicatiewet (Tw) in de periode van januari 2007 tot 7 april 2010 aan Digital en Riviera gezamenlijk een boete opgelegd van € 330.000,- en aan [naam 1] van € 220.000,-. Bij besluit van 19 april 2011 heeft ACM tevens wegens overtredingen van artikel 11.7, eerste lid en vierde lid, aanhef en onder b, van de Tw in de periode van april 2009 tot 7 april 2010 aan [naam 2] een boete opgelegd van € 110.000,-.

1.3. De boetes zijn opgelegd naar aanleiding van het onderzoek dat door ACM is uitgevoerd aan de hand van via de website www.spamklacht.nl vanaf januari 2007 ontvangen klachten. De resultaten van dat onderzoek zijn neergelegd in een tweetal boeterapporten van 24 januari 2011.

1.4. Digital verzond commerciële e-mailberichten voor verschillende opdrachtgevers (direct marketing) en is uitgever van enkele digitale vakantiemagazines. In de periode van januari 2007 tot 7 april 2010 heeft Digital ongeveer 350 miljoen commerciële e-mailberichten verstuurd aan verschillende e-mailadressen.

1.5. Mail Garage is een eenmanszaak op naam van [naam 2]. De werkzaamheden voor Mail Garage werden verricht door werknemers van Digital in opdracht van [naam 1]. In de periode van april 2009 tot 7 april 2010 verzond Mail Garage ruim 59 miljoen commerciële e-mailberichten. Daarnaast was zij voor ruim 5 miljoen berichten de opdrachtgever van Digital. ACM gaat er daarom vanuit dat Mail Garage voor een totaal van bijna 65 miljoen berichten overtreder is.

1.6. Bij besluit van 5 oktober 2011 heeft ACM de bezwaren tegen de boetes ongegrond verklaard in zoverre deze betrekking hadden op de op grond van artikel 11.7, vierde lid, sub b, van de Tw (het ontbreken van een afmeldmogelijkheid) opgelegde boetes. De bezwaren tegen de op grond van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw opgelegde boetes verklaarde ACM ongegrond. ACM heeft de boetes verlaagd tot € 300.000,- (voor Digital en Riviera gezamenlijk), € 200.000,- (voor [naam 1]) en € 100.000,- (voor [naam 2]). Hiertegen hebben Digital, Riviera, [naam 1] en [naam 2] bij de rechtbank beroep ingesteld.

Uitspraak van de rechtbank

2. De rechtbank heeft, met beslissingen over de proceskosten en de vergoeding van het griffierecht, de beroepen gegrond verklaard, het besluit van 5 oktober 2011 vernietigd en de boetes besluiten van 19 april 2011 herroepen, omdat ACM niet heeft bewezen dat de e-mailberichten zijn verzonden aan abonnees (en voor de periode tot 1 oktober 2009: zijnde natuurlijke personen).

De standpunten van partijen in hoger beroep

3.1. Het hoger beroep richt zich in de eerste plaats tegen de uitleg die de rechtbank geeft aan artikel 11.7, eerste lid, van de Tw. Het betoog van ACM komt erop neer dat het spamverbod (zoals dat ten tijde van belang gold) niet alleen de abonnee, maar ook de gebruiker (niet abonnee) beschermt, omdat ieder e-mailadres waarnaar e-mailberichten worden verzonden hoe dan ook wordt uitgegeven aan een abonnee. Subsidiar terugkeert ACM zich tegen de wijze waarop de rechtbank toepassing geeft aan artikel 8:72, derde lid, sub b, van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Volgens ACM had de rechtbank de artikelen 8:80a en 8:51a van de Awb moeten toepassen en had zij ACM de gelegenheid moeten bieden om nader onderzoek te doen of de direct mailings zich richten tot abonnees.

3.2. Digital, Riviera, [naam 1] en [naam 2] kunnen zich vinden in de aangevallen uitspraak. Zij verzetten zich tegen het door ACM in hoger beroep ingebracht bewijsmateriaal, in het bijzonder met het argument dat ACM voldoende gelegenheid heeft gehad om dergelijk bewijs in een eerdere fase te verzamelen.

*De beoordeling van het geschil in hoger beroep**Uitleg van het spamverbod*

4.1.1. In artikel 11.7 van de Tw is artikel 13 van de Richtlijn 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 2002/58/EG) geïmplementeerd. Dit artikel omvat een zogenoemd spamverbod. Artikel 13 van de richtlijn verplicht tot een opt-in regime ten aanzien van natuurlijke personen. Met opt-in wordt bedoeld dat de abonnee vooraf toestemming verleent voor het toezenden van het bericht. De richtlijn laat de lidstaten vrij om ditzelfde regime al dan niet voor rechtspersonen toe te passen. De Nederlandse

wetgever heeft aanvankelijk afgezien van een opt-in regime voor rechtspersonen (Kamerstukken II 2003-2004, 28851, nr. 42). Het spamverbod is neergelegd in artikel 11.7, eerste lid, van de Tw en die bepaling luidde vóór 1 juli 2009 en voor zover van belang:

“Het gebruik van (...) elektronische berichten voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële (...) 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.”

4.1.2. Artikel 11.8 (oud) Tw beperkte de toepassing van artikel 11.7 van de Tw tot abonnees die natuurlijke personen zijn. In artikel 1.1, aanhef en onder p, van de Tw is abonnee gedefinieerd als de natuurlijke persoon of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische telecommunicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten.

4.1.3. Per 1 juli 2009 is artikel 11.7 van de Tw gewijzigd. Per 1 oktober 2009 wijzigde ook artikel 11.8 van de Tw, waarmee artikel 11.7, eerste lid, van de Tw sindsdien ook geldt voor rechtspersonen.

4.1.4. Per 5 juni 2012 is de tekst van artikel 11.7 van de Tw opnieuw gewijzigd. Het begrip abonnee is daarin vervangen door: abonnee of gebruiker. De huidige tekst van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw luidt daarmee:

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

De aan Digital, Riviera, [naam 1] en [naam 2] verweten gedragingen hebben zich voor deze wetswijziging afgespeeld.

4.1.5. Artikel 13 van Richtlijn 2002/58/EG luidt, voor zover hier van belang, als volgt:

“1. Het gebruik van (...) e-mail met het oog op direct marketing kan alleen worden toegestaan met betrekking tot abonnees die daarin vooraf hebben toegestemd.

(...)
3. De lidstaten nemen passende maatregelen om ervoor te zorgen dat (...) ongevraagde communicatie met het oog op direct marketing in andere (...) gevallen niet toegestaan is zonder toestem-

ming van de betrokken abonnees, of ten aanzien van abonnees die dergelijke communicatie niet wensen te ontvangen, waarbij de keuze tussen deze mogelijkheden door de nationale wetgeving wordt bepaald. (...)”

4.1.6. Het begrip gebruiker definieert deze richtlijn als “natuurlijke persoon die gebruikmaakt van een openbare elektronische-communicatiedienst voor particuliere of zakelijke doeleinden zonder noodzakelijkerwijze op die dienst te zijn geabonneerd”. De richtlijn bevat geen definitie van het begrip abonnee.

4.1.7. ACM betoogt dat het faciliteren van een e-mailadres of e-maildienst valt onder het begrip elektronische communicatiedienst zoals gedefinieerd in artikel 1.1, aanhef en onder f, van de Tw. Deze bepaling definieert een elektronische communicatiedienst als: “gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken, waaronder telecommunicatiediensten en transmissiediensten op netwerken die voor omroep worden gebruikt, doch niet de dienst waarbij met behulp van elektronische communicatienetwerken en -diensten overgebrachte inhoud wordt geleverd of redactioneel wordt gecontroleerd. Het omvat niet de diensten van de informatiemaatschappij zoals omschreven in artikel 1 van de notificatierichtlijn die niet geheel of hoofdzakelijk bestaan uit het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken”. Een e-maildienst bestaat volgens ACM voor een belangrijk deel uit het transport van signalen om de berichten over te brengen. Een aanbieder van e-maildiensten moet de e-mailberichten immers niet alleen routeren, maar ook transporteren van en naar andere abonnees. Abonnee van een e-maildienst wil dus zeggen dat de gebruiker van de dienst een overeenkomst heeft met een aanbieder van een elektronische communicatiedienst.

4.1.8. Deze uitleg volgt het College niet. De aanbieders van e-maildiensten, zoals Gmail of Hotmail, zijn doorgaans immers niet degenen die de signalen waaruit die e-maildiensten bestaan via elektronische communicatienetwerken overbrengen, zodat de e-maildiensten die zij leveren niet kunnen worden beschouwd als elektronische communicatiediensten als bedoeld in artikel 1.1, aanhef en onder f, van de Tw.

4.1.9. Uit het voorgaande volgt dat er talloze gebruikers van e-mailadressen zijn die tot het gebruik zijn gerechtigd door de abonnee zonder dat zij zelf partij zijn bij de overeenkomst met de aanbieder van de openbare elektronische telecommunicatiedienst. Te denken valt bijvoorbeeld aan huisgenoten van de abonnee of de werknemers van een bedrijf. De rechtbank legt artikel 11.7, eerste lid, (oud) van de Tw zo uit dat het spamverbod alleen geldt voor abonnees (in de zin van de Tw). Om die reden was het naar het oordeel van de rechtbank aan ACM om te bewijzen dat de commerciële e-mailberichten zijn verzonden naar abonnees.

4.1.10. ACM meent evenwel dat de bescherming van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw zich naast abonnees ook uitstrekt tot gebruikers, ook in de periode voor de wetswijziging per 5 juni 2012. Deze wetswijziging heeft, aldus ACM, alleen tot gevolg dat voortaan niet alleen de abonnee zelf (en niet door de gebruiker, niet abonnee) toestemming kan geven voor het verzenden van commerciële e-mailberichten. Vóór 5 juni 2012 kon die toestemming alleen worden gegeven door de abonnee zelf (en niet door de gebruiker, niet abonnee). ACM meent dat de door haar bepleite uitleg voortvloeit uit doel en strekking van Richtlijn 2002/58/EG en verwijst in dat verband naar considerans nr. 40, waarvan de tekst ook spreekt over ontvangers en gebruikers.

4.1.11. De uitleg die ACM geeft is naar het oordeel van het College in strijd met de letterlijke tekst van de wet. Ook artikel 13, eerste lid, van Richtlijn 2002/58/EG spreekt over abonnee. Op zich is juist dat die richtlijn geen definitie van dat begrip bevat, maar daarvoor kan worden teruggevalen op de Kaderrichtlijn, die deel uitmaakt van hetzelfde telecommunicatiepakket en het begrip op dezelfde wijze definieert als de Tw. Het College onderschrijft de uitleg die de rechtbank aan artikel 11.7, eerste lid, (oud) van de Tw geeft en onderkent dat daarvan het gevolg is dat de groep gebruikers (niet abonnee) niet door het spamverbod werd beschermd. Die bescherming kreeg zij pas na de wetswijziging van 5 juni 2012. Dat leverde geen strijd op met het Europese recht, omdat het Europese recht ook pas op een later moment (met Richtlijn 2009/136/EG met een implementatierichtlijn tot 25 mei 2011) zodanig is gewijzigd dat het beschermingsbereik tegen spam is uitgebreid tot

gebruikers, zoals ook blijkt uit de wetsgeschiedenis (Kamerstukken II 2010-2011, 32549, nr. 3, blz. 76):

“Artikel 13 van de Bijzondere privacyrichtlijn bevat een regeling voor ongevraagde communicatie ten behoeve van direct marketing doeleinden. Dit artikel is geïmplementeerd in artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet. Met de Richtlijn burgerrechten wordt artikel 13 op in zeer beperkte mate gewijzigd. De bepalingen van artikel 13 richten zich op de bescherming van de abonnee tegen ongevraagde communicatie. De richtlijn breidt deze bescherming uit tot de gebruiker. Ook de gebruiker die geen abonnee is krijgt recht op bescherming tegen ongevraagde communicatie. Als gevolg van deze wijziging wordt in het eerste lid van artikel 11.7 naast de abonnee ook de gebruiker genoemd aan wie in daarvoor in aanmerking komende gevallen voorafgaande toestemming moet worden gevraagd.”

Dat betekent dat het hoger beroep van ACM in zoverre niet slaagt.

4.2.1. Het tweede deel van het hoger beroep betreft de toepassing van de artikel 8:72, derde lid, van de Awb door de rechtbank. De rechtbank heeft in dit verband overwogen:

“(…) of zij het onderzoek zou kunnen heropenen, teneinde verweerder in de gelegenheid te stellen om aanvullend onderzoek te doen of e-mailberichten zijn verzonden aan abonnees. Dit onderzoek zou echter een nader onderzoek naar de feiten behelzen. Dit gaat verder dan het herstellen van een procedureel gebrek (….) en is naar het oordeel van de rechtbank thans niet meer mogelijk.”

4.2.2. Het betoog van ACM in hoger beroep komt erop neer dat de rechtbank haar ten onrechte de gelegenheid heeft onthouden om het (volgens ACM motiverings-)gebrek in het bestreden besluit te herstellen door het ontbrekende bewijs bij te brengen. Volgens ACM was de rechtbank gehouden tot het toepassen van de formele bestuurlijke lus.

4.2.3. De verkeerde uitleg die ACM aan artikel 11.7, eerste lid, (oud) van de Tw heeft gegeven, had tot gevolg dat zij aanvankelijk niet heeft onderzocht of de e-mailberichten aan abonnees zijn verzonden. De rechtbank heeft naar het oordeel van het College op goede gronden geconcludeerd dat het in dit verband benodigde bewijs ontbrak en zij verbond daaraan terecht de conclusie dat daarmee het inleidende beroep gegrond moest worden verklaard. Artikel 8:72, eerste lid, van de

Awb dwingt in zo'n geval de rechtbank tot de vernietiging van het in beroep bestreden besluit. Met die vernietiging bracht de rechtbank de zaak terug in de fase van het bezwaar tegen de boetebe-sluiten.

4.2.4. De aan de bestuursrechter in artikel 8:72 van de Awb ter beschikking staande afdoeningsmodaliteiten heeft de wetgever doelbewust in een rangorde geplaatst (Kamerstukken II 2010-2011, 32450, nr. 8, blz. 59-60).

4.2.5. Artikel 8:41a van de Awb bevat een algemene verplichting voor de bestuursrechter om het hem voorgelegde geschil zoveel mogelijk definitief te beslechten. Deze bepaling (en het gewijzigde artikel 8:72 van de Awb) is (zijn) als zodanig niet van toepassing op het inleidende beroep bij de rechtbank, waarop immers oud recht van toepassing was. Artikel 8:41a van de Awb vormt echter de codificatie van reeds langer bestaande rechtspraak volgens welke de bestuursrechter is gehouden om de mogelijkheden tot definitieve beslechting van het geschil (kenbaar) te onderzoeken (bijvoorbeeld ECLI:NL:RVS:2008:BG6401, ECLI:NL:CRVB: 2010:BO3642).

4.2.6. Met de wijziging van artikel 8:72 en de invoering van artikel 8:41a van de Awb geeft de wetgever richting aan de taak om het geschil zo veel dat kan definitief te beslechten na vernietiging van het in beroep bestreden besluit. Bij zijn keuze uit de hem ter beschikking staande instrumenten moet de bestuursrechter binnen zijn taak rechtsbescherming te bieden aan de burger in ieder geval drie belangen behartigen. Hij moet:

- zo finaal mogelijk beslissen;
- niet verder ingrijpen in de bevoegdheid van het bestuur dan nodig is;
- snellere geschilbeslechting voorrang geven boven tragere.

4.2.7. Het is in beginsel in een zaak als deze niet de taak van de bestuursrechter, maar van het bestuursorgaan, om het bewijs “rond te maken”. Het antwoord op de vraag of het ontbrekende bewijs nog valt te verkrijgen, berust op een inschatting: absolute zekerheid daarover valt veelal niet te verkrijgen. De rechter is niet gehouden iedere theoretische kans te bieden en hij mag mede in aanmerking nemen of het nadere onderzoek binnen een redelijke tijd zal zijn afgerond en hoe groot de kans van slagen is. Is er een reëel uitzicht dat het ontbrekende bewijs nog wordt geleverd, dan beslist de rechter of hij het bestuursorgaan de kans daartoe wil bieden. In een voorkomend

geval kan hij dat weigeren, bijvoorbeeld als die gelegenheid zich niet verdraagt met de door artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens verlangde voortvarende behandeling en gewaarborgde rechten van de verdediging. Een andere reden kan zijn dat het bestuursorgaan, mede gelet op het gewicht van de zaak, voldoende herstelkansen heeft gehad en deze onbenut heeft gelaten.

4.2.8. De tekst van de wet sluit de toepassing van de zogenoemde bestuurlijke lus in punitieve zaken niet uit, al zal de rechter bij de toepassing terughoudendheid betrachten. Anders dan ACM aanvoert, was de rechtbank niet gehouden tot het toepassen van een (al dan niet formele) bestuurlijke lus. De rechtbank heeft immers voor een in de rangorde van artikel 8:72 hogere wijze van geschilafdoening gekozen door de boetebesluiten te herroepen. Die herroeping was naar de stand van zaken in de eerste aanleg juist, omdat het bewijs voor de overtreding ontoereikend was. Dat de taxatie door de rechtbank dat het ontbrekende bewijs niet meer viel te verzamelen achteraf wellicht onjuist blijkt doet aan de juistheid van die keuze op zichzelf niet af.

Het nadere bewijs

4.3.1. Het College ziet geen reden om het in hoger beroep door ACM overgelegde bewijsmateriaal niet in het geding te betrekken. Het College verwijst naar zijn uitspraak van 2 juli 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN0534. De stelling van Digital, Riviera, [naam 1] en [naam 2] dat ACM met haar nadere bewijsvoering in strijd handelt met artikel 8:58 van de Awb, gaat ervan uit dat op 23 april 2014 een zitting zou plaats vinden. Dat is een (feitelijk) onjuist vertrekpunt. Weliswaar is van de zijde van het College bij partijen telefonisch geïnformeerd of 23 april 2014 een haalbare zittingsdatum zou zijn, maar toen één van de partijen die dag verhinderd bleek, is er voor die datum geen zitting uitgeschreven.

4.3.2. Het College is het met de rechtbank eens dat in verband met de hier van belang zijnde ambtshalve, belastende besluiten op ACM de bewijsvoeringslast (en daarmee het bewijsrisico) rust om aan te tonen dat commerciële e-mailberichten zijn verzonden aan abonnees (in gelijke zin ECLI:NL:CBB:2010:BN0534). De rechtbank kan tevens worden gevolgd voor wat betreft haar oordeel dat ACM voor de periode vóór 1 oktober 2009 ook dient aan te tonen dat de commerciële

e-mailberichten waren gericht aan natuurlijke personen. Dat bewijs was in eerste aanleg niet beschikbaar.

4.3.3. In hoger beroep heeft ACM (alsnog) informatie gegeven over een aantal klagers bij spamklacht.nl. Het gaat om de volgende gegevens:

[naam 6], [adres 1] 24, [plaats 2] vanaf medio juli 2008 tot in februari 2009 klant Ziggo e-mailadres[e-mailadres 1], dan wel [e-mailadres 2]

11-11-2008 [internetadres] “We geven 100.000 pepernoten weg”

20-11-2008 [e-mailadres 3] “KRO Magazine”

20-11-2008 [e-mailadres 3] “Wat voor baasje ben jij?”

[naam 7], [adres 2], [plaats 3]

van april 2009 tot mei 2010 klant xs4all, xs4all registreert niet of een klant particulier of zakelijk is

zakelijk adres (eenmanszaak) [e-mailadres 5]

3-7-2009 [e-mailadres 4] “Deze mail is geld waard” [naam 8], [adres 3], [plaats 4]

in de periode 3 oktober 2009 tot en met 16 augustus 2011 klant van Telfort e-mailadres [e-mailadres 6]

3-10-2009 Digital Magazines “Ons ben zünig”

6-10-2009 Digital Magazines “Staatsloterij”

24-2-2010 Mail Garage “DFDS Seaways”

2-3-2010 Mail Garage “(…) ga voor die Mega Jackpot”

15-3-2010 Mail Garage “Win een trip”

16-3-2010 Mail Garage “Vistamail”.

4.3.4. De klacht van [naam 6] ziet op de periode voordat Mail Garage e-mailberichten verzond. Dat zouden dus berichten van Digital moeten zijn. Het gaat om berichten in november 2008. [Naam 6] was klant bij Ziggo (en als zodanig geregistreerd), daarmee is duidelijk dat hij de abonnee is. De klacht van [naam 7] betreft een zakelijk e-mailadres. Hij is abonnee. Het bericht is van 3 juli 2009 en verzonden vanaf de domeinnaam van Digital. De domeinnamen [e-mailadres 3] en [e-mailadres 4] zijn gekoppeld aan het Interspire mailsysteem van Digital Magazines (bevindingen digitaal onderzoek blz. 15). Hiermee is niet zeker of het bericht door Digital of Mail Garage is verzonden, omdat in deze periode beiden gebruik maakten van de systemen van Digital. De inhoud van het bericht vormt een aanwijzing dat het afkomstig is van Digital. [Naam 8] is abonnee bij 12move en heeft een (Hotmail) e-mailadres dat

kan duiden op het gebruik door een derde. Bij haar antwoord aan ACM geeft zij een e-mailadres dat lijkt op het adres waarnaar de berichten van Digital en Mail Garage zijn gepost, maar met een afwijkende extensie (namelijk 12move). In oktober 2009 zijn twee mailberichten verzonden door Digital. In februari en maart 2010 ontving zij (of de gebruiker) vier berichten van Mail Garage.

4.3.5. Het College heeft eerder geaccepteerd dat ACM in zaken als deze volstaat met steekproefsgewijs bewijs. Zijn uitspraak van 2 juli 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN0534, had betrekking op een situatie waarin ACM ten aanzien van elk van de spamruns drie tot vier klagers telefonisch had benaderd, aan hen een (voorgedrukte) schriftelijke verklaring had toegezonden en deze ondertekend retour had ontvangen.

4.3.6. De bevindingen van het digitaal onderzoek tonen op zich de omvang van de hoeveelheid door Digital en Mail Garage verzonden mails aan. Het door ACM aangedragen bewijs is naar het oordeel van het College echter niet toereikend om aan te nemen dat de e-mailberichten aan abonnees (en wat betreft de periode tot 1 oktober 2009: niet zijnde rechtspersonen) zijn verzonden. Daarvoor is het aantal klagers en het beperkte aantal spamruns, afgezet tegen het volume aan e-mailberichten en de omstandigheid dat zij het bewijs moeten leveren van de activiteiten van de los van elkaar opererende Mail Garage en Digital, te onbeduidend. Voor Mail Garage geldt dat het een in de tijd beperkte periode (van minder dan een maand) betreft. Daar komt nog bij dat de inhoud van het door ACM in dit verband bijgebrachte bewijs de nodige vragen oproept over wie de verzender van de betreffende berichten is of wie het betreffende e-mailadres ten tijde van de ontvangst van de e-mailberichten gebruikte.

4.3.7. De eerste klachten over de e-mailberichten van verweerders kwamen in 2007 bij ACM binnen. Het onderzoek van ACM begon in 2010. Vanaf het eerste moment dat duidelijk werd dat ACM aan hen een boete wilde opleggen, hebben Digital, Rivièra, [naam 1] en [naam 2] gemotiveerd aangevoerd dat het bewijs van ACM niet toereikend was om aan te nemen dat de mailberichten aan abonnee(s) (en tot 1 oktober 2009: natuurlijke personen) waren verzonden. Daarmee heeft ACM ruime gelegenheid gehad om aanvullend bewijs te verzamelen. Zij heeft gewacht tot na de aangevochten uitspraak. Inmiddels is geruime tijd verstreken sinds de feiten zich hebben

voorgedaan, waarmee de kans dat ACM alsnog bruikbaar aanvullend bewijs weet te verzamelen verder is afgenomen. Onder deze omstandigheden zal het College ACM niet opnieuw de gelegenheid te bieden om aanvullend bewijs bij te brengen.

4.4. De conclusie luidt dat het hoger beroep van ACM niet slaagt. De aangevallen uitspraak komt voor bevestiging in aanmerking. Aan de in beroep door Digital, Rivièra, [naam 1] en [naam 2] aangevoerde, door de rechtbank onbesproken gelaten beroepsgronden, kan ook het College daarom voorbij gaan.

4.5. Het College ziet geen aanleiding voor een veroordeling in verband met de in hoger beroep gemaakte proceskosten.

4.6. Op grond van artikel 8:109, tweede lid, van de Awb wordt van ACM een griffierecht (...; red.) geheven.

Beslissing

Het College bevestigt de aangevallen uitspraak.

NOOT

1. Bovenstaande uitspraak van het CBb geeft aanleiding om stil te staan bij het bewijs in zaken over bestuurlijke boetes en de mogelijkheden die toepassing van de bestuurlijke lus in dat kader biedt. De uitspraak is gewezen in hoger beroep tegen Rb. Rotterdam 21 maart 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ5151.

2. De zaak draait om de vermeende verspreiding van spam door twee rechtspersonen, Digital Magazines BV en haar bestuurder Rivièra Vastgoed BV, en twee aan hen gelieerde natuurlijke personen, de oud-bestuurder van Digital Magazines BV en een persoon die met haar eenmanszaak bij de verspreiding van spam betrokken was (Digital Magazines c.s.). De ACM (voorheen: OPTA) verweet Digital Magazines c.s. in een periode van ruim drie jaar in totaal 400 miljoen commerciële e-mailberichten te hebben verzonden, onder meer aan e-mailadressen die zij hadden achterhaald door online enquêtes, prijsvragen en nieuwsbrieven. Voor de bezoekers van websites en de ontvangers van nieuwsbrieven was onvoldoende duidelijk dat zij na online instemming met algemene voorwaarden of privacystatements e-mailberichten konden ontvangen van adverteerders. Volgens de ACM was hiermee sprake van een overtre-

ding van art. 11.7, lid 1, Telecommunicatiewet (Tw). De ACM legde hiervoor bestuurlijke boetes op van in totaal (na bezwaar) € 600.000.

3. De rechtbank liet deze boetes niet in stand. Volgens de rechtbank had de ACM dienen te bewijzen dat de e-mailberichten specifiek waren verzonden aan abonnees in de zin van art. 1.1, aanhef en onder p, Tw, omdat art. 11.7, lid 1, Tw ten tijde van de beweerde overtreding slechts – kort gezegd – het versturen van automatische elektronische berichten aan abonnees verbood (tenzij de verzender kon aantonen dat die abonnee daarvoor toestemming had verleend). Pas later is dit verbod verruimd tot “abonnee[s] of gebruiker[s]”. Het begrip “gebruiker” is (veel) ruimer dan het begrip “abonnee”. Een abonnee is degene die een overeenkomst heeft met de aanbieder van een elektronische communicatiedienst, bijvoorbeeld een internetprovider. Een gebruiker is degene die uiteindelijk van die diensten gebruik maakt, “zonder noodzakelijkerwijze op die dienst te zijn geabonneerd” (zie art. 11.1, aanhef en onder a, Tw). Als voorbeeld kan worden genoemd een werkgever die is aan te merken als abonnee, terwijl diens werknemers gebruikers (kunnen) zijn. Omdat de ACM aan betrokkenen een punitieve sanctie had opgelegd, rustte op de ACM de verplichting (ook) van het delictsbestanddeel “verzending aan abonnee” bewijs te leveren. Dit had de ACM nagelaten. In plaats daarvan had de ACM betoogd dat bij ieder gebruik (door een gebruiker) een e-mailadres van een abonnee is betrokken. Bij ieder e-mailadres hoort volgens de ACM een abonnement: het gaat om het e-mailadres van de abonnee zelf of om een e-mailadres dat hoort bij een achterliggend abonnement. Een dergelijke redenering is volgens de rechtbank onvoldoende om het vereiste bewijs te leveren. Dit zou er namelijk toe leiden dat Digital Magazines c.s. zouden moeten bewijzen dat zij van iedere geadresseerde (lees: gebruiker) toestemming zouden hebben voor het verzenden van het bericht, terwijl art. 11.7, lid 1, Tw slechts voorzorg in een dergelijke verplichting ten aanzien van abonnees. Deze door de ACM bepleite verruiming van de op Digital Magazines destijds rustende verplichting om zich te vergewissen van de instemming van de ontvangers verdraagt zich volgens de rechtbank niet met het lex certa-beginsel. Onder verwijzing naar de uitspraak van het CBb van 22 januari 2009, AB 2009, 186, overwoog de recht-

bank voorts dat aan de door Digital Magazines c.s. gehanteerde werkwijze en de zeer grote hoeveelheid verzonden berichten weliswaar een vermoeden kan worden ontleend dat ook berichten zullen zijn verzonden aan e-mailadressen die toebehoren aan abonnees, maar dat dit vermoeden in het licht van art. 6 EVRM onvoldoende is om te kunnen concluderen dat berichten zijn verzonden aan abonnees. De rechtbank weigerde de ACM in de gelegenheid te stellen om alsnog onderzoek te doen. Het onderzoek van de ACM zou een nader onderzoek naar de feiten behelzen. Volgens de rechtbank gaat dat verder dan het herstellen van een procedureel gebrek, zodat de rechtbank met toepassing van art. 8:72a Awb zelf in de zaak voorzag en de primaire boetesbesluiten herriep. Deze uitspraak blijft, met aanvulling van gronden, in hoger beroep in stand. Het CBb gaat daartoe nader in op het verschil tussen gebruiker en abonnee en op de vraag of een e-maildienst (zoals Hotmail of Gmail) een elektronische communicatiedienst is – overwegingen die ik hier, gelet op het doel van deze annotatie, onbesproken laat.

4. Dat rechtbank en CBb strenge eisen stellen aan het door de ACM te leveren bewijs hangt samen met de bijzondere aard van het betrokken besluit. Een bestuurlijke boete is een punitieve sanctie, een *criminal charge* in de zin van art. 6 EVRM. De in die bepaling neergelegde onschuldpresumptie brengt mee dat van de onschuld van de verdachte dient te worden uitgegaan totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan én dat het aan het bestuursorgaan is om te bewijzen dat sprake is van een beboetbaar feit. Of meer precies gezegd: het bestuursorgaan dient de (rechts)feiten die de overtreding constitueren te bewijzen (ABRVs 15 april 1999, «JB» 1999/150, m.nt. Albers). Het aannemelijk maken van die feiten is niet voldoende (CRvB 30 juli 2014, AB 2014, 363, m.nt. Stijnen). Dit betekent ook dat in geval van twijfel het voordeel van die twijfel aan de vermeende overtreder moet worden gegund (HR 15 april 2011, «JB» 2011/129, m.nt. Albers en ABRvS 17 september 2014, AB 2014, 412, m.nt. Stijnen). Dit bewijs zal het bestuursorgaan in beginsel in de bestuurlijke fase moeten vergaren en waarderden. Voorwerp van geschil bij de bestuursrechter is immers een besluit, in dit geval tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Dat besluit wordt getoetst door de bestuursrechter. Zijn – als het goed is – intensieve

beoordeling van het bewijs van de aan de boete ten grondslag gelegde feiten vindt plaats in het kader van de beoordeling van de zorgvuldige voorbereiding van het boetebesluit (art. 3:2 Awb) en de motivering daarvan (art. 3:46 Awb).

5. Wat nu als de rechter, zoals in het onderhavige geval, tot het oordeel komt dat het bestuursorgaan niet in het leveren van het bewijs is geslaagd? Als hoofdregel geldt dat wanneer de bestuursrechter constateert dat aan een besluit een gebrek kleeft, hij allereerst beziet of dit gebrek met toepassing van art. 6:22 Awb kan worden gepasseerd. Als dat niet zo is, moet de rechter het besluit vernietigen (art. 8:72, lid 1, Awb). Daarbij beoordeelt de bestuursrechter of hij de rechtsgevolgen van het vernietigde besluit in stand kan laten (art. 8:72, lid 3, aanhef en onder a, Awb). Als het dictum van het bestreden besluit anders moet komen te luiden, is dat niet mogelijk. Dan beziet de bestuursrechter of hij zelf in de zaak kan voorzien (art. 8:72, lid 3, aanhef en onder b, Awb). Pas als ook dat niet mogelijk is, beziet de bestuursrechter of het alsnog mogelijk is de benodigde informatie in zijn dossier te krijgen door een bestuurlijke lus toe te passen (art. 8:51a-8:51c en 8:80a en 8:80b Awb). Het CBb refereert in r.o. 4.2.4 met zoveel woorden aan deze rangorde van afdoeningsmodaliteiten (zie daarover *Kamerstukken II 2010/11, 32 450, nr. 8, p. 59*). Voor boetebesluiten geldt echter bovendien op grond van art. 8:72a Awb het voorschrift dat de bestuursrechter bij vernietiging van een boetebesluit zelf in de zaak voorziet. De vraag komt dan op hoe dit voorschrift zich verhoudt tot de rangorde in art. 8:72 Awb en – meer in het bijzonder – tot de mogelijkheid om, alvorens bij einduitspraak te beslissen op het beroep, bij tussenuitspraak de bestuurlijke lus toe te passen en het bestuursorgaan in de gelegenheid te stellen de gebreken in de bewijsvoering te herstellen. Gelet op de rangorde die de wetgever voor ogen heeft gestaan, lijkt mij een dergelijke herstelkans mogelijk afgesloten: de bestuurlijke lus komt volgens de hoofdregel pas in beeld als zelf in de zaak voorzien niet mogelijk is, terwijl art. 8:72a Awb bepaalt dat de rechter zelf in de zaak moet voorzien (Ch.V. Backes e.a., *Evaluatie Bestuurlijke Lus Awb en internationale rechtsvergelijking*, WODC 2014, p. 36). Daartegen zou kunnen worden ingebracht dat art. 8:72a Awb uitgaat van de situatie waarin het besluit tot het opleggen van een bestuurlijke

boete wordt vernietigd, dus bij einduitspraak, terwijl vernietiging bij het toepassen van een bestuurlijke lus nog niet aan de orde is; de (formele) bestuurlijke lus wordt toegepast bij tussenuitspraak (zie bijvoorbeeld *Handelingen II 2009.10, 31 352, nr. 7, p. 168*). Ik denk dat een dergelijke gedachtegang eraan voorbij gaat dat toepassing van de bestuurlijke lus plaatsvindt wanneer de rechter een gebrek constateert dat, indien het niet wordt hersteld, tot vernietiging leidt. Zeker in gevallen als het onderhavige, waarin het gebrek ziet op het door het bestuursorgaan geleverde bewijs van de overtreding, is het evident dat een dergelijke situatie zich voordoet. Art. 8:72a Awb maakt wat mij betreft duidelijk dat de rechter dan gehouden is zelf in de zaak te voorzien en de boete te herroepen.

6. Hoewel de letterlijke bewoordingen van art. 8:72a Awb ruimte voor discussie laten, blijkt de bedoeling van de wetgever zonneklaar uit de wetsgeschiedenis. In de memorie van antwoord bij het Wetsvoorstel bestuurlijke lus staat: *“Als een besluit waarbij een bestuurlijke boete is opgelegd, een gebrek vertoont, moet een aantal situaties worden onderscheiden. De eerste situatie is dat het gebrek naar zijn aard onherstelbaar is. Dit doet zich bijvoorbeeld voor indien de rechter vaststelt dat de gedraging die de belanghebbende wordt verweten niet onder een wettelijke verbodsbepaling valt. Dan is er vanzelfsprekend geen ruimte voor toepassing van de bestuurlijke lus. Een volgende mogelijkheid is dat de rechter constateert dat het bestuur een vormfout heeft gemaakt, die op zichzelf wel herstelbaar zou zijn; de betrokkene is bijvoorbeeld ten onrechte niet gehoord over het voorstellen om een boete op te leggen. Dit geval wordt geregeld in het nieuwe artikel 8:72a Awb, dat wordt voorgesteld in het wetsvoorstel Vierde tranche Awb [...]”. Dat artikel verplicht de bestuursrechter om in een dergelijk geval zelf te beslissen of ondanks de vormfout een boete moet worden opgelegd en zo ja, hoe hoog deze moet zijn. Met andere woorden: de rechter is dan verplicht om zelf in de zaak te voorzien. Deze bevoegdheid gaat verder dan het toepassen van de bestuurlijke lus, zodat voor deze laatste ook in dit geval geen ruimte meer is. Ten slotte is denkbaar dat de bestuursrechter tot het oordeel komt dat het bewijs voor de overtreding ontoereikend is. Wij menen dat in dat geval het verdedigingsbeginsel, zoals dit onder meer is*

neergelegd in artikel 6 EVRM, zich er tegen verzet dat de bestuurlijke lus wordt toegepast om het bestuur in de gelegenheid te stellen om alsnog aanvullend bewijs te leveren” (*Kamerstukken I 2008/09, 31 352, nr. C, p. 6*). Ook in het debat in de Kamer namen de initiatiefnemers van het wetsvoorstel, de Minister van Justitie en Eerste Kamerleden duidelijk stelling tegen het toepassen van de bestuurlijke lus in boetezaken (zie daarover: T.N. Sanders, *‘Het CBb als wetgever: de bestuurlijke lus toegepast bij de bestuurlijke boete’*, in: *M&M 2012, p. 133-138*).

7. Het CBb volgt een afwijkende lijn. Niet voor het eerst overweegt het CBb in bovenstaande uitspraak dat ook in procedures over een bestuurlijke boete de zogenoemde bestuurlijke lus kan worden toegepast (CBb 14 maart 2012, *AB 2012, 225, m.nt. Stijnen*; CBb 20 maart 2012, *ECLI:NL:CBB:2012:BW3671*), zonder overigens in deze zaak tot toepassing daarvan over te gaan. Ook de CRvB past de bestuurlijke lus in boetezaken wel toe (CRvB 13 maart 2012, *ECLI:NL:CRVB:BV9400*). Bijval krijgen deze colleges van Koenraad (noot onder Rb. Almelo 29 oktober 2012, *AB 2012, 394*) en Stijnen (*Rechtsbescherming tegen bestraffing in het strafrecht en het bestuursrecht. Een rechtsvergelijking tussen het Nederlandse strafrecht en het bestraffende bestuursrecht, mede in Europees perspectief* (diss.), Deventer: Kluwer 2011, p. 311-312 en 380-381, alsmede zijn noot onder CRvB 3 augustus 2011, *AB 2012, 224*). Daartegenover staan C.L.G.F.H. Albers, *‘Bestraffend bestuur 2014’*, in: C.L.G.F.H. Albers e.a., *Boetes en andere bestraffende sancties: een nieuw perspectief?*, preadvies VAR, Den Haag, Boom Juridische uitgever, p. 87-91; L.J.J. Rogier, *‘Geen bestuurlijke lus bij de bestuurlijke boete!’*, *TvS&C 2012, p. 188-189* en T.V. Sanders, a.w.. Deze tegenstanders beroepen zich niet alleen op de wetsgeschiedenis, maar ook op het beginsel van *ne bis in idem*. Door het bestuursorgaan een herkansing te geven en die vervolgens aan de bestuursrechter voor te leggen, ontstaat in hun ogen het risico dat over dezelfde zaken tweemaal wordt geoordeeld. Dit risico was nu juist de reden om in art. 8:72a Awb vast te leggen dat de bestuursrechter na vernietiging zelf in de zaak dient te voorzien. In een geval als het onderhavige, waar het gebrek zit in de feitenverzameling en -vast-

stelling door het bestuursorgaan – is de spanning met het beginsel van *ne bis in idem* naar mijn mening evident.

8. Hoewel de toepassing van de bestuurlijke lus dus in boetezaken volgens het CBb niet principieel is uitgesloten, dient deze wel terughoudend plaats te vinden. Het CBb wijst in dat verband naar de hiervoor al besproken rangorde. Deze redenering is voor mij moeilijk te volgen, omdat de door de wetgever voorgestane rangorde in mijn opvatting moet leiden tot de conclusie dat de bestuurlijke lus in boetezaken helemaal niet kan worden toegepast. Het CBb maakt ook niet duidelijk waarom in het ene geval de bedoeling van de wetgever wel (rangorde afdoeningsmodaliteiten) en in het andere geval niet (uitsluiten bestuurlijke boete) van belang is.

9. De rechtbank had afgezien van het toepassen van de bestuurlijke lus: *“De rechtbank heeft overwogen of zij het onderzoek zou kunnen heropenen, teneinde verweerder in de gelegenheid te stellen om aanvullend nader onderzoek te doen of e-mailberichten zijn verzonden aan abonnees. Dit onderzoek zou echter een nader onderzoek naar de feiten behelzen. Dit gaat verder dan het herstellen van een procedureel gebrek (vergelijk de uitspraak van het CBb van 2 juli 2010, LJN: BN0534) en is naar het oordeel van de rechtbank thans niet meer mogelijk.”* Ik lees hierin dat de rechtbank bij boetebesluiten de bestuurlijke lus niet zou willen toepassen ten behoeve van een onderzoek naar de feiten, derhalve ten behoeve van het vergaren van bewijs. Dat lijkt een principiëlere opstelling dan die van het CBb (r.o. 4.3.7), die bovendien suggereert dat voor de rechtbank (slechts) van belang zou zijn geweest dat de rechtbank inschatte dat de feiten wellicht niet meer te verzamelen vielen. Ik lees bovenstaande overweging van de rechtbank anders. Hoe dan ook, het CBb komt in hoger beroep (eveneens) tot een afwijzing van de bestuurlijke lus in verband met de afgenomen kans dat de ACM het bewijs nog zal bijbrengen. Daaraan voegt het CBb toe dat deze inschatting mede tot stand is gekomen doordat de ACM heeft gewacht met het verzamelen van nadere feiten tot na de uitspraak van de rechtbank (r.o. 4.3.7).

10. Hoewel over de toepassing van de bestuurlijke lus in zaken over bestuurlijke boetes verschil van opvatting bestaat, komt het me voor dat over de afwijzing van de bestuurlijke boete in

deze zaak in ieder geval consensus zal bestaan. De ACM heeft er in eerste aanleg om hem moverende reden voor gekozen het verweer te concentreren rondom een juridisch betoog over de te bewijzen bestanddelen van de gestelde overtreding. Pas laat in de procedure heeft de ACM getracht bewijs aan te dragen voor het geval de primaire, juridische stellingen over de te bewijzen bestanddelen niet zouden slagen. Daarmee heeft de ACM een risico genomen. Met name het CBb toont weinig begrip voor de juridische stellingen van de ACM. Het ligt niet voor de hand deze procesopstelling te "belonen" met een herkansing in de vorm van de toepassing van de bestuurlijke lus. Hoewel ik met Stijnen van mening verschil over de principiële vraag naar de toelaatbaarheid van de bestuurlijke lus in boetezaken, ben ik het volgende zeer met hem eens: "Indien het besluit aan alle kanten rammelt en er geen begin van bewijs is geleverd door het bestuursorgaan lijkt me dit dan ook geen geëigend middel. De bestuursrechter dient in dat geval gewoon door te pakken door de primaire boetebeslissing te herroepen" (noot onder CRvB 14 maart 2012, AB 2012, 225).

V.H. Affourtit
advocaat financieel en economisch publiekrecht
bij Houthoff Buruma te Amsterdam

Board of Appeal of the European Supervisory Authorities
14 juli 2014, ref.: BoA 2014 – C1 – 02
(Blair, Fernández-Armesto, Afrell, Guibert, Mero, Wessels)
Noot mr. E.J. van Praag onder «JOR» 2015/41

Europees financieel toezicht. Beroep tegen weigering van European Banking Authority (EBA) om onderzoek in te stellen naar vermeende inbreuk op Europees recht door nationale toezichthouders. Beroep ontvankelijk wegens bijzondere omstandigheden van geval. Weigering i.c. redelijke beslissing genomen binnen grenzen beleidsvrijheid EBA. Beroep wordt afgewezen. Vervolg op uitspraak Board of Appeal of the European Supervisory Authorities 24 juni 2013, «JOR» 2013/306, m.nt. Bierens.

[EBA Verordening art. 17, 60]

In its decision of 24 June 2013 («JOR» 2013/306, m.nt. Bierens) the Board rejected the respondent's objection to admissibility on the basis of the arguments then advanced to it. Following that decision, the EBA issued a decision dated 15 October 2013 to the effect that the complaint was admissible. The Board considers that in this particular case, the decision of 21 February 2014 went beyond a mere communication of information or advice of non-action. The Board's view is that this was a reviewable decision addressed to the appellant within the meaning of Article 60 EBA Regulation, and as such, the appeal against it is admissible. In those circumstances, the Board does not need to decide the parties' contentions as to whether the decision was of "direct and individual concern" to the appellant. On no view is the material adduced by the appellant sufficient to show that the EBA exercised its discretion wrongly. There are concerning features about this case, but the Board considers that the evidence shows that the refusal by the EBA to commence an own initiative investigation was a reasonable one in the circumstances. The Board decides that the appeal is admissible. However, it points out that this reflects the particular facts of the case. This ruling does not imply a general conclusion that an appeal against a decision of the EBA not to investigate an alleged breach

or non-application of Union law on its own initiative is admissible. The Board dismisses the appellant's appeal against the decision of the EBA of 21 February 2014. The Board's view is that this was a reasonable decision in all the circumstances, and that none of the appellant's grounds of appeal are established.

SV Capital OÜ, Estland,
appellant,
represented by M. Greinoman,
against
European Banking Authority (EBA),
respondent,
represented by J. Overett Somnier.

I. The appeal

1. This is an appeal by SV Capital OÜ, the appellant, which is a company incorporated under the laws of Estonia, against the European Banking Authority, the respondent, in respect of its decision of 21 February 2014. This is the second appeal to be considered by the Board of Appeal in this matter between the same parties. The appellant's Notice of Appeal was sent by email on 31 March 2014, and the hardcopy by registered mail.

2. The appeal is brought under Article 60 of Regulation No 1093/2010 ("the EBA Regulation"). The EBA Regulation establishes the European Banking Authority (EBA). It provides in Article 6(5) for the Board of Appeal to exercise the tasks set out in Article 60.

3. Article 60(1) of the EBA Regulation provides for the right of appeal as follows:

"Any natural or legal person, including competent authorities, may appeal against a decision of the Authority referred to in Articles 17, 18 and 19 and any other decision taken by the Authority in accordance with the Union acts referred to in Article 1(2) which is addressed to that person, or against a decision which, although in the form of a decision addressed to another person, is of direct and individual concern to that person."

4. The parties have submitted the following documents to the Board of Appeal with attachments: (1) the appellant's Notice of Appeal as above; (2) the respondent's Response sent on 6 May 2014 (a short extension being allowed for service at the respondent's request because of the Easter public holiday; (3) the appellant's Reply dated 20 May 2014; (4) as regards disclosure of documents, the

respondent's letter dated 3 June 2014, the appellant's response dated 11 June 2014, and the respondent's letter of 13 June 2014. No other material (apart from legal citations) was put before the Board of Appeal, except for further material emailed to the Board of Appeal on 27 June 2014, and the appellant's objection to that material dated 28 June 2014.

5. Article 60(4) of the EBA Regulation provides that parties to the appeal proceedings shall be entitled to make oral representations. In its Notice of Appeal, the appellant asked to make oral representations, and requested that the language of the case including the oral hearing be English.

6. Article 60(4) of the EBA Regulation provides that if the appeal is admissible, the Board of Appeal shall examine whether it is well-founded. The respondent submits that the appeal is not admissible. In this decision the Board of Appeal deals both with the question of admissibility, and the substance of the appeal, should it be admissible.

7. The hearing took place on 27 June 2014 in Frankfurt, Germany. The Board of Appeal consisted of William Blair (President), Juan Fernández-Armesto (Vice-President and Rapporteur), Lars Afrell, Noel Guibert, Katalin Mero and Bob Wessels. (Lars Afrell was alternate to Arthur Docters van Leeuwen who was prevented by illness from sitting. Neither party raised an objection.) The name of the responsible Secretariat member is Kai Kosik of EIOPA. There was a transcript which was circulated on 10 July to the parties and incorporates comments received.

8. The appellant was represented by Maksim Greinoman of Advokaadibüroo Greinoman & Co, Tallinn, Estonia, and the respondent was represented by Jonathan Overett Somnier and Zoi Jenny Giotaki of the EBA, assisted by Filip Tuytschaever of Contrast European & Business Law.

9. At the conclusion of the hearing, the material submitted by the parties being complete, the President notified the parties that the appeal was lodged under Article 60(2) of the EBA Regulation and Article 20 of Board of Appeal's Rules of Procedure.

II. Summary of the relevant facts

10. A summary of the relevant facts is as follows. By a letter of 24 October 2012 from Advokaadibüroo Greinoman & Co on behalf of the appel-