

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/ACNB/2011/200904_OV

Datum: 19 april 2011

Zaaknummer: 11.0041.37 / 11.0042.37

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit tot oplegging van een boete ter zake van overtreding van artikel 11.7, van de Telecommunicatiewet (spamverbod).

1 Samenvatting

1. De onderneming Digital Magazines B.V., de onderneming Rivière Vastgoed B.V., eenmanszaak Mail Garage en [B] hebben ongevraagde commerciële berichten verstuurd, of laten versturen, zonder voorafgaande toestemming van de betreffende abonnees en zonder de betreffende abonnees een goed functionerende afmeldmogelijkheid te bieden. Daarmee hebben zij het spamverbod uit artikel 11.7, eerste lid en vierde lid, aanhef en onder b, van de Telecommunicatiewet overtreden. Op grond hiervan legt het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit:
 - aan Digital Magazines B.V. en Rivière Vastgoed B.V. gezamenlijk een boete op van in totaal € 330.000, waarvoor zij hoofdelijk aansprakelijk zijn,
 - aan [A] handelend onder de naam van eenmanszaak Mail Garage een boete op van € 110.000 en
 - aan [B] een boete op van € 220.000.

2 Achtergrond en verloop van de procedure

2. Vanaf januari 2007 tot 7 april 2010 heeft het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (verder: het college) via de website www.spamklacht.nl¹ 346 klachten ontvangen over ongevraagde e-mailberichten afkomstig van Digital Magazines B.V. (verder: Digital Magazines). [B] en Rivière Vastgoed B.V. (verder: Rivière Vastgoed) waren in de genoemde periode aandeelhouder en bestuurder van Digital Magazines. Naar aanleiding van de klachten heeft het college besloten een onderzoek naar mogelijke overtreding van het spamverbod te starten.
3. Na analyse van de klachten bleek dat [B] tevens betrokken was bij de e-mailberichten die via de eenmanszaak Mail Garage (waar [A] eigenaar van is) zijn verzonden en waarover het college eveneens klachten heeft ontvangen via www.spamklacht.nl.
4. In het kader van het onderzoek hebben op 7 april 2010 medewerkers van het college een onaangekondigd bedrijfsbezoek gebracht aan de ondernemingen Digital Magazines en Mail Garage te Nijmegen. Op grond van hun bevoegdheden hebben zij inzage gevorderd in (digitale) gegevensdragers en de analoge administratie van Digital Magazines. Tevens is er gesproken met

¹ Via deze website is het onder andere mogelijk om klachten in te dienen over de ontvangst van ongevraagde e-mailberichten (spamberichten).

Besluit Openbaar

een bestuurder van Digital Magazines ([B]), de eigenaar van Mail Garage ([A]) en een aantal medewerkers van Digital Magazines.

5. Op 3 en op 16 juni 2010 hebben gesprekken plaatsgevonden met respectievelijk [B] en de bestuurders van Rivière Vastgoed.
6. Op 28 juni 2010 is aanvullende informatie gevorderd bij [B] en Rivière Vastgoed. Daarbij is onder andere informatie gevorderd waaruit de vereiste voorafgaande toestemming voor de verzonden e-mailberichten zou moeten blijken. Op 20 respectievelijk 23 augustus 2010 is door [B], namens Digital Magazines en Mail Garage, en door Rivière Vastgoed op deze vordering gereageerd.
7. Op 24 januari 2011 zijn twee onderzoeksrapporten afgerond, deze rapporten zijn op dezelfde datum ook aan betrokken partijen toegezonden.
8. Op 18 februari 2011 heeft [B], mede namens Digital Magazines en Mail Garage, een schriftelijke zienswijze op het onderzoeksrapport bij het college ingediend. Rivière Vastgoed heeft nagelaten een schriftelijke zienswijze in te dienen.
9. Op 1 maart 2010 hebben er ten kantore van het college twee hoorzittingen plaatsgevonden, waarbij Rivière Vastgoed als bestuurder en opdrachtgever van Digital Magazines en [B] als bestuurder van Digital Magazines en vertegenwoordiger van Mail Garage in de gelegenheid zijn gesteld hun zienswijze mondeling toe te lichten.²

3 Samenvatting van de onderzoeksrapporten

10. In het eerste onderzoeksrapport (verder: onderzoeksrapport 1) wordt vastgesteld dat Rivière Vastgoed en Digital Magazines het zogenoemde spamverbod, zoals neergelegd in artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (verder: Tw) en artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, Tw hebben overtreden.
11. In het tweede onderzoeksrapport (verder: onderzoeksrapport 2) wordt vastgesteld dat [B], Digital Magazines, Mail Garage, [M] en [N] het zogenoemde spamverbod, zoals neergelegd in artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, Tw hebben overtreden.
12. Het college heeft er voor gekozen om ten aanzien van beide onderzoeksrapporten één besluit te nemen.

4 Feiten

4.1 Digital Magazines

13. Digital Magazines is op 16 augustus 2005 opgericht. Digital Magazines houdt zich bezig met het verzenden van grote aantallen e-mailberichten voor verschillende opdrachtgevers (direct

² Een woordelijk verslag van de hoorzitting is als bijlage bij dit besluit gevoegd.

Besluit Openbaar

marketing). Gedurende de onderzoeksperiode waren zowel [B] als Rivièra Vastgoed bestuurder van Digital Magazines.³ [B] is sinds juni 2010 niet meer betrokken bij Digital Magazines, vanaf dat moment heeft [B] zijn aandelen Digital Magazines overgedragen aan Rivièra Vastgoed en heeft [B] zijn bestuursfunctie neergelegd.⁴

14. Rivièra Vastgoed wordt bestuurd door [C] en [D].⁵
15. Digital Magazines heeft vanaf januari 2007 tot 7 april 2010 minimaal 345.600.197 e-mailberichten verstuurd vanaf haar domeinen en systemen.⁶

4.2 Gedragingen van [B] binnen Digital Magazines

16. [B] werd aangenomen door Rivièra Vastgoed om een commerciële rol binnen Digital Magazines te vervullen. [B] kwam op het idee om de geworven e-mailadressen te gebruiken voor mailings aan derden. Dit idee is vervolgens onder leiding van [B] uitgevoerd. [B] had de grootste rol in de dagelijkse bedrijfsvoering van Digital Magazines en gaf opdracht voor de activiteiten die hebben geleid tot de overtredingen.
17. Op initiatief van [B] is Digital Magazines verhuisd naar Nijmegen.⁷
18. [B] had de dagelijkse leiding, waardoor hij contact had met de opdrachtgevers,⁸ opdrachten gaf aan het personeel⁹ en bepaalde wanneer en aan wie de e-mailberichten verzonden werden. Ook droeg hij zorg voor het verzamelen van e-mailadressen en was hij verantwoordelijk voor de inhoud van de offertes.¹⁰

4.3 Gedragingen van Rivièra Vastgoed binnen Digital Magazines

19. Rivièra Vastgoed was meerderheidsaandeelhouder en bestuurder van Digital Magazines. Rivièra Vastgoed was binnen Digital Magazines verantwoordelijk voor de financiën.¹¹ Daarnaast maakte Rivièra Vastgoed de verzending mogelijk door facilitaire steun, zoals de huisvesting voor Digital Magazines.

³ Onderzoeksrapport 2, bijlage 1: KvK uittreksel Digital Magazines.

⁴ Onderzoeksrapport 2, bijlage 17: e-mailbericht van de gemachtigde van [B].

⁵ Onderzoeksrapport 2, bijlage 2: KvK uittreksel Rivièra Vastgoed.

⁶ Onderzoeksrapport 2, randnummer 185.

⁷ Onderzoeksrapport 2, bijlage 58: gespreksverslag Rivièra Vastgoed.

⁸ Onderzoeksrapport 2, bijlage 43-46: voorbeelden van contracten en e-mailwisseling tussen [B] en de opdrachtgevers ten behoeve van Digital Magazines.

⁹ Onderzoeksrapport 2, bijlage 51b: [B] geeft opdracht aan [E] om een reminder voor een mailing in te plannen.

¹⁰ Onderzoeksrapport 2, bijlage 35b en 53e: e-mailwisseling tussen [B] en opdrachtgevers waarin hij opdrachten tracht te regelen voor Digital Magazines.

¹¹ Onderzoeksrapport 1, bijlage 58, pagina 123: verklaring van [C], gespreksverslag van 16 juni 2010.

Besluit Openbaar

20. Rivièra Vastgoed gaf incidenteel directe opdrachten aan Digital Magazines voor het verzenden van e-mailberichten.¹²

4.4 Mail Garage

21. Op 8 september 2008 is de eenmanszaak Mail Garage opgericht, een onderneming die tijdens de onderzoeksperiode werd gedreven voor rekening van [A].¹³
22. [A] heeft in een gesprek¹⁴ met de onderzoekers aangegeven dat het beter is als alle verdere communicatie betreffende de eenmanszaak Mail Garage via [B] verloopt.
23. Mail Garage heeft in de periode van april 2009 tot 7 april 2010 59.752.013 e-mailberichten laten verzenden¹⁵ vanaf haar domein en systemen. De werkzaamheden voor Mail Garage werden door de werknemers van Digital Magazines verricht in opdracht van [B]. Daarmee is Digital Magazines de feitelijke verzender van deze e-mailberichten.¹⁶
24. Mail Garage heeft aan Digital Magazines opdracht gegeven tot het verzenden van 5.124.621 berichten via het domein en de systemen van Digital Magazines.¹⁷

4.5 [M] en [N]

25. [M] is een in Spanje gevestigde onderneming die zich bezig houdt met het verzenden van commerciële e-mailberichten naar Nederlandse abonnees.
26. [B] was nauw betrokken bij de verzending van berichten door [M].¹⁸ [B] heeft e-mailberichten met gebruikmaking van de systemen van Digital Magazines naar e-mailadressen uit het adressenbestand van [M] verzonden.¹⁹
27. [N] is een in Zweden gevestigde onderneming die zich richt op de verzending van commerciële e-mailberichten naar Nederlandse abonnees.
28. [B] had met [N] een vergelijkbare relatie als met [M]²⁰ en gebruikte adressenbestanden van [N] voor verzending van mailings.

¹² Onderzoeksrapport 1, bijlage 46c: e-mailwisseling betreffende [G]. Bijlagen 46a en 46b bevatten ook opdrachten van Rivièra Vastgoed aan Digital Magazines.

¹³ Onderzoeksrapport 2, bijlage 4: uittreksel KvK Mail Garage.

¹⁴ Onderzoeksrapport 2, bijlage 54: gespreksverslag [A] en bijlage 57: gespreksverslag [B], 3 juni 2010.

¹⁵ Onderzoeksrapport 2, randnummer 186 t/m 189.

¹⁶ Onderzoeksrapport 2, randnummer 140.

¹⁷ Onderzoeksrapport 2, randnummer 187.

¹⁸ Onderzoeksrapport 2, bijlage 26: verslag bezoek [F] ([M]) en bijlage 57: gespreksverslag [B] 3 juni 2010 en bijlage 27: verklaring van [F].

¹⁹ Onderzoeksrapport 2, bijlage 37a-f: e-mailwisseling tussen Digital Magazines en [F].

²⁰ Onderzoeksrapport 2, bijlage 57: gespreksverslag [B] 3 juni 2010.

Besluit Openbaar

29. De onderzoeksrapporten bevatten geen informatie over de hoeveelheid e-mailberichten die in opdracht van [M] en [N] vanaf hun domeinen en systemen zijn verzonden. Ook bevatten de onderzoeksrapporten geen aanvullende informatie over de herkomst van de adressenbestanden en de inhoud van de e-mailberichten van [M] en [N].

4.6 Werkwijze

30. Digital Magazines en Mail Garage zijn ondernemingen die in opdracht van verschillende adverteerders commerciële e-mailberichten verzonden of lieten verzenden aan hun adressenbestand. In paragraaf 4.6.1 wordt beschreven hoe dit in zijn werk ging.
31. Een belangrijk aspect van de werkwijze van Digital Magazines en Mail Garage is de manier waarop zij aan de e-mailadressen kwamen die in hun adressenbestand waren opgenomen. Dit onderdeel van de werkwijze wordt beschreven in paragraaf 4.6.2, waarin nader wordt ingegaan op de wijze waarop toestemming werd gevraagd voor het gebruik van deze e-mailadressen voor het toezenden van ongevraagde commerciële e-mailberichten.

4.6.1 Gebruik van e-mailbestanden voor het verzenden van berichten

32. [B] heeft in gesprekken met toezichthoudend ambtenaren van het college uiteengezet hoe de e-mailcampagnes van Digital Magazines en Mail Garage werden uitgevoerd. Deze werkwijze wordt hieronder uiteengezet.
33. Wanneer [B] een adverteerder had gevonden die een mailing wilde verzenden, dan werd de mailing verstuurd in blokken van 25.000 of 50.000 e-mailadressen, al naar gelang het aantal e-mailberichten dat de adverteerder wilde verzenden.
34. [B] heeft aangegeven dat de bestanden met e-mailadressen van Digital Magazines en Mail Garage elk als één geheel werden gezien en werden gebruikt voor allerlei mailings die verzonden werden.²¹ Daarbij werd geen onderscheid gemaakt in de wijze waarop de e-mailadressen werden vergaard.
35. De inhoud van een dergelijke mailing was vaak afkomstig van de adverteerder, een voorbeeld van een dergelijke mailing is hieronder opgenomen (zie Figuur 1).²²

²¹ Onderzoeksrapport 2, bijlage 57: interview met [B] en paragraaf 4.6.2 van het onderhavige besluit (werkwijze).

²² Onderzoeksrapport 2, bijlage 38c, pagina 88.

Besluit Openbaar



Figuur 1 Voorbeeld van een mailing, in dit geval van adverteerder [F]

36. Bij het verzenden van de mailings werd geen rekening gehouden met de manier waarop de betreffende e-mailadressen in het bestand waren verkregen of de vorm waarin eventuele toestemming van de abonnee was verleend.²³
37. Voor sommige e-mailcampagnes werd eveneens gebruik gemaakt van adresbestanden van derden, bijvoorbeeld als de adverteerder meer mails wilde verzenden dan er adressen in het bestand stonden. Andersom werden de adressenbestanden van Digital Magazines of Mail Garage ter beschikking gesteld aan derden voor hun e-mailcampagnes.²⁴

4.6.2 Verkrijgen van e-mailadressen

38. In deze paragraaf worden de methoden waarop Digital Magazines en Mail Garage e-mailadressen verzamelden nader uiteengezet, waarbij met name beschreven wordt hoe er “toestemming” werd gevraagd voor het toezenden van ongevraagde commerciële e-mailberichten.
39. Een van de methoden die Digital Magazines gebruikte voor het verzamelen van e-mailadressen was door consumenten de mogelijkheid te bieden zich via een website in te schrijven voor een nieuwsbrief. Dit wordt verder methode A genoemd. Voorbeelden van dergelijke nieuwsbrieven zijn de Vakantieboulevard en de Hotelboulevard. Het aanmeldscherm van de Vakantieboulevardniewsbrief bevatte bijvoorbeeld een aantal invulvelden, waarbij e-mailadres, geslacht, voornaam, achternaam verplicht waren. Onder deze invulvelden stond een hokje dat aangevinkt kon worden met daarachter de tekst: “Ik ga akkoord met de algemene voorwaarden en het ontvangen van partnermailings van Digital Magazines”, waarbij via een muisklik op de onderstreepte woorden de Algemene Voorwaarden ingezien konden worden (Zie Figuur 2).²⁵

²³ Onderzoeksrapport 2, randnummer 83.

²⁴ Onderzoeksrapport 2, randnummer 101.

²⁵ Onderzoeksrapport 2, bijlage 38, pagina 89.

Besluit Openbaar

The screenshot shows a web page with a blue header containing navigation links: 'Vraagtoerist.nl', 'Rustgeheimen', 'Zonvakantie', 'Reisbureaus', 'Kamperen', 'Cruises', 'Vernieuwen', 'Lust Bende', 'Singles', 'Hotels', 'Al inclusive', 'Bezielen'. The main content area is titled 'Aanmelden nieuwsbrieven' and contains a form with the following fields: 'E-mail adres', 'Geslacht', 'Voornaam', 'Tussenvoegsel', 'Achternaam', 'Geboortedatum', 'Straatnaam', 'Huisnummer', 'Postcode', and 'Woonplaats'. Below the form is a checkbox with the text 'Ik ga akkoord met de algemene voorwaarden en het ontvangen van promoties van Digital Magazines'. A 'Meld me aan' button is located below the checkbox. At the bottom of the form, there is a link: 'Kijk hier om af te melden'. The page is framed by orange vertical bars on the left and right sides.

Figuur 2 Schermafdruck van methode A

De gegevens van de consument werden volgens niet alleen gebruikt voor het verzenden van de nieuwsbrief, maar ook opgenomen in het adressenbestand van Digital Magazines.

40. Bij een tweede methode (verder: methode B) verkregen Digital Magazines en Mail Garage de e-mailadressen via derden. Deze derden gebruikten (online) enquêtes, prijsvragen en dergelijke, voor het verzamelen van e-mailadressen. Deze e-mailadressen werden vervolgens (tegen betaling) aan meerdere partijen, waaronder Digital Magazines en Mail Garage, verstrekt. Hieronder wordt een aantal voorbeelden weergegeven van dergelijke enquêtes waarmee contactgegevens werden verzameld. In het onderstaande voorbeeld²⁶ konden consumenten een hokje aanvinken met daarachter de tekst: "Ik ga akkoord met de voorwaarden en privacy statement en geef aan dat ik gebeld wil worden door de deelnemende partijen en de gratis e-mailnieuwsbrief wil ontvangen van adverteerder [H], adverteerder [I], Mail Garage, Digital Magazines en adverteerder [J]." Hierbij kon via een muisklik op de onderstreepte woorden meer informatie ingezien worden (zie Figuur 3)

²⁶ Bijlage 2 van de zienswijze van [B]/Digital Magazines /Mail Garage, bij de hoorzitting van 1 maart 2011.

Besluit
Openbaar

Schermafdruck van [K]

Schermafdruck van [K]

Figuur 3 Schermafdrucken van voorbeeld 1 van methode B

41. In een tweede voorbeeld van methode B²⁷ konden consumenten een hokje aanvinken met daarbij de tekst “Wanneer u uw gegevens invult, gaat u akkoord met het privacy statement en voorwaarden en geeft u aan dat u per mail en telefoon benaderd wenst te worden door de deelnemende adverteerders voor commerciële aanbiedingen”, waarbij via een muisklik op de onderstreepte woorden meer informatie kon worden ingezien (zie Figuur 4).

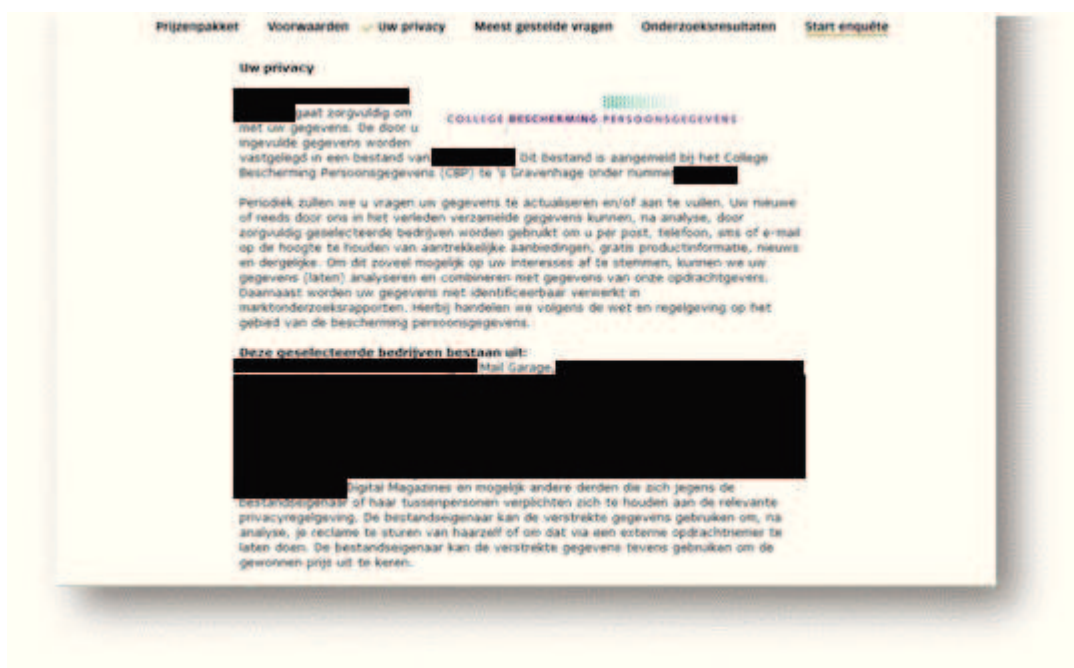


Figuur 4 Schermafdruck van voorbeeld 2 van methode B

²⁷ Onderzoeksrapport 2, bijlage 39, pagina 91 en 93.

Besluit Openbaar

42. Bij het tweede voorbeeld van methode B leidde een muisklik op de woorden “privacy statement” tot een tekst waarin onder andere werd aangegeven dat “... uw (...) gegevens kunnen, na analyse, door zorgvuldig geselecteerde bedrijven worden gebruikt om u per post, telefoon, sms of e-mail op de hoogte te houden van aantrekkelijke aanbiedingen, gratis productinformatie, nieuws en dergelijke. ...”, waarna de lijst met deze geselecteerde bedrijven werd gegeven. Deze lijst bevatte een groot aantal²⁸ bedrijfsnamen, waaronder Mail Garage en Digital Magazines. De lijst bedrijven werd afgesloten door de tekst “... en mogelijk andere derden die zich jegens de bestands eigenaar of haar tussenpersonen verplichten zich te houden aan de relevante privacyregeling.” (Zie Figuur 5).



Figuur 5 Schermafdruck van voorbeeld 2 van methode B, na klikken op “privacy statement”

43. Bij de derde methode (verder: methode C) werd door Digital Magazines bij een enquête een gerichte vraag opgenomen.²⁹ Deze vraag was: “Gaat u wel eens op vakantie? Zo ja, wat voor soort vakantie?”, met daarbij vier keuzeopties, te weten: “Zomervakantie”, “Winter(sport)vakantie”, “Zowel zomer als winter(sport)vakantie”, “Ik ga nooit op vakantie”. Als deze vraag door de respondent van de enquête werd beantwoord, werden er een aantal persoonsgegevens doorgestuurd aan Digital Magazines. Toestemming van de respondent voor de toezending door Digital Magazines van aanbiedingen werd gevraagd via het Privacy Statement van de enquête (zie Figuur 6).

²⁸ Onderzoeksrapport 2, bijlage 39, pagina 91 toont een lijst met 48 bedrijven, pagina 93 toont een lijst met 35 bedrijven.

²⁹ Bijlage 4 van de zienswijze van [B]/Digital Magazines/Mail Garage.

Besluit Openbaar



Figuur 6 Schermafdruck van methode C

44. Rivièra Vastgoed en [B] hebben bevestigd dat de e-mailadressen die door hen werden gebruikt voor het toesturen van ongevraagde e-mailberichten via bovenstaande methoden werden verkregen.³⁰

4.7 Klachten

45. In de periode tussen januari 2007 en 7 april 2010 zijn op de website van het college (www.spamklacht.nl) in totaal 775 klachten ingediend over commerciële e-mailberichten die verzonden zijn via de systemen van Digital Magazines of Mail Garage. De klachten hadden betrekking op het ongevraagd ontvangen van de berichten zonder dat daarvoor toestemming was verleend en op het niet functioneren van de afmeldmogelijkheid die in de berichten was opgenomen.

5 Juridisch Kader

46. Het juridisch kader is vermeld in bijlage 1 bij dit besluit. Deze bijlage bevat de relevante wetsartikelen uit de Tw en de Wet bescherming persoonsgegevens (verder: Wbp) over de bevoegdheid van het college, over het spamverbod en over het begrip toestemming. Tevens zijn de voor dit besluit relevante passages weergegeven uit de Memories van Toelichting bij de Tw en de Wbp.

³⁰ Zoals aangegeven werd de methode beschreven in randnummers 38 en 43 enkel door Digital Magazines gebruikt en niet door Mail Garage.

Besluit Openbaar

6 Zienswijze

6.1 Zienswijze Rivière Vastgoed

47. De zienswijze van Rivière Vastgoed richt zich niet op de vraag of het spamverbod nu wel of niet is overtreden, maar richt zich op de rol van Rivière Vastgoed binnen Digital Magazines.
48. Rivière Vastgoed is van mening dat haar gezien de feitelijke rol die zij als bestuurder van Digital Magazines speelde geen verwijt treft. Rivière Vastgoed had geen kennis van de specifieke activiteiten van Digital Magazines. Het was [B] die de dagelijkse leiding over Digital Magazines had. Om die reden heeft Rivière Vastgoed ook nooit daadwerkelijk de kans gekregen om, technisch gezien, de overtreding te beëindigen.
49. Het kan Rivière Vastgoed naar haar mening niet verweten worden dat zij de bedrijfsactiviteiten van Digital Magazines niet stopzette na het bedrijfsbezoek van OPTA. Rivière Vastgoed beschikte niet over de benodigde kennis om te beoordelen of sprake was van een overtreding. Ook kon OPTA desgevraagd een dag na het bedrijfsbezoek niet aangeven of er daadwerkelijk sprake was van een overtreding. Van een ondernemer kan in zo'n geval niet verwacht worden dat hij zijn bedrijfsactiviteiten staakt tot door de toezichthouder is vastgesteld dat sprake is van een overtreding.
50. Rivière Vastgoed is van mening dat in het onderzoeksrapport ten onrechte bewezen wordt geacht dat abonnees zich niet effectief konden afmelden. Er kon wel degelijk afgemeld worden, maar doordat mensen zich onmiddellijk elders weer aanmeldden ontstond verwarring of mensen nu wel of niet afgemeld waren.
51. Rivière Vastgoed betwijfelt dat er sprake is van van grote maatschappelijke overlast door de e-mailberichten. Het aantal klachten bedraagt namelijk 0,00011% van het aantal verstuurd e-mailberichten, zo blijkt uit het rapport.
52. Op het moment dat Rivière Vastgoed het onderzoeksrapport van 24 januari 2011 ontving, is Digital Magazines per direct gestopt met de werkzaamheden.
53. Rivière Vastgoed heeft nooit dividend uitgekeerd gekregen. Het financieel belang van Rivière Vastgoed is daarom niet zo groot als in het onderzoeksrapport wordt gesteld.

6.2 Zienswijze van [B]/Digital Magazines/Mail Garage

54. Op 18 februari 2011 heeft het college de schriftelijke zienswijze van [B]/Digital Magazines/Mail Garage ontvangen. Tijdens de hoorzitting heeft [B] deze zienswijze mondeling toegelicht. De zienswijze van [B]/Digital Magazines/Mail Garage komt in het kort op het volgende neer:
55. [B] stelt dat hij als privépersoon geen e-mailberichten voor commerciële doeleinden heeft verzonden. Hij heeft altijd opgetreden als functionaris van Digital Magazines en Mail Garage.

Besluit Openbaar

56. [B] is van mening dat hij niets te maken heeft met verzending van commerciële e-mailberichten door [M] en [N]. Digital Magazines en Mail Garage waren afnemers van bestanden van [M] en [N]. [B] heeft voor [M] enkel een Word-bestand met daarin de algemene voorwaarden omgezet naar een PDF-bestand en hij heeft dit vervolgens op de website van [M] geplaatst. Verder heeft hij de website van [M] opgezet en vorm gegeven.
57. Volgens [B] is door de onderzoekers niet vastgesteld dat de klagers abonnees zijn. Artikel 11.7 Tw richt zich tot abonnees. [B] vindt daarom dat niet duidelijk vast te stellen is of er daadwerkelijk sprake is van een gebrek aan voorafgaande toestemming, zoals vereist op grond van artikel 11.7, eerste lid, Tw. De onderzoekers zijn hierin onzorgvuldig geweest, want als de klagers niet kunnen worden aangemerkt als abonnees, dan kan er ook geen sprake zijn van overtreding van het spamverbod. Dat er onderscheid moet worden gemaakt tussen gebruikers en abonnees blijkt onder andere uit de aanstaande wijziging van de Telecommunicatiewet.³¹
58. Voor het begrip toestemming moet naar de mening van [B] worden gekeken naar de Wbp en de Gedragscode Online Gegevensverzameling (hierna: Code). Op 13 juli 2010 is door de Article 29 Data Protection Working Party (hierna: Artikel 29 werkgroep)³² een verklaring van goedkeuring gegeven voor de Code. Deze Code stelt eisen aan transparantie en het vragen van toestemming en het bevat een overzicht van best practices en bad practices.
59. In artikel 2.3.2 van de Code wordt ingegaan op de informatie die aan een betrokkene moet worden verstrekt wanneer zijn gegevens worden verzameld met als doel deze te verstrekken aan derden voor direct marketing via e-mail. Voordat de betrokkene toestemming geeft voor het gebruik van zijn gegevens, moet de betrokkene worden geïnformeerd over de ontvangers of groepen van ontvangers waaraan de gegevens zullen worden verstrekt en voor welk doel de gegevens zullen worden verstrekt.
60. Op pagina 12 van de Code staat een best practice weergegeven. Deze houdt in dat de betrokkene een vinkje/kruisje zet waarmee toestemming wordt gegeven voor het doorgeven van zijn gegevens aan bedrijven die binnen een bepaalde categorie vallen. Volgens [B] gaan de door Digital Magazines en Mail Garage gebruikte teksten verder dan de hierboven genoemde best practice door de ontvangers van de betreffende data met naam en toenaam te noemen. Volgens [B] staat daarmee vast dat Digital Magazines en Mail Garage volgens de Code en wet hebben gehandeld.

³¹ Voorstel van wet, kamerstuk 32549, nr. 2.

³² De Artikel 29 werkgroep is een samenwerkingsorgaan van alle Colleges bescherming persoonsgegevens in de Europese Unie.

Besluit Openbaar

61. De onderzoekers gaan volgens [B] voorbij aan de uitleg van toestemming in de artikelen 3:33 en 3:35 Burgerlijk Wetboek, het aanvinken van een vakje moet worden gezien als een op rechtsgevolg gerichte wil door een verklaring waarmee toestemming wordt verleend. Het volgt uit geen enkele wet dat er slechts aan één persoon tegelijkertijd toestemming kan worden verleend.
62. Ten aanzien van de afmeldlink wordt door [B] aangegeven dat deze in sommige gevallen niet naar behoren werkte.

7 Overwegingen ten aanzien van de bevoegdheid van het college

63. Ingevolge artikel 15.1, derde lid, Tw is het college belast met het toezicht op de naleving van artikel 11.7 Tw. Het college is derhalve bevoegd op grond van artikel 15.4, vierde lid, Tw, juncto artikel 15.10, eerste lid, onder b, Tw een boete van ten hoogste € 450.000 op te leggen in het geval van overtreding van de in artikel 15.1, derde lid, van de Tw bedoelde voorschriften, zoals de verplichtingen uit artikel 11.7 Tw.

8 Overwegingen

8.1 Overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw

64. Op grond van artikel 11.7, eerste lid, Tw is het gebruik van elektronische berichten voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële doeleinden aan abonnees uitsluitend toegestaan, mits de verzender kan aantonen dat de desbetreffende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend. In de onderstaande alinea's worden de in het onderzoeksrapport geconstateerde gedragingen achtereenvolgens aan elk van de onderdelen van artikel 11.7, eerste lid, Tw getoetst.

8.1.1 Ongevraagde elektronische berichten

65. E-mailberichten zijn elektronische berichten voor het overbrengen van communicatie, omdat e-mailberichten volgens artikel 11.1, aanhef en sub i, vallen onder de definitie van elektronisch bericht. De berichten werden verstuurd op initiatief van de verzender, niet op verzoek van de ontvanger en zijn daarom ongevraagd. Dit wordt overigens niet betwist door partijen.

8.1.2 Verzender

66. Artikel 11.7 eerste lid, Tw richt zich tot de verzender, die als overtreder van het spamverbod moet worden aangemerkt. Het college overweegt in dit verband dat volgens de wetgever het begrip "verzender" niet alleen degene die op de verzendknop drukt (de feitelijk verzender), maar ook "degene waarvan het bericht afkomstig is" (de materiële verzender) omvat.
67. In randnummers 23, 26 en 28 van dit besluit wordt vastgesteld dat Digital Magazines de feitelijk verzender is geweest van de e-mailberichten die voor Mail Garage, [M], [N] en verschillende adverteerders zijn verzonden.

Besluit Openbaar

68. Het college stelt daarnaast vast dat Mail Garage en Rivièra Vastgoed, gelet op hun nauwe betrokkenheid als (mede) opdrachtgever van Digital Magazines, zijn aan te merken als materieel verzender van (een gedeelte van) de e-mailberichten die uiteindelijk door Digital Magazines zijn verzonden. Daaruit concludeert het college dat Digital Magazines, Mail Garage en Rivièra Vastgoed allen aan te merken zijn als verzender in de zin van de Tw. Het college gaat in randnummer 123 nader in op de rol en verantwoordelijkheid van [B] ten aanzien van de verzonden e-mailberichten.

8.1.3 Commercieel doel

69. Ten aanzien van de inhoud van de e-mailberichten overweegt het college als volgt. Het betreft berichten die reclame bevatten voor bepaalde producten of diensten. Voorbeelden van zulke producten en diensten zijn aanbiedingen voor vakantie-reizen en een aanbieding van energieleverancier [F].³³ Daarmee staat vast dat deze elektronische berichten een commercieel doeleinde hebben. Het commerciële doel van de e-mailberichten wordt overigens niet door partijen betwist.

8.1.4 Abonnee

70. Een abonnee van een e-mailadres heeft een overeenkomst met een internetprovider die het gebruik van e-mailadressen (of webmailadressen zoals hotmail) aanbiedt, al dan niet in combinatie met een internettoegangsdienst. Bij ieder gebruik van een e-mailadres is op deze manier een abonnee betrokken, al hoeft de abonnee niet zelf de gebruiker van het e-mailadres te zijn. Van belang is dat door de verzender moet worden aangetoond dat toestemming is verkregen van de abonnee.

71. Zowel Rivièra Vastgoed als [B] heeft aangegeven dat zij enkel e-mailadressen van natuurlijke personen verzamelden en hun verzendingen ook alleen op natuurlijke personen richtten.³⁴ Het college constateert dat daarmee vaststaat dat de betreffende abonnees natuurlijke personen zijn, voor welke groep gedurende de gehele periode het spamverbod van artikel 11.7, eerste lid, Tw gold.³⁵

72. [B] constateert dat het onderzoeksrapport niet onderzocht heeft of de ontvangers abonnees zijn. Hij is van oordeel dat dit aangetoond moet worden omdat het spamverbod uitsluitend betrekking heeft op abonnees. Hij onderbouwt zijn zienswijze met de verwijzing naar een wetsvoorstel waarin artikel 11.7 Tw wordt aangepast.

³³ Deze voorbeelden van e-mails zijn o.a. vastgelegd in onderzoeksrapport 2, bijlage 38, pagina 86-88.

³⁴ Onderzoeksrapport 2, randnummer 59-60.

³⁵ Vóór 1 oktober 2009 was het toegestaan om aan rechtspersonen ongevraagde elektronische berichten te zenden zonder voorafgaande toestemming. Met ingang van die datum was dat niet meer toegestaan.

Besluit Openbaar

73. Het college kan deze zienswijze niet volgen. Zoals in randnummer 70 gezegd, is het ook mogelijk dat een ander persoon dan de abonnee het betreffende e-mailadres gebruikt.³⁶ Het voorstel tot wetswijziging waarnaar [B] verwijst, houdt rekening met het feit dat er abonnees kunnen zijn die geen gebruiker zijn en dat er gebruikers kunnen zijn die geen abonnee zijn. Het wetsvoorstel beoogt onder andere te voorzien in de mogelijkheid dat naast abonnees ook gebruikers toestemming kunnen geven of toestemming kunnen intrekken met betrekking tot het ontvangen van bepaalde elektronische berichten. Dit wetsvoorstel doet daarmee dus niets af van het feit dat bij een e-mailadres een abonnee betrokken is die toestemming moet hebben verleend voor het toezenden van ongevraagde e-mails.

8.1.5 Voorafgaande toestemming adressenbestanden Digital Magazines en Mail Garage

74. Zoals hiervoor beschreven,³⁷ verzamelden Digital Magazines en Mail Garage e-mailadressen voor hun eigen adressenbestand. Dit bestand gebruikten zij voor het verzenden van mailings. Daarnaast werden door Digital Magazines ook mailings verzonden naar adressenbestanden van derden, zoals [M], [N]. Omdat over de herkomst van de adressenbestanden van derden geen informatie beschikbaar is, gaat het college in deze paragraaf alleen in op de toestemming of het ontbreken daarvan voor het verzenden van mailings naar de adressenbestanden van Digital Magazines en Mail Garage. In paragraaf 8.1.6 gaat het college in op de toestemming voor het verzenden van mailings naar adressenbestanden van derden.

Aantonen van toestemming

75. De verzender moet kunnen aantonen dat de betreffende abonnee voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voorafgaand toestemming heeft verleend.³⁸
76. Het college concludeert dat met betrekking tot het adressenbestand van Digital Magazines noch Digital Magazines noch Rivièra Vastgoed noch [B] op verzoek van de onderzoekers kunnen aantonen dat de abonnees toestemming hebben gegeven voor het toezenden van commerciële e-mailberichten.
77. Ook ten aanzien van het adressenbestand van Mail Garage, concludeert het college dat noch Digital Magazines noch Mail Garage noch Rivièra Vastgoed noch [B] op verzoek van de onderzoekers kunnen aantonen dat de abonnees toestemming hebben gegeven voor het toezenden van commerciële e-mailberichten.³⁹

³⁶ Bijvoorbeeld een gezinssituatie, waarbij vader Hans een contract afsluit met een internet service provider voor het leveren van internettoegang, domeinnaam "achternaam.nl" en bijbehorende mailadressen. Hans gebruikt e-mailadres hans@achternaam.nl en zijn dochter Els gebruikt els@achternaam.nl. In dit voorbeeld is Hans zowel abonnee als gebruiker, en Els is gebruiker. Echter het mailadres van Els hoort bij het abonnement en bij abonnee Hans.

³⁷ Zie paragraaf 4.6.2 van het onderhavige besluit.

³⁸ Kamerstukken II 2002 / 03, 28 851, nr. 15; Handelingen II 2003 / 04, 28 851, p. 14-788.

³⁹ Onderzoeksrapport 2, randnummer 77. Zie ook randnummers 80, 98 van hetzelfde rapport.

Besluit Openbaar

78. Op basis van het bovenstaande oordeelt het college dat niet is voldaan aan artikel 11.7, eerste lid, Tw, omdat Digital Magazines, Mail Garage, Riviera Vastgoed, noch [B] toestemming hebben kunnen aantonen.
79. In hun zienswijze hebben [B]/Digital Magazines/Mail Garage zich op het standpunt gesteld dat zij wel degelijk over voorafgaande toestemming in de zin van artikel 11.7, eerste lid, Tw voor het toezenden van ongevraagde e-mailberichten beschikten. Hieronder gaat het college daarom ten overvloede in op de uitleg van het begrip toestemming en het standpunt van partijen dat zij voorafgaande toestemming hebben verkregen voor het versturen van ongevraagde e-mailberichten.

Wijze van verkrijgen toestemming

80. Artikel 11.1, aanhef en sub g, Tw verwijst voor de uitleg van het begrip toestemming uit de Tw naar het begrip toestemming zoals bedoeld in artikel 1, onder i, Wbp. Dit laatste artikel noemt drie (cumulatieve) criteria waaraan de toestemming moet voldoen, namelijk “vrij”, “op informatie berustend” en “specifiek”.⁴⁰

Vrij

81. Het college ziet geen aanleiding om in te gaan op het criterium van vrije wilsuiting.

Op informatie berustend

82. In paragraaf 4.6.2 worden verschillende methoden beschreven die werden gebruikt voor het verzamelen van e-mailadressen en het verkrijgen van toestemming voor het toezenden van ongevraagde berichten. Bij methode A valt uit de tekst “Ik ga akkoord met de algemene voorwaarden en het ontvangen van partnermailings van Digital Magazines”, voor de lezer niet te begrijpen waarvoor hij toestemming geeft; het begrip partnermailings van Digital Magazines bevat daar onvoldoende informatie over. In de praktijk kwam het er immers op neer dat Digital Magazines zich vrij achtte om abonnees, die hadden ingestemd met de hiervoor genoemde passage, te benaderen met advertenties van iedere willekeurige derde (adverteerder).
83. Ook de tekst van het eerste voorbeeld van methode B: “Ik ga akkoord met de voorwaarden en privacy statement en geef aan dat ik gebeld wil worden door de deelnemende partijen en de gratis e-mailnieuwsbrief wil ontvangen van adverteerder [H], adverteerder [I], Mail Garage, Digital Magazines en adverteerder [J].” geeft naar het oordeel van het college niet begrijpelijk weer dat er toestemming werd gegeven voor het toezenden van mailings zoals die naar de adressenbestanden van Digital Magazines en Mail Garage werden verstuurd. Het wordt de lezer namelijk niet duidelijk gemaakt welk soort mailings van de vijf genoemde bedrijven te verwachten zijn en namens wie die mailings verzonden zouden worden. Digital Magazines en Mail Garage boden immers zelf geen producten en diensten aan consumenten aan, maar verstuurden slechts commerciële e-mailberichten in opdracht van diverse adverteerders. De

⁴⁰ Zie randnummers B7 en B8 van Bijlage 1 bij dit besluit, bevattende het juridisch kader.

Besluit Openbaar

“e-mailnieuwsbrieven” bleken in de praktijk dan ook allerlei reclame-uitingen en aanbiedingen van verschillende adverteerders te bevatten.

84. Bij het tweede voorbeeld van methode B van het verzamelen van e-mailadressen werd gebruik gemaakt van de volgende tekst: “Wanneer u uw gegevens invult, gaat u akkoord met het privacy statement en voorwaarden en geeft u aan dat u per mail en telefoon benaderd wenst te worden door de deelnemende adverteerders voor commerciële aanbiedingen”. Het college concludeert dat ook in dit voorbeeld geen toestemming in de zin van de Wbp en hoofdstuk 11 van de Tw wordt verkregen. Verwijzing naar algemene voorwaarden is daarvoor immers onvoldoende, zoals expliciet in de memorie van toelichting op artikel 11.1, onder g, Tw aangegeven.
85. Bij methode C werden e-mailadressen verzameld via een gesponsorde vraag in een enquête. Uit het onderzoeksrapport⁴¹ blijkt dat Mail Garage van deze methode geen gebruik maakte. Digital Magazines deed dat slechts een enkele keer, waarbij de enige vraag die [B] heeft kunnen overleggen als volgt⁴² luidde “Gaat u wel eens op vakantie en zoja, wat voor vakantie?” Het college is van oordeel dat met het bevestigend beantwoorden van deze vraag geen toestemming wordt verleend om e-mailberichten toegestuurd te krijgen, omdat alle informatie over het toezenden van berichten en het verlenen van toestemming daarvoor ontbreekt. Zoals hiervoor is overwogen is een verwijzing naar de algemene voorwaarden of het privacy statement daarvoor eveneens onvoldoende.
86. In verscheidene klachten die het college via www.spamklacht.nl heeft binnengekregen wordt door abonnees aangegeven dat zij zich nooit voor de mailings van Digital Magazines dan wel Mail Garage hebben aangemeld.⁴³ Naar het oordeel van het college bevestigt dit dat de wijze waarop de e-mailadressen verkregen werden niet berusten op “informed consent”.
87. Op basis van het bovenstaande oordeelt het college dat er bij alle drie de beschreven methoden voor het verzamelen van e-mailadressen geen sprake is van een op informatie berustende wilsuiting. Op grond hiervan oordeelt het college dat er geen sprake is van toestemming in de zin van artikel 11.1, aanhef en sub g Tw, omdat aan één van de drie cumulatieve criteria voor toestemming niet is voldaan. Ondanks dit oordeel gaat het college hieronder ten overvloede ook nog in op het derde criterium voor toestemming, namelijk “specifiek”.

Specifiek

88. Het criterium “specifiek” heeft de wetgever zo uitgelegd⁴⁴ dat het voor de betrokkene duidelijk moet zijn welke verwerking, van welke gegevens, voor welk doel zal plaatsvinden en als het daarbij gaat om een verstrekking aan derden, ook aan welke derden verstrekking zal

⁴¹ Onderzoeksrapport 2, randnummer 88.

⁴² Onderzoeksrapport 2, bijlage 57: interview met [B] van 3 juni 2010, pagina 59.

⁴³ Zie de digitale bijlagen bij onderzoeksrapport 2, waar de (geanonimiseerde) klachtmeldingen vermeld zijn: bijvoorbeeld het bestand “Bijlage 4 - Spamklacht export DM.xlsx”.

⁴⁴ Zie memorie van toelichting, geciteerd in bijlage 1, randnummer B10 van het onderhavige besluit.

Besluit Openbaar

plaatsvinden. Hieronder worden achtereenvolgens de drie methoden waarop Digital Magazines en Mail Garage adressen verzamelden⁴⁵ beoordeeld op het criterium “specifiek”.

89. Bij methode A van e-mailadressen verzamelen werd de abonnee ondermeer gevraagd om in te stemmen met de volgende passage: “Ik ga akkoord met de algemene voorwaarden en het ontvangen van partnermailings van Digital Magazines”. Het college oordeelt dat met deze informatie niet duidelijk is voor welk doel de gegevens gebruikt worden, aangezien voor de betrokkene niet gespecificeerd wordt wat wordt verstaan onder partnermailings van Digital Magazines. In de praktijk kwam het er op neer dat Digital Magazines zich vrij achtte voor elke willekeurige derde commerciële e-mailberichten te versturen naar de abonnees in zijn adressenbestand. Dat onduidelijkheid bestond over de reikwijdte van de toestemming blijkt onder andere ook uit de klachten die zijn ontvangen.⁴⁶ Op deze wijze is dan ook geen toestemming verkregen die voldoet aan het criterium “specifiek”.
90. Bij methoden B en C (verzamelen van adressen via enquêtes, prijsvragen etc. van derden) werd de betrokkene gevraagd, via het aanvinken van een hokje, toestemming te geven aan meerdere bedrijven tegelijk.⁴⁷ Dit geldt voor alle genoemde voorbeelden van deze methoden. Uit de klachten en de verklaringen van [B] tijdens de hoorzitting en de interviews blijkt dat de betrokkene op deze manier toestemming gaf voor ongevraagde berichten van (in bepaalde gevallen) 35 bedrijven.⁴⁸ Digital Magazines en Mail Garage gebruikten de verzamelde e-mailadressen niet om berichten te verzenden voor hun eigen producten of diensten, maar gebruikte de e-mailadressen om commerciële berichten van derden te verzenden. Hiervoor is geen specifieke toestemming gegeven, een betrokkene kon niet weten of redelijkerwijs vermoeden dat partijen het verkregen e-mailadres op die wijze zouden gaan gebruiken. Het college oordeelt dat hieruit alleen al onomstreden blijkt de wijze van verkrijging van e-mailadressen middels methode B en C niet voldoet aan het criterium “specifiek”.
91. Op basis van het bovenstaande oordeelt het college dat bij de door Digital Magazines en Mail Garage gehanteerde methoden voor het verzamelen van e-mailadressen geen sprake is van “gerichte toestemming” in die zin dat het doel van de verwerking van de gegevens niet duidelijk is. Ook om deze reden oordeelt het college dat er geen sprake is van toestemming in de zin van artikel 11.1, aanhef en sub g, Tw, omdat niet is voldaan een van de drie cumulatieve criteria voor toestemming.

⁴⁵ Zie paragraaf 4.6.2 van dit besluit.

⁴⁶ Zie de digitale bijlagen bij onderzoeksrapport 2, waar de (geanonimiseerde) klachtmeldingen vermeld zijn: bijvoorbeeld het bestand “Bijlage 4 - Spamklacht export DM.xlsx”.

⁴⁷ Al dan niet via verwijzing naar algemene voorwaarden of het privacy statement.

⁴⁸ Zie voetnoot bij randnummer 42.

Besluit Openbaar

8.1.6 Voorafgaande toestemming adresbestanden van derden

92. Digital Magazines verstuurde niet alleen e-mailberichten naar e-mailadressen uit haar eigen adressenbestand, maar verstuurde ook via adresbestanden van derden, zoals [M], [N] en Mail Garage.⁴⁹
93. Noch Digital Magazines, noch Riviera Vastgoed, noch [B] hebben aan het college kunnen aantonen dat de abonnees uit de betreffende adresbestanden vooraf toestemming hebben verleend voor het toesturen van de e-mailberichten. [B] heeft in de hoorzitting⁵⁰ en de interviews toegelicht dat er werd gewerkt met verklaringen van andere partijen dat hun adressen opt-in waren en dat deze verklaringen niet contractueel werden vastgelegd.⁵¹ [B] stelt dat het partijen waren die toentertijd ter goede naam en faam bekend stonden of, bij onbekende partijen, dat er geen contra-indicaties waren waaruit bleek dat deze organisaties niet deugden.⁵² Naar het oordeel van [B] houdt zijn onderzoeksplicht daarmee op. Bovendien stelt [B] zich op het standpunt dat zodra er veel klachten van abonnees werden ontvangen over mailings naar een bepaald adressenbestand, zoals het geval was bij de mailing naar het adressenbestand van [M], er meteen werd opgetreden door het bestand van zo'n organisatie niet meer te gebruiken.
94. Het college is van oordeel dat op grond van een dergelijke verklaring van een derde partij niet is aangetoond dat de betreffende abonnees toestemming hebben verleend voor de ontvangst van ongevraagde e-mailberichten.
95. Het college komt tot de conclusie dat Digital Magazines ten aanzien van de e-mails die zijn verzonden naar e-mailadressen uit het adressenbestand van [N] en [M] heeft nagelaten om aan te tonen dat de abonnees in deze bestanden voorafgaande toestemming hadden verleend voor de ontvangst van dergelijke berichten.

8.1.7 Overige onderdelen van de zienswijze van Digital Magazines en Mail Garage t.a.v. toestemming

96. Ten aanzien van de verwijzing in de zienswijze naar het document "Opinion 4/2010, 13 July 2010, on the European code of conduct of FEA for the use of personal data in direct marketing" merkt het college het volgende op.
97. In dit document keurt de Artikel 29 werkgroep (de vergadering van Europese privacytoezichthouders) de gedragscode van de Federation of European Direct and Interactive Marketing (FEDMA) goed.

⁴⁹ Zie paragraaf 4.6.1 waar de werkwijze is toegelicht.

⁵⁰ Verslag hoorzitting [B]/Digital Magazines/Mail Garage van 1 maart 2011, pagina 23.

⁵¹ In bijlage 5 van hun zienswijze hebben [B]/Digital Magazines/Mail Garage een voorbeeld van zulke verklaringen van derden over hun adressenbestand gevoegd.

⁵² Verslag hoorzitting [B]/Digital Magazines/Mail Garage, pagina 23-24.

Besluit Openbaar

98. Los van de inhoud van de gedragscode constateert het college dat deze is goedgekeurd op 13 juli 2010, dus na de periode van overtreding. Het verwijt van partijen dat de onderzoekers deze code niet hebben meegewogen in hun rapport treft daarom geen doel.
99. [B] verwijst in de hoorzitting specifiek naar artikel 2.3.2 en best practice nummer 2A van de gedragscode.⁵³

“Where Personal Data are collected with the intention to be communicated to Third Parties for Direct Marketing via electronic mail, Controllers must ensure that Data Subjects are informed of:

- a) any recipients or categories of recipients of the data and the purposes for which the data will be disclosed prior to the Data Subject giving his/her consent;”

100. en

“This would be a good way of finding out whether a subscriber consented to you passing details to other companies:

We would like to pass your details to companies that offer travel-related goods or services who may be interested in telling you about travel insurance which will cover you on any holiday you book with us. Please tick the box if you agree to us doing this.

Here, the company can only pass on the details of subscribers who have taken some action (ticking in the box) to let the company know that they consent to the disclosure. Subscribers who choose not to tick in the box will not have their details disclosed.”

101. [B] stelt zich op het standpunt dat het college een andere uitleg aan het begrip toestemming geeft dan de bovenstaande uitleg, die door het College Bescherming Persoonsgegevens (verder: CBP), via de Artikel 29 werkgroep, is goedgekeurd. Verder stelt [B] dat bij het verkrijgen van de e-mailadressen voor de bestanden van Digital Magazines en Mail Garage aan artikel 2.3.2. van de gedragscode is voldaan.
102. Het college deelt bovenstaande zienswijze niet. Naar het oordeel van het college is er geen tegenspraak tussen artikel 2.3.2 en de uitleg van het begrip toestemming zoals het college die hanteert. Het gaat er in artikel 2.3.2 om dat de betrokkene geïnformeerd is (“Data Subjects are informed”), waarbij artikel 2.2.1 van diezelfde gedragscode toelicht dat toestemming voor de ontvangst van marketing berichten ongeldig kan zijn indien de betrokkene niet adequaat is geïnformeerd (“...consent to receive marketing messages may be invalid if the recipient was not adequately informed”). Zoals in randnummer 87 van dit besluit door het college is vastgesteld, voldeed de methode van verwerven van e-mailadressen door Digital Magazines en Mail Garage via derden onder meer niet aan het begrip “op informatie berustend” oftewel “informed consent”.

⁵³ Alleen de relevante passages van het artikel en de best practice zijn weergegeven.

Besluit Openbaar

103. Het college stelt verder vast dat het aangehaalde best practice voorbeeld van de gedragscode niet overeenkomt met de methodes waarop Digital Magazines en Mail Garage e-mailadressen verkregen via derden. Immers, in de best practice wordt een product of productgroep gespecificeerd, terwijl de adressenbestanden van Digital Magazines en Mail Garage (met de via derden verkregen e-mailadressen) gebruikt werden voor het verzenden van e-mails voor een ongespecificeerde groep producten en ten behoeve van een ongespecificeerde groep adverteerders. Het college kan daarom [B]/Digital Magazines/Mail Garage niet volgen in zijn zienswijze op dit punt.

8.1.8 Conclusie ten aanzien van overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw

104. Het college concludeert op grond van het bovenstaande dat artikel 11.7, eerste lid, Tw is overtreden, omdat noch [B], noch Rivièra Vastgoed, noch Mail Garage, noch Digital Magazines hebben kunnen aantonen dat zij toestemming hadden van de betreffende abonnees voor het toesturen van ongevraagde elektronische berichten voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden.

105. Het college concludeert tevens dat met de drie door Digital Magazines dan wel Mail Garage gebruikte methoden voor het verwerven van e-mailadressen geen toestemming in de zin van de Tw kon worden verkregen, omdat niet is voldaan aan twee van de drie cumulatieve criteria voor toestemming, te weten “op informatie berustend”, en “specifiek”.

106. Het college heeft bovenstaande toepassing van het begrip toestemming voorgelegd aan het CBP in het kader van het samenwerkingsprotocol⁵⁴ van beide toezichthouders. Het CBP stemt in met de voorgelegde toepassing van het begrip toestemming in dit besluit.

8.2 Overtreding van artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, Tw

107. Artikel 11.7, vierde lid,⁵⁵ aanhef en onder b, Tw bepaalt dat bij het gebruik van elektronische berichten voor de in het eerste lid genoemde doeleinden te allen tijde een geldig postadres of nummer dient te worden vermeld waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kan richten.

108. Uit de klachtinformatie die door het college is ontvangen via de website www.spamklacht.nl blijkt dat de e-mailberichten van Digital Magazines en Mail Garage weliswaar een afmeldmogelijkheid vermeldden, maar dat veel klagers zich ondanks herhaalde pogingen niet konden afmelden voor de mailings van Digital Magazines en Mail Garage.⁵⁶ Ook Digital Magazines en Mail Garage zelf

⁵⁴ Stcrt. 2005, 133, p. 27.

⁵⁵ Artikel 11.7 is per 1 juli 2009 gewijzigd. Bij deze wijziging is het derde lid vernummerd tot het vierde lid, maar materieel is de bepaling niet gewijzigd. Omdat periode van overtreding doorloopt tot april 2010, is ervoor gekozen om de nieuwe nummering aan te houden.

⁵⁶ Zie digitale bijlagen bij onderzoeksrapport 2, waar de (geanonimiseerde) klachtmeldingen vermeld zijn: bijvoorbeeld het bestand “Bijlage 4 - Spamklacht export DM.xlsx”.

Besluit Openbaar

hebben klachten ontvangen van abonnees die ondanks meerdere verzoeken tot afmelding nog steeds e-mailberichten van Digital Magazines en Mail Garage bleven ontvangen.⁵⁷

109. Deze klachten kunnen voor een gedeelte worden verklaard omdat de afmeldlink die in de berichten van Digital Magazines en Mail Garage werd opgenomen niet in alle gevallen (technisch) functioneerde.⁵⁸
110. Daarnaast ziet het college een duidelijk verband tussen de klachten en de werkwijze van Digital Magazines en Mail Garage. Digital Magazines en Mail Garage gebruikten voor het verzamelen van e-mailadressen vaak dezelfde methode. Zo kon het voorkomen dat een e-mailadres in zowel het adresbestand van Digital Magazines als dat van Mail Garage was opgenomen.⁵⁹ Daar [B] adverteerders de mogelijkheid bood om berichten te versturen naar beide bestanden, kon het voorkomen dat wanneer een abonnee zich afmeldde voor mailings bij Digital Magazines, Digital Magazines in opdracht van dezelfde adverteerder daarna dezelfde soort mailing naar hetzelfde e-mailadres verstuurdde via het bestand van Mail Garage.⁶⁰ [B] heeft bevestigd dat een afmelding die binnenkwam voor een mailing op het bestand van Digital Magazines, niet doorgegeven werd aan andere bestandseigenaren waarvan hij gebruik maakte.⁶¹
111. Naar het oordeel van het college ontstond hierdoor feitelijk de situatie waarin een abonnee aangaf bepaalde e-mailberichten niet meer te willen ontvangen en hij ondanks een afmelding nog steeds dezelfde e-mailberichten toegestuurd kreeg van dezelfde feitelijk verzender. Het college is van oordeel dat in deze situatie, die het gevolg is van de werkwijze van Digital Magazines en MailGarage, de geboden afmeldmogelijkheid praktisch niet functioneert.
112. Volgens de zienswijze van [B]/Digital Magazines/Mail Garage vallen de klachten op drie manieren te verklaren. Ten eerste maken abonnees soms gebruik van aliassen of van e-mailforwarding, waardoor ze bij afmelden een ander e-mailadres opgeven dan ze bij aanmelding hebben opgegeven. Op deze manier wordt hun e-mailadres niet verwijderd uit het betreffende adressenbestand. Ten tweede is het mogelijk dat het enige uren duurt voordat een afmelding verwerkt is in het adressenbestand, waardoor een reeds klaarstaande mailing wordt verstuurd naar een e-mailadres dat even daarvoor is afgemeld. Ten derde is het mogelijk dat abonnees die zich hebben afgemeld bij Digital Magazines of Mail Garage, zich vervolgens, zonder zich daar bewust van te zijn, door het invullen van een (online) enquête of prijsvraag

⁵⁷ Onderzoeksrapport 2, bijlage 47, waar een aantal van de klachten getoond worden die de onderzoekers in de systemen van Digital Magazines en MailGarage gevonden hebben.

⁵⁸ Onderzoeksrapport 2, bijlage 57, pagina 64: verklaring van [B].

⁵⁹ Onderzoeksrapport 2, bijlage 36c, waarin [B] de opdracht geeft om nieuw aangeleverde e-mailadressen op de te nemen in het adressenbestand van Digital Magazines en MailGarage.

⁶⁰ Zie bijvoorbeeld bijlage 35b, 36b en 37a, onderzoeksrapport 2, waarin [B] aangeeft te kunnen beschikken over de adresbestanden van Digital Magazines, MailGarage en [M] voor het doen van mailings.

⁶¹ Zie bijlage II, onderzoeksrapport 2, bladzijde 68, interview met [B] 3 juni 2010. Zie ook het verslag van de hoorzitting op 1 maart 2011, bladzijde 29-30.

Besluit Openbaar

opnieuw aanmelden. Deze abonnees klagen dan dat zij zich afgemeld hebben, wat ook het geval is, maar zij hebben zich nadien opnieuw aangemeld.⁶²

113. Het college overweegt ten aanzien van de zienswijze van [B] op dit punt dat de eerste twee punten niets afdoen aan het praktisch niet functioneren van de afmeldmogelijkheid, zoals hierboven door het college is omschreven. Ten aanzien van het tweede punt acht het college voorts nog van belang om op te merken dat het aan Digital Magazines en Mail Garage was om er voor te zorgen dat er geen mailing werd verzonden naar een e-mailadres waarvoor reeds een afmelding was ontvangen. Door mailings kort achter elkaar te versturen hebben Digital Magazines en Mail Garage bewust het risico genomen dat zij berichten zouden versturen aan e-mailadressen waarvoor reeds een afmelding was ontvangen. De derde verklaring is naar het oordeel van het college een illustratie het feit dat er bij de gebruikte methode van adressen verzamelen niet voldaan is aan het toestemmingscriterium “op informatie berustend”. Uit deze laatste verklaring blijkt immers dat het voor een abonnee niet duidelijk is dat hij door deelname aan een (online) enquête of prijsvraag toestemming geeft om wederom te worden opgenomen in de bestanden van Digital Magazines en Mail Garage.
114. Het college komt tot de conclusie dat bij de verzending van e-mailberichten door Digital Magazines en Mail Garage niet in alle gevallen sprake is geweest van een geldige, werkende, afmeldmogelijkheid en dat daarmee in strijd met artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, Tw is gehandeld.

8.3 Overtreder

115. Artikel 11.7, eerste en vierde lid Tw, richt zich tot de verzender, die als overtreder van het spamverbod moet worden aangemerkt. Het college overweegt in dit verband dat volgens de wetgever het begrip “verzender” niet alleen degene die op de verzendknop drukt (de feitelijk verzender), maar ook “degene waarvan het bericht afkomstig is” (de materiële verzender) omvat.
116. Evenals in het strafrecht is uitgangspunt dat de bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd aan degene die de overtreding pleegt. Dit kan zijn degene die door zijn fysieke handelingen de bestanddelen van het delict vervult. In het onderhavige geval de feitelijk verzender of de materiële verzender. Uit het IJzerdraadarrest (HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378), alsmede het Slavenburgarrest (HR 16 december 1986, NJ 1987, 321) volgt echter dat een strafbaar feit ook gepleegd kan worden door de zogenaamde functionele dader. Dat wil zeggen dat de fysieke handelingen die de overtreding opleveren in de machtssfeer van de functionele dader lagen en dat de functionele dader deze handelingen heeft aanvaard of in het algemeen placht te aanvaarden, waarbij van dit laatste reeds sprake is indien de functionele dader is tekortgeschoten in hetgeen redelijkerwijs van hem mocht worden verwacht om wederrechtelijke gedragingen te voorkomen. Deze jurisprudentie wordt ook in het bestuurs(straf)recht gevolgd.⁶³

⁶² Bijlage 57, onderzoeksrapport 2, pagina 66, interview met [B], 3 juni 2010.

⁶³ Rechtbank Rotterdam 15 juli 2002, LJV AE 8111.

Besluit Openbaar

117. De gedragingen van de Digital Magazines, Rivièra Vastgoed, Mail Garage en [B] zoals in dit besluit omschreven zijn aan te merken als herhaaldelijke, meervoudige overtredingen van artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw.

118. Hoewel in de onderzoeksrapporten ook [M] en [N] als overtreder worden aangemerkt, bevatten de rapporten te weinig gegevens om hun exacte rol bij het verzenden van de e-mailberichten, dan wel de omvang van de overtreding vast te stellen. Het college laat beide bedrijven in dit besluit verder buiten beschouwing.

119. Als overtreders van artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw worden in casu door het college aangemerkt:

- Digital Magazines
- Mail Garage
- Rivièra Vastgoed
- [B]

In het navolgende zal het college een en ander motiveren en nader ingaan op de verschillende rollen van de overtreders.

8.3.1 Digital Magazines

120. Op grond van de verklaringen van de medewerkers van Digital Magazines en [B], alsmede het digitale onderzoek ten aanzien van de servers die bij Digital Magazines zijn gekopieerd, stelt het college vast dat Digital Magazines kan worden aangemerkt als feitelijk verzender van de e-mailberichten naar adressen uit het bestand van Digital Magazines.⁶⁴ Verder stelt het college vast dat Digital Magazines ook als feitelijk verzender kan worden aangemerkt van de berichten die in opdracht van Mail Garage,⁶⁵ [M]⁶⁶ en [N]⁶⁷ zijn verzonden. De verzending van de berichten (in opdracht) van Mail Garage, [M] en [N] gebeurde weliswaar door Digital Magazines via de systemen van Mail Garage, [M] en [N], maar het was Digital Magazines die de daadwerkelijke verzending verzorgde en uitvoerde.⁶⁸ Deze gedragingen behoorden tot de normale bedrijfsvoering (core business) van Digital Magazines, haar hele bedrijfsvoering was immers gericht op het (voor derden) verzenden van e-mailberichten en elektronische nieuwsbrieven.⁶⁹

⁶⁴ Onderzoeksrapport 2, Bevindingen digitaal onderzoek.

⁶⁵ Onderzoeksrapport 2, bijlage 56, pagina 39: verklaring van [E] op 7 april 2010.

⁶⁶ Onderzoeksrapport 2, bijlage 57, pagina 85 en 86: verklaring [B] op 3 juni 2010.

⁶⁷ Onderzoeksrapport 2, bijlage 57, pagina 91: verklaring van [B] op 3 juni 2010.

⁶⁸ Zie ook randnummer 23 van het onderhavige besluit.

⁶⁹ Onderzoeksrapport 1, bijlage 1: bedrijfsomschrijving in het uittreksel van de Kamer van Koophandel.

Besluit Openbaar

8.3.2 Rivièra Vastgoed

121. Rivièra Vastgoed gaf Digital Magazines opdrachten tot het verzenden van verschillende mailings.⁷⁰ Daarnaast heeft Rivièra Vastgoed een (beleids)bepalende rol gespeeld in de (financiële) bedrijfsvoering van Digital Magazines. Rivièra Vastgoed behandelde alle financiële zaken voor Digital Magazines. Volgens verklaringen van een bestuurder van Rivièra Vastgoed kon Digital Magazines geen rekening betalen zonder zijn voorafgaande toestemming.⁷¹ Als (meerderheids) aandeelhouder en bestuurder van Digital Magazines had Rivièra Vastgoed voorts direct invloed op het gevoerde ondernemingsbeleid en genoot zij materieel voordeel bij de activiteiten van Digital Magazines. De verboden gedragingen die de overtreding(en) opleverde lagen binnen de machtssfeer van Rivièra Vastgoed. Als meerderheidsaandeelhouder en bestuurder, moet Rivièra Vastgoed immers geacht worden op de hoogte te zijn (geweest) van de activiteiten die zich binnen Digital Magazines afspeelden, alsmede in staat worden geacht de overtreding(en) te beëindigen. Niet is gebleken dat Rivièra Vastgoed maatregelen heeft genomen om de wederrechtelijke gedragingen te stoppen. Pas na ontvangst van het feitencomplex van het onderzoeksrapport, heeft Rivièra Vastgoed besloten de wederrechtelijke gedragingen te staken. Het college komt tot de conclusie dat Rivièra Vastgoed in de hoedanigheid van materieel verzender van de spamberichten kan worden aangemerkt als overtreder van het spamverbod, dan wel als functioneel dader aan wie overtreding van het spamverbod moet worden toegerekend.

8.3.3 Mail Garage

122. Het college stelt op basis van de geconstateerde feiten en gedragingen vast dat Mail Garage kan worden aangemerkt als (mede-)opdrachtgever voor de verzending van verschillende mailings door Digital Magazines. De mailings die namens Mail Garage werden verzonden, werden immers uit naam en in opdracht van Mail Garage verzonden door Digital Magazines op het adressenbestand van Mail Garage.⁷²

8.3.4 [B]

123. Uit de vastgestelde feiten en gedragingen, alsmede verklaringen van [B] zelf blijkt dat ten tijde van de overtredingen de dagelijkse leiding van Digital Magazines in zijn handen lag.⁷³ [B] zorgde voor het verkrijgen van opdrachten van adverteerders, voor de benodigde technische faciliteiten, verzamelde e-mailadressen en gaf opdracht om de verschillende mailings te verzenden.⁷⁴ De fysieke handelingen die de overtredingen opleverden werden door [B] voorbereid en onder zijn toezicht en leiding uitgevoerd. De gedragingen die de overtredingen opleverden lagen dan ook binnen de machtssfeer van [B]. Niet is gebleken dat [B] maatregelen heeft genomen om de wederrechtelijke gedragingen te stoppen. Gezien de rol die [B] speelde binnen de onderneming

⁷⁰ Onderzoeksrapport 1, bijlage 46.

⁷¹ Onderzoeksrapport 2, bijlage 58, pagina 123: verklaring van [C], gespreksverslag van 16 juni 2010.

⁷² Zie randnummer 23 van het onderhavige besluit.

⁷³ Zie bijlage 57, onderzoeksrapport 2, gespreksverslag van 03-06-2010, pagina 47.

⁷⁴ Zie bijlagen 43-46, 51b, 12 en 35 b en e bij het onderzoeksrapport.

Besluit Openbaar

Digital Magazines merkt het college [B] aan als functioneel dader ten aanzien van de overtredingen die hiervoor onder randnummer 120 zijn genoemd en aan wie de overtreding van het spamverbod moet worden toegerekend.

8.3.5 Conclusie ten aanzien van de overtreders

124. Het college komt tot de conclusie dat de rechtspersoon Digital Magazines in de hoedanigheid van feitelijk verzender als overtreder van het spamverbod ex artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw moet worden aangemerkt. Daarnaast komt het college tot de conclusie dat de rechtspersoon Rivièra Vastgoed voor haar (beleids)bepalende rol binnen Digital Magazines en als (mede) opdrachtgever van Digital Magazines in de hoedanigheid van materieel verzender, als overtreder van artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw moet worden aangemerkt dan wel als functioneel dader aan wie de overtreding van het spamverbod moet worden toegerekend. Mail Garage wordt als (mede) opdrachtgever in zijn hoedanigheid als materieel verzender van de mailings die door Digital Magazines zijn verzonden, aangemerkt als overtreder van artikel 11.7, eerste en vierde lid Tw. Tot slot komt het college tot de conclusie dat de natuurlijke persoon [B] voor zijn rol binnen Digital Magazines kan worden aangemerkt als overtreder van het spamverbod ten aanzien van de e-mailberichten die zijn verzonden door Digital Magazines dan wel als functioneel dader aan wie de overtreding van het spamverbod moet worden toegerekend.

9 Overwegingen ten aanzien van de boete

9.1 Boetebeleid OPTA

125. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt het college overeenkomstig het bepaalde in artikel 15.4, vijfde lid, Tw in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding alsmede met de verwijtbaarheid van de overtreder. Blijkens de parlementaire geschiedenis van de Telecommunicatiewet kunnen afhankelijk van het geval ook andere factoren een rol spelen, zoals mogelijke recidive, de bereidheid van de betrokken ondernemers om mee te werken aan het beëindigen van de overtreding, het behaalde voordeel, en dergelijke. Bij iedere boetebeschikking moet worden afgewogen hoe hoog de boete in dat concrete geval moet zijn.
126. De hoogte van de boete dient, behalve te worden afgestemd op de bijzondere omstandigheden van het geval (“maatwerk”), ook bij te dragen aan een doeltreffende toepassing van de Telecommunicatiewet. Als algemene maatstaf daarbij geldt dat de hoogte van de boete in ieder geval zodanig dient te zijn dat deze de overtreder(s) weerhoudt van nieuwe overtredingen (speciale preventie) en ook in algemene termen een afschrikkende werking heeft (generale preventie).
127. Het college heeft boetebeleidsregels vastgesteld, waarin naar zijn huidige inzichten invulling wordt gegeven aan zijn beleidsvrijheid ten aanzien van het vaststellen van de hoogte van boetes.

Besluit Openbaar

Op basis van het tijdstip van de eerste overtreding die meeweegt in de bepaling van de ernst van de overtreding, hanteert het college de boetebeleidsregels van 2005.⁷⁵

128. Voornoemde afstemming op de economische context en de bijzondere omstandigheden van het geval waarbinnen de overtreding heeft plaatsgevonden loopt overeenkomstig de Boetebeleidsregels langs de volgende lijn.
129. De ernst van de overtreding wordt bepaald door eerst de zwaarte van de overtreding in abstracto te bepalen en daarna deze te bezien in het licht van de omgevingsfactoren (de economische context alsmede de bijzondere omstandigheden van het geval). Het resultaat van deze afweging bepaalt de definitieve kwalificatie van de overtreding: zeer ernstig, ernstig of minder ernstig. Het hoeft dus niet per se zo te zijn dat een overtreding die aanvankelijk als zwaar wordt aangemerkt (geabstraheerd van omgevingsfactoren) uiteindelijk ook de kwalificatie ernstig krijgt. Afhankelijk van die omgevingsfactoren kan dat ook de naast hogere (zeer ernstig) of lagere (minder ernstig) kwalificatie zijn.
130. Aan elke kwalificatie is voorts een boetecategorie met een maximum boete verbonden. Binnen de bandbreedte per boetecategorie dient met inachtneming van de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder de hoogte van de boete te worden vastgesteld. Hierdoor kan de boete worden gedifferentieerd naar gelang de ernst van de overtreding. Ter bepaling van de uiteindelijke hoogte van de boete kunnen nog boeteverhogende en/of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking worden genomen. Het college stelt de boete vast conform de Boetebeleidsregels met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.
131. Het college stelt in het navolgende in paragraaf 9.2 de ernst van de overtreding vast. Vervolgens bepaalt het college in paragraaf 9.3 de duur van de overtredingen en in paragraaf 9.4 de verwijtbaarheid van de overtredders. In paragraaf 9.5 stelt het college op grond van het voorafgaande de hoogte van de boete vast. Tot slot overweegt het college in paragraaf 9.6 of er sprake is van boeteverlagende of -verhogende omstandigheden.

9.2 Ernst van de overtredingen

132. De ernst van de overtredingen wordt bepaald aan de hand van de zwaarte van de overtredingen en aan de hand van de economische context en de bijzondere omstandigheden van het geval.

9.2.1 Zwaarte van de overtredingen

133. Bij het bepalen van de zwaarte van de overtredingen⁷⁶ neemt het college de doelstellingen van de Telecommunicatiewet, te weten het bevorderen van concurrentie, de ontwikkeling van een interne markt en het bevorderen van de belangen van eindgebruikers, als uitgangspunt. Aan de hand van deze doelstellingen deelt het college in zijn Boetebeleidsregels de mogelijke overtredingen in

⁷⁵ Zie bijlage 1 bij het onderhavige besluit, randnummer B3.

⁷⁶ Boetebeleidsregels OPTA, paragraaf 3.

Besluit Openbaar

abstracto in drie types in: zeer zware, zware en minder zware overtredingen. Wat betreft de voornoemde overtredingen van het spamverbod overweegt het college het volgende.

134. Ongevraagde communicatie (spam) door middel van elektronische berichten ten behoeve van commerciële, ideële dan wel charitatieve doeleinden is een groot en nog immer groeiend internationaal maatschappelijk probleem. Dat blijkt onder meer uit het volgende:

- Door spam verliezen (eind)gebruikers hun vertrouwen in internet, e-mail en andere vormen van elektronische communicatie. Dit kan veel schade berokkenen voor de ontwikkeling van de markt.⁷⁷
- Spam is bovendien vaak gelieerd aan, of faciliterend voor, oneerlijke handelspraktijken of andere vormen van wederrechtelijk gedrag (zoals illegale adressen- of telefoonnummerhandel en fraude).

135. De hiervoor genoemde feitelijkheden zijn de belangrijkste redenen waarom het college spam (in ruime zin) schadelijk acht. Ten algemene geldt immers dat door overtreding van het spamverbod de werking van elektronische communicatiemarkten en hun imago onder eindgebruikers worden aangetast. Daarbij komt dat de belangen van eindgebruikers ook daadwerkelijk worden geschaad, maar in de regel niet in die (aanzienlijke) mate dat deze als zware of zeer zware overtredingen kunnen worden aangemerkt. Het college merkt daarom overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, Tw, als minder zware overtredingen aan.

9.2.2 Economische context en bijzondere omstandigheden van het geval

136. Bij het bepalen van de ernst van de overtredingen houdt het college, naast de hiervoor vastgestelde zwaarte van de overtredingen in abstracto, rekening met de economische context en de bijzondere omstandigheden waaronder de overtredingen hebben plaatsgevonden. Het college heeft in zijn "Handhavingsbeleid spam"⁷⁸ aangegeven dat hij de ernst van de overtreding mede bepaalt op basis van de volgende criteria:

- a. het aantal klachten;
- b. herhaalde overtreding (recidive);
- c. meerdere overtredingen;
- d. de bijzondere schadelijkheid volgens eindgebruikers;
- e. de veroorzaakte schade volgens internetaanbieders en/of hosting providers;
- f. het aantal verzonden berichten;
- g. de gebruikte methode of middelen dan wel de mate waarin gebruik is gemaakt van technieken (voor de verzending van ongevraagde elektronische berichten) die op zichzelf genomen een inbreuk op de privacy vormen of anderszins onrechtmatig zijn.

⁷⁷ Zie in dit verband ook: *Damages from internet security incidents: a framework and toolkit for assessing the economic costs of security breaches*, Michel van Eeten e.a., februari 2009.

⁷⁸ Staatscourant 2010 nr. 660, 19 januari 2010.

Besluit Openbaar

137. Bovengenoemde criteria zijn niet cumulatief. Om de ernst van de overtredingen in dit concrete geval te bepalen, zal het college hieronder ingaan op de in het onderhavige geval relevante criteria. Daarnaast neemt het college de opbrengsten als gevolg van de overtreding in beschouwing.

Aantal klachten

138. Het college heeft tussen januari 2007 en april 2010 via www.spamklacht.nl in totaal 775 klachten ontvangen naar aanleiding van de e-mailberichten die door Digital Magazines als feitelijk verzender zijn verzonden. Dit is naar oordeel van het college een zeer groot aantal klachten.

139. Van die 775 klachten hadden er 123 specifiek betrekking op e-mailberichten waarvan Mail Garage materieel verzender was. Dit is volgens het college aan te merken als een groot aantal klachten.

Meerdere en herhaalde overtredingen

140. Indien sprake is van overtreding van meerdere leden van artikel 11.7, Tw, dan is dit voor het college een verzwarende factor bij de bepaling van de ernst van de overtreding. Het college heeft vastgesteld dat er sprake is van herhaalde overtredingen van meerdere leden van artikel 11.7, Tw.

Bijzondere schadelijkheid volgens eindgebruikers

141. Op www.spamklacht.nl⁷⁹ zijn vele klachten te vinden en ook hebben consumenten klachten gemeld aan Digital Magazines. Het onderzoeksrapport toont enige voorbeelden van concrete klachten die in de mailbox van [B] teruggevonden zijn.⁸⁰ Het college overweegt dat de nadelen van de overtredingen die in dit geval zijn begaan voor abonnees moeilijk kwantitatief zijn uit te drukken. Wel is het college van oordeel dat uit deze klachten blijkt dat door de verzending van de ongevraagde e-mailberichten (immateriële) schade, overlast en hinder is veroorzaakt bij eindgebruikers. Daarnaast veroorzaakt het verzenden van spam in zijn algemeenheid materiële schade.

142. Ongevraagde communicatie (spam) door middel van elektronische berichten (waaronder vooral e-mail, maar ook SMS en MMS) ten behoeve van commerciële, ideële dan wel charitatieve doeleinden is een groot en nog immer groeiend internationaal maatschappelijk probleem. Dat blijkt onder meer uit het volgende:

- Wereldwijd wordt het aandeel van spam in het totale e-mailberichtenverkeer geschat op 70%. Dat betekent dat tot 70% van alle capaciteit voor het verkeer van e-mailberichten (servers, kabels, en dergelijke) moet worden ingezet voor spam. Dat dient als een enorm (technisch en financieel) verlies te worden aangemerkt.

⁷⁹ Onderzoeksrapport 2, digitale bestanden op de CD-ROM I, bijlage 4 t/m 8, exports van de website www.spamklacht.nl.

⁸⁰ Onderzoeksrapport 2, bijlagen 41a-d, 47 a-j en 50 a-d.

Besluit Openbaar

- Ter bestrijding van spam worden enorme kosten gemaakt voor de ontwikkeling en bouw van filters dan wel andere preventieve maatregelen. Dat is een onnodig grote kostenpost.
- Een belangrijk negatief neveneffect is dat door spam (eind)gebruikers hun vertrouwen in internet, e-mail en andere vormen van elektronische communicatie verliezen. Dit kan veel schade berokkenen voor de ontwikkeling van de markt.
- Het simpelweg weggelijken of verwijderen van spam kost bij elkaar opgeteld - wereldwijd - miljarden euro's.
- Spam is bovendien vaak gelieerd aan, of faciliterend voor, andere vormen van ongeoorloofde handelspraktijken (zoals illegale adressen- of telefoonnummerhandel en fraude).

143. Dat het versturen van ongevraagde elektronische berichten schadelijk is, blijkt ook uit wetenschappelijk onderzoek.⁸¹ De hiervoor genoemde feitelijkheden zijn de belangrijkste redenen waarom het college spam (in ruime zin) schadelijk acht. Ten algemene geldt immers dat door overtreding van het spamverbod de werking van elektronische communicatiemarkten en hun imago onder eindgebruikers worden aangetast. Daarbij komt dat de belangen van eindgebruikers ook daadwerkelijk worden geschaad.

Aantal verzonden berichten

144. Het college overweegt dat in het onderzoeksrapport wordt vastgesteld dat Digital Magazines van januari 2007 tot en met april 2010 345.600.197 e-mailberichten heeft verzonden via haar domeinen en systemen. Het college stelt vast dat minimaal 345 miljoen berichten zijn verzonden en dat een zeer groot aantal is.

145. Mail Garage wordt beschouwd als mede-opdrachtgever en dus als materieel verzender van 64.876.209 e-mailberichten in de periode van april 2009 tot en met april 2010. Deze berichten zijn feitelijk door Digital Magazines verzonden. Het aantal van 64 miljoen berichten wordt door het college beschouwd als een groot aantal.

Opbrengsten

146. Voorts overweegt het college dat de ernst van de overtreding mede wordt bepaald door het door overtreders behaalde voordeel bij de overtreding.

147. Het onderzoeksrapport vermeldt⁸² voor Digital Magazines een gerealiseerde omzet voor de jaren 2007, 2008 en 2009 van respectievelijk € [X], € [X] en € [X]. De bedrijfsvoering van Digital Magazines bestond, voor zover het college heeft kunnen vaststellen, volledig uit het versturen van ongevraagde commerciële e-mailberichten. De inkomsten van Digital Magazines vloeiden dan ook direct voort uit de overtreding.

⁸¹ "Damages from internet security incidents: a framework and toolkit for assessing the economic costs of security breaches," Michel van Eeten e.a., februari 2009.

⁸² Onderzoeksrapport 2, randnummer 197.

Besluit Openbaar

148. Het onderzoeksrapport vermeldt geen concrete omzetgegevens voor Mail Garage, maar [B] heeft verklaard dat de omzet in 2010 ongeveer € [X] à € [X] bedroeg, “Een beetje in de orde grootte van het niveau van Digital Magazines”.⁸³ Ook voor Mail Garage geldt dat de bedrijfsvoering, voor zover het college heeft kunnen vaststellen, volledig bestond uit het (laten) versturen van ongevraagde commerciële e-mailberichten. De inkomsten van Mail Garage vloeiden dan ook direct voort uit de overtreding.
149. Van Riviera Vastgoed zijn geen omzetcijfers bekend, maar Riviera Vastgoed was ten tijde van de overtreding voor 2/3 aandeelhouder van Digital Magazines en heeft dus heeft ook financieel gewin behaald uit het verzenden van spamberichten. Daarbij komt dat Riviera Vastgoed voor de mailings die werden verzonden ten behoeve producten van haar dochteronderneming [G] geen vergoeding aan Digital Magazines hoefde te betalen en op deze wijze ook indirect materieel voordeel heeft behaald. De omvang van het behaalde voordeel is niet bekend.
150. [B] ontving voor zijn activiteiten voor Digital Magazines in 2007 een managementfee van € [X] en in 2008 een managementfee van € [X].⁸⁴ Later is de managementfee opgehoogd naar € [X] per maand. [B] was ten tijde van de overtreding voor 1/3 deel aandeelhouder van Digital Magazines.
151. Het college stelt vast dat alle overtreders financieel voordeel hebben genoten door het begaan van de overtredingen.

9.2.3 Conclusie ten aanzien van de ernst van de overtredingen

152. Het bovenstaande in acht nemende, concludeert het college dat, gelet op de aard van de overtredingen en de bijzondere omstandigheden waarin deze hebben plaatsgevonden, het volgende. Voor alle overtredingen geldt dat, gezien het bijzonder grote aantal klachten, het zeer grote aantal verzonden berichten en gezien het feit dat er sprake is van meerdere overtredingen van meerdere leden van artikel 11.7 Tw, er sprake is van ernstige overtredingen. Daarbij hoort volgens de Boetebeleidsregels een boete van maximaal € 300.000 per overtreding.

9.3 Duur van de overtredingen

153. Het college stelt vast dat de overtredingen door Digital Magazines van januari 2007 tot en met april 2010 hebben geduurd. De totale duur van de overtredingen beslaat derhalve ruim drie jaar. In vergelijking met andere gevallen waarin het college ter zake van overtreding van artikel 11.7 Tw een boete heeft opgelegd, is de duur van de overtredingen lang.
154. Het college stelt vast dat de overtredingen door Mail Garage van april 2009 tot en met april 2010 hebben geduurd. De totale duur van de overtredingen beslaat derhalve circa een jaar. In vergelijking met andere gevallen waarin het college ter zake van overtreding van artikel 11.7 Tw een boete heeft opgelegd, is de duur van de overtredingen lang.

⁸³ Onderzoeksrapport 2, randnummer 199 en tevens bijlage 57, bladzijde 83.

⁸⁴ Randnummer 198 van onderzoeksrapport 2.

Besluit Openbaar

9.4 Verwijtbaarheid van de overtreders

155. Het spamverbod is sinds mei 2004 in de Telecommunicatiewet opgenomen. Voorafgaand aan de inwerkingtreding van het spamverbod zijn de gevolgen ervan voor onder meer (potentiële) overtreders uitgebreid voor het voetlicht gebracht. Zo is deze wetgeving belicht in brochures, in persberichten en dergelijke. Los daarvan zijn en worden door het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie,⁸⁵ Postbus 51⁸⁶ en ConsuWijzer⁸⁷ ook concrete vragen beantwoord. OPTA heeft de website www.spamklacht.nl ingesteld, waarop veel informatie over spam te vinden is.
156. Tevens geeft OPTA voorlichting op congressen, seminars en dergelijke. Kortom, een ieder heeft via zeer veel verschillende kanalen de gelegenheid om kennis te nemen van het regime en de nodige maatregelen te treffen om aan de wettelijke eisen te voldoen. Daarbij hoort onder andere ook dat het college boetebesluiten publiceert op de website van OPTA. Het college kan en mag er dan ook van uitgaan dat (toekomstige) overtreders overtredingen willens en wetens begaan.
157. Het college concludeert in randnummer 120 dat Digital Magazines de verzender is van de berichten aan de abonnees.
158. Rivièra Vastgoed is bestuurder en (meerderheids) aandeelhouder van Digital Magazines. Daarmee lag het in de macht van Rivièra Vastgoed om de handelingen, begaan door Digital Magazines, te voorkomen. Rivièra Vastgoed was bekend met of had redelijkerwijs op de hoogte moeten zijn van de wijze waarop de e-mailadressen door Digital Magazines werden verkregen en de wijze waarop om toestemming werd verzocht voor het toezenden van commerciële e-mailberichten.⁸⁸ Ook was Rivièra Vastgoed er van op de hoogte of had redelijkerwijs op de hoogte moeten zijn dat er door consumenten werd geklaagd over de e-mailberichten die door Digital Magazines werden verzonden.⁸⁹ Rivièra Vastgoed heeft desondanks nagelaten om nader onderzoek te doen naar de activiteiten van Digital Magazines of om in te grijpen. Het college overweegt dat, naar zijn oordeel, de overtredingen zowel aan Digital Magazines als aan Rivièra Vastgoed volledig kunnen worden verweten.
159. Ten aanzien van [B] geldt dat hij bekend was van de regelgeving op het gebied van e-mailmarketing. [B] was bekend met OPTA en de website www.spamklacht.nl,⁹⁰ waar onder meer informatie is te vinden over de vereiste toestemming die van een abonnee moet worden verkregen.⁹¹ [B] was ook op de hoogte van de klachten die over Digital Magazines en Mail

⁸⁵ Zie www.Rijksoverheid.nl/ministeries/eleni.nl.

⁸⁶ Zie www.postbus51.nl.

⁸⁷ Zie www.consuwijzer.nl.

⁸⁸ Onderzoeksrapport 1 na randnummer 151 en bijlage 58.

⁸⁹ Onderzoeksrapport 1 na randnummer 150 en bijlage 58.

⁹⁰ Onderzoeksrapport 2 na randnummer 214.

⁹¹ Op www.spamklacht.nl is de volgende tekst opgenomen: Voordat u berichten mag versturen, moet de ontvanger u 'uitdrukkelijk' en 'geïnformeerd' toestemming geven. 'Uitdrukkelijk' betekent bijvoorbeeld dat een ontvanger zelf een kruisje op

Besluit Openbaar

Garage werden ingediend.⁹² Daar komt bij dat [B] er ook door de organisatie Spamhaus⁹³ op is gewezen dat zijn e-mailberichten mogelijk als spamberichten kunnen worden gekwalificeerd. Ook [B] zelf geeft er blijk van dat hij er van op de hoogte is dat zijn handelswijze, in ieder geval ten aanzien van de berichten die door Digital Magazines zijn verzonden in opdracht van [M], in strijd is met de Nederlandse wetgeving.⁹⁴ Het college rekent [B] ten slotte in grote mate aan dat hij ook na het bedrijfsbezoek van OPTA is doorgegaan met het versturen van ongevraagde e-mailberichten, terwijl hij had kunnen nagaan dat hij daarmee de geldende regels overtrad.

160. Het college concludeert verder in randnummer 122 dat Mail Garage opdracht heeft gegeven voor de verzending van verschillende mailings door Digital Magazines. Daarmee staat vast dat de overtreding volledig aan Mail Garage kan worden verweten.

9.5 Vaststelling van de hoogte van de boete

161. Het college stelt vast dat er sprake is van een groot aantal overtredingen van meerdere leden van artikel 11.7 Tw, die als ernstig moeten worden aangemerkt. De overtredingen hebben voorts lang geduurd. Er is geen reden waarom de overtreders geen verwijt kan worden gemaakt van de overtredingen of waarom de overtredingen anderszins niet aan de overtreders kunnen worden toegerekend.

162. In beginsel zal het college in voorkomende gevallen voor iedere overtreding afzonderlijk een boete van maximaal € 450.000 per overtreding opleggen. Het college kan echter – indien er, zoals in casu, sprake is van meerdere overtredingen – in plaats van elke overtreding afzonderlijk te beboeten, een boete opleggen voor het geheel van deze overtredingen.⁹⁵ Met toepassing van dit uitgangspunt stelt het college de op te leggen boetes vast voor alle overtredingen van respectievelijk artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, vierde lid, Tw.

163. Het college heeft hiervoor reeds vastgesteld dat, gelet op de zwaarte van de overtredingen en de economische context, alsmede de bijzondere omstandigheden waaronder deze hebben plaatsgevonden, er sprake is van een ernstige overtreding van de Telecommunicatiewet. De boete bedraagt in dat geval maximaal € 300.000 per overtreding.

een (web)formulier moet zetten of 'ja' moet invullen. Een bepaling in de algemene voorwaarden is dus niet 'uitdrukkelijk'. Ook vage beschrijvingen als 'u geeft toestemming voor de ontvangst van e-mails van dit bedrijf en partners' zijn niet 'uitdrukkelijk'. Het moet duidelijk zijn waarvoor de ontvanger precies toestemming geeft. U moet altijd kunnen aantonen dat u voorafgaande toestemming van de ontvanger heeft verkregen. Bepaalt u zelf hoe u dit invult.

⁹² Onderzoeksrapport 2, bijlagen 41a-d, 47 a-j en 50 a-d.

⁹³ Spamhaus Project is an international nonprofit organization whose mission is to track the Internet's spam operations, to provide dependable realtime anti-spam protection for Internet networks, to work with Law Enforcement Agencies to identify and pursue spammers worldwide, and to lobby governments for effective anti-spam legislation.

⁹⁴ Onderzoeksrapport 2 na randnummer 215.

⁹⁵ Zie Boetebeleidsregels OPTA. In theorie kan de uiteindelijke hoogte van een dergelijke boete uitkomen op een veelvoud van het per overtreding geldende wettelijke maximum van € 450.000 (artikel 15.4, vierde lid, Tw).

Besluit Openbaar

9.5.1 Artikel 11.7, eerste lid, Tw

164. Naast de lange duur van de overtredingen, de grote omvang de overtreding en de conclusie dat overtreders de overtredingen volledig kunnen worden verweten, neemt het college bij de vaststelling van de hoogte van de boete ook mee dat er aanzienlijk financieel voordeel is behaald door partijen. Dit alles in overweging nemende acht het college het passend om Digital Magazines en Rivièra Vastgoed gezamenlijk de maximale boete binnen de bandbreedte, te weten € 300.000, op te leggen voor overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw waarvoor zij beide hoofdelijk aansprakelijk zijn.
165. Voorts overweegt het college dat de hoogte van de boete voor Mail Garage, gezien de minder lange duur van de overtredingen en de beperktere omvang van de overtreding lager dient te liggen dan de boete die het college voor dezelfde overtredingen oplegt aan Digital Magazines en Rivièra Vastgoed. Het college neemt daarom als uitgangspunt een boete die in het midden van de bandbreedte gelegen is. Daarnaast wenst het college rekening te houden met het feit dat het hier weliswaar een ernstige overtreding betreft maar dat deze overtreding is begaan door een natuurlijk persoon (eenmanszaak) en niet door een rechtspersoon met een afgescheiden vermogen. Daardoor komt het college tot een boete die laag in de bandbreedte ligt. Derhalve acht het college het in onderhavige geval passend om aan [A] handelend onder de naam van eenmanszaak Mail Garage een boete op te leggen van € 100.000 voor overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw.
166. In het geval van de overtreding die is begaan door [B] neemt het college in zijn overweging de lange duur van de overtreding, de grote omvang van de overtreding, de verwijtbaarheid en het financiële voordeel dat door [B] is behaald mee. Daarmee komt het college uit op de maximale boete die binnen de bandbreedte mogelijk is. Het college wenst rekening te houden met het feit dat het hier weliswaar een ernstige overtreding betreft maar dat [B] als natuurlijk persoon en niet als rechtspersoon met een afgescheiden vermogen een boete wordt opgelegd. Daarom acht het college het passend een boete van € 200.000 op te leggen voor de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw.

9.5.2 Artikel 11.7, vierde lid, Tw

167. Voor overtreding van artikel 11.7, vierde lid aanhef en onder b, Tw legt het college Digital Magazines en Rivièra Vastgoed gezamenlijk een boete op van € 30.000 waarvoor zij hoofdelijk aansprakelijk zijn. Daarbij neemt het college in acht dat de duur en de omvang van de overtreding niet exact is vast te stellen.
168. Het college overweegt ook ten aanzien van [A], handelend onder de naam van eenmanszaak Mail Garage, dat de omvang en de duur van de overtreding van artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, Tw niet exact is vast te stellen. Met inachtneming van het aantal verzonden berichten, acht het college een boete van € 10.000 passend. Hierbij heeft het college meegewogen dat er door Mail Garage in vergelijking met Digital Magazines minder berichten zijn verzonden en dat Mail Garage een eenmanszaak is en geen rechtspersoon.

Besluit Openbaar

169. Het college overweegt dat ook ten aanzien van [B] de omvang en de duur van de overtreding van artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, Tw niet exact is vast te stellen. Het college acht een boete van € 20.000 in dit geval passend, waarbij het college heeft laten meewegen dat [B] een natuurlijk persoon is.

9.6 Boeteverlagende of -verhogende omstandigheden

170. Volgens de boetebeleidsregels kan het college bij de vaststelling van de boete boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden betrekken. De toepasselijkheid van een boeteverhogende of -verlagende omstandigheid kan leiden tot overschrijding van de bandbreedte van de toepasselijke boetecategorie in geval onverkorte handhaving van de boetemaxima onvoldoende recht doet aan het gewicht van de betrokken omstandigheid.

171. Als boeteverlagende omstandigheden kunnen onder meer in aanmerking genomen worden een daadwerkelijk verdergaande medewerking aan het onderzoek dan waartoe de overtreder wettelijk was gehouden, het beëindigen van de overtreding voor of bij de eerste bekendwording van het onderzoek, en het uit eigen beweging schadeloos stellen van derden.

172. Het college is van oordeel dat geen van deze omstandigheden zich heeft voorgedaan en constateert ook geen andere boeteverlagende omstandigheid.

173. Ook is volgens het college geen sprake van boeteverhogende omstandigheden.

10 Besluit tot publicatie

174. Het college publiceert sinds 1999 openbare versies van zijn (handhaving)besluiten op zijn website www.opta.nl. In zijn Beleidsregels openbaarmaking OPTA (hierna: publicatiebeleid) heeft het college het algemene belang van artikel 8 Wet openbaarheid van bestuur (verder: Wob) dat ertoe noopt openbaarheid te betrachten, geconcretiseerd door te wijzen op het belang van transparantie, het gelijkheidsbeginsel en de preventieve werking.⁹⁶ Verder neemt het college in aanmerking dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bij uitspraak van 10 november 2010 heeft bepaald dat op basis van de Wob sanctiebesluiten als onderdeel van de toezichthoudende taak volledig, met inbegrip van de namen van de betrokkenen mogen worden gepubliceerd.⁹⁷ Ten aanzien van de vereiste belangenafweging bepaalt de Afdeling dat – voor de beoordeling of sprake is van een onevenredige benadeling van betrokkene(n) – het oordeel over de rechtmatigheid van het te publiceren besluit doorslaggevend is.

175. Op grond van het voorgaande zal het college overgaan tot publicatie van het onderhavige besluit, zonder vermelding van de namen van natuurlijke personen en bedrijfsvertrouwelijke gegevens. Met inachtneming van het hiervoor genoemde publicatiebeleid acht het college publicatie in dit concrete geval in het belang van consumenten om kennis te nemen van het feit dat ten aanzien Digital Magazines, Mail Garage en Rivièra Vastgoed is vastgesteld dat deze in strijd hebben

⁹⁶ Beleidsregels openbaarmaking OPTA van 1 april 2009, *Stcrt* 2009, nr. 63, tevens gepubliceerd op www.opta.nl.

⁹⁷ ABRvS 10 november 2010, <http://www.rechtspraak.nl/LJN:BO3468>.

Besluit Openbaar

gehandeld met het in artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, Tw bepaalde en dat aan hen een sanctie is opgelegd. Eindgebruikers worden zo gewaarschuwd voor dit soort overtredingen. Eindgebruikers die hierdoor al zijn getroffen of hierover zelfs al hebben geklaagd komen op deze manier te weten dat er effectief is gehandhaafd om hun belang te beschermen.

176. Daarnaast is het ook in het belang van marktpartijen om kennis te nemen van de ten aanzien van andere marktdeelnemers genomen (sanctie)besluiten. Handelspartners worden zo gewaarschuwd en concurrenten komen zo te weten dat er ter bescherming van hun belang is opgetreden. Ook gaat er een algemeen preventief effect van uit richting potentiële andere overtreders evenals een preventief effect richting de overtreder zelf, die hierdoor meer geprikkeld zal worden om herhaling in de toekomst te voorkomen. Deze belangen dienen naar het oordeel van het college zwaarder te wegen dan de belangen van Digital Magazines, Mail Garage en Rivièra Vastgoed. Van overige belangen of omstandigheden, op grond waarvan zou moeten worden afgezien van publicatie, is het college niet gebleken.

11 Dictum

177. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit:

- a) stelt vast dat de gedragingen van de rechtspersoon Digital Magazines B.V., de rechtspersoon Rivièra Vastgoed B.V., [A] handelend onder de naam van de eenmanszaak Mail Garage en [B], zoals beschreven in het onderhavige besluit, overtredingen vormen van artikel 11.7, eerste lid en artikel 11.7, vierde lid aanhef en onder b van de Telecommunicatiewet. De gedragingen die als overtreding kwalificeren bestaan eruit dat partijen, gedurende de periode van januari 2007 tot april 2010 (in het geval van Digital Magazines, Rivièra Vastgoed en [B]) en gedurende de periode van april 2009 tot april 2010 (in het geval van [A] handelend onder de naam van eenmanszaak Mail Garage):
 - ongevraagde elektronische berichten hebben verzonden met een commercieel doel zonder voorafgaande toestemming van de betreffende abonnee (overtreding 1), en
 - ongevraagde elektronische berichten hebben verzonden met een commercieel doel waarbij in de berichten geen geldig postadres of nummer was vermeld waaraan een ontvanger van het bericht een verzoek tot beëindiging van de communicatie kon richten, althans dat een verzoek tot beëindiging van de communicatie door een abonnee niet door Digital Magazines en Mail Garage op een zodanige wijze werd verwerkt dat dit ook leidde tot beëindiging van de communicatie (overtreding 2);
- b) legt wegens de onder (a) bedoelde overtredingen aan:
 - de rechtspersonen Digital Magazines B.V. en Rivièra Vastgoed B.V. gezamenlijk boetes op van € 300.000 (overtreding 1) en € 30.000 (overtreding 2) waarvoor zij hoofdelijk aansprakelijk zijn;

Besluit Openbaar

- de natuurlijke persoon [A] handelend onder de naam van de eenmanszaak Mail Garage boetes op van € 100.000 (overtreding 1) en € 10.000 (overtreding 2);
- de natuurlijke persoon [B] boetes op van € 200.000 (overtreding 1) en € 20.000 (overtreding 2).

178. Elk van bovengenoemde boetes dient overeenkomstig het bepaalde in artikel 15.13, eerste lid, van de Telecommunicatiewet binnen zes weken nadat de beschikking waarbij de boete is opgelegd in werking is getreden, in euro's te worden betaald. Na het verstrijken van bovengenoemde termijn worden de betreffende boete vermeerderd met de wettelijke rente overeenkomstig artikel 15.13, tweede lid, van de Telecommunicatiewet.

179. Het college zal dit boetebesluit publiceren op zijn website, waarbij hij de namen van de betrokken natuurlijke personen alsmede de bedrijfsvertrouwelijke gegevens zal anonimiseren.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,

w.g.

mr. C.A. Fonteijn, voorzitter

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt bezwaar maken bij het College van de OPTA. Het postadres is:

*Het College van de OPTA
Postbus 90420
2509 LK Den Haag*

Het bezwaarschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht bevatten. Voorts moet het bezwaarschrift de gronden van het bezwaar bevatten.

Het college wijst u op de mogelijkheid die de Algemene wet bestuursrecht de indiener van een bezwaarschrift biedt, om in dat geschrift het college te verzoeken de bezwaarschriftenfase over te slaan. Indien het college uw verzoek inwilligt, zal uw bezwaarschrift worden doorgezonden naar de rechtbank en daar als beroepschrift worden behandeld. De procedure kan daardoor worden verkort. Indien het college uw verzoek niet inwilligt, staat tegen deze beslissing geen beroep open en zal uw bezwaarschrift door het college worden behandeld.

Besluit Openbaar

Bijlage 1 Juridisch Kader

Deze bijlage bevat de relevante wetsartikelen uit de Telecommunicatiewet (Tw) en de Wet Bescherming Persoonsgegevens (Wbp) over de bevoegdheid van het college, over het spamverbod en over het begrip toestemming. Tevens zijn de voor dit besluit relevante passages weergegeven uit de Memories van Toelichting bij de Tw en de Wbp over toestemmingsvereisten.

Bevoegdheid college

- B1. Het college is op grond van artikel 15.1, derde lid, Tw belast met het toezicht op de naleving van artikel 11.7 van de Tw.
- B2. Artikel 15.4, vierde lid, Tw, bepaalt dat het college ingeval van overtreding van de bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, Tw, bedoelde voorschriften de overtreder een boete kan opleggen van ten hoogste € 450.000 per overtreding.
- B3. Het college heeft op 17 november 2004 de Boetebeleidsregels OPTA⁹⁸ (hierna: Boetebeleidsregels) vastgesteld. Met deze Boetebeleidsregels geeft het college invulling aan zijn bevoegdheid ten aanzien van het vaststellen van de hoogte van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Tw. Tevens verschaft het college in de Boetebeleidsregels inzicht in de factoren die hij meeweegt bij het bepalen van de hoogte van de boete. Het college heeft op 29 juli 2005⁹⁹, op 12 maart 2008¹⁰⁰ en 2 april 2010¹⁰¹ deze Boetebeleidsregels aangepast.

Spamverbod¹⁰²

- B4. Artikel 11.7, eerste lid, Tw bepaalt dat 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 uitsluitend is 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.
- B5. Artikel 11.7, vierde lid, Tw bepaalt dat bij het gebruik van elektronische berichten voor de in het eerste lid genoemde doeleinden te allen tijde de volgende gegevens dienen te worden vermeld:
- a. de werkelijke identiteit van degene namens wie de communicatie wordt overgebracht, en

⁹⁸ "Beleidsregels boetemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet" (Stcrt. 2004, nr. 234).

⁹⁹ "Aanpassing boetebeleidsregels OPTA en handhavingsbeleid spam" (Stcrt. 2005, nr. 145).

¹⁰⁰ "Boetebeleidsregels OPTA", Stcrt. nr. 50, 12 maart 2008.

¹⁰¹ "Boetebeleidsregels OPTA", Stcrt. nr. 5163, 2 april 2010.

¹⁰² Artikel 11.7 is per 1 juli 2009 gewijzigd. Bij deze wijziging is het derde lid vernummerd tot het vierde lid, maar materieel is de bepaling niet gewijzigd. Ook is er een verwijzing naar het nieuwe derde lid opgenomen in het eerste lid dat overigens materieel niet is gewijzigd. Omdat periode van overtreding doorloopt tot april 2010, is ervoor gekozen om de nieuwe nummering aan te houden.

Besluit Openbaar

b. een geldig postadres of nummer waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kan richten.

B6. Artikel 1.1, aanhef en sub p, Tw definieert het begrip abonnee als volgt:
abonnee: natuurlijke persoon of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten.

Toestemming

B7. Artikel 11.1, aanhef en sub g, Tw bepaalt dat onder toestemming wordt verstaan: toestemming van een gebruiker of abonnee: toestemming van een betrokkene als bedoeld in artikel 1, onder i, Wet bescherming persoonsgegevens, met dien verstande dat de toestemming mede betrekking kan hebben op gegevens van abonnees die geen natuurlijke personen zijn.

B8. Artikel 1, onder i, Wbp bepaalt dat onder toestemming moet worden verstaan: toestemming van de betrokkene: elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat hem betreffende persoonsgegevens worden verwerkt.

B9. Bij de totstandkoming van het spamverbod heeft de wetgever stilgestaan bij deze toestemmings-eisen. In de Memorie van Toelichting (verder: MvT) op artikel 11.1, onder g, Tw. herhaalt de wetgever de criteria uit artikel 1, onder i, Wbp:¹⁰³

“Toestemming van de betrokkene is in artikel 1, onder i, van de Wbp omschreven als: elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat hem betreffende persoonsgegevens worden verwerkt. Een toestemming als hier bedoeld dient derhalve aan een aantal criteria te voldoen. Allereerst moet er sprake zijn van een vrije wilsuiting. De artikelen 3:33 en 3:35 van het Burgerlijk Wetboek zijn hier van overeenkomstige toepassing. Ten tweede moet de wilsuiting betrekking hebben op een bepaalde gegevensverwerking of een beperkte categorie van gegevensverwerkingen. Een onbepaalde machtiging om persoonsgegevens te verwerken, niet gericht op bepaalde gegevens en op bepaalde vormen van verwerking, is niet toereikend. Duidelijk dient te zijn welke verwerking, van welke (soort) gegevens voor welke doeleinden zal plaatsvinden (gerichte toestemming). Tot slot moet de betrokkene zodanig zijn geïnformeerd dat hij begrijpt waarvoor hij toestemming geeft («informed consent»). Gelet op het voorgaande is een verwijzing naar bijvoorbeeld een bepaling in de algemene voorwaarden niet aan te merken als een toestemming in de zin van de Wbp (en van hoofdstuk 11 Tw).”

B10. Ook in de MvT op artikel 1, onder i, Wbp worden de begrippen “specifiek” en “op informatie berustend” toegelicht:

Specifiek:

“Als tweede voorwaarde geldt dat de wilsuiting van de betrokkene betrekking moet hebben op

¹⁰³ Kamerstukken II 2002/2003, 28 851, nr. 3, p. 152-153.

Besluit Openbaar

een bepaalde gegevensverwerking of een beperkte categorie van gegevensverwerkingen. Duidelijk moet zijn welke verwerking, van welke gegevens, voor welk doel zal plaatsvinden, en als het daarbij gaat om een verstrekking aan derden, ook aan welke derden. In aansluiting op artikel 12 WPR betekent dit dat een zeer brede en onbepaalde machtiging tot het verwerken van gegevens niet als zodanig kan worden aangemerkt. De ondertekening door de betrokkene van een formulier voldoet niet aan dit criterium, als in het formulier een algemeen geformuleerde machtiging voor de verantwoordelijke is opgenomen, om de persoonsgegevens van de betrokkene te verwerken zonder nadere specificatie van bijvoorbeeld de categorieën van derden aan wie de verantwoordelijke de gegevens voornemens is te verstrekken en de soorten van gegevens die aan deze personen zullen worden verstrekt. Zo is ook de zinsnede in een contract met een reisagentschap, waarin de betrokkene toestemming geeft voor de verstrekking van persoonsgegevens aan een willekeurige derde voor de toezending van reclame, onvoldoende specifiek. De betrokkene moet weten om welke gegevensverwerking het gaat en hiervoor gerichte toestemming geven. Er kan evenmin van een rechtsgeldige toestemming worden gesproken wanneer de betrokkene geconfronteerd wordt met een geheel andere gegevensverwerking dan waarvoor hij toestemming had verleend.”¹⁰⁴

Op informatie berustend:

“Als derde voorwaarde geldt het «informed consent»: de betrokkene kan slechts verantwoord zijn toestemming geven wanneer hij zo goed mogelijk is ingelicht. Dit houdt in dat indien de betrokkene onvoldoende geïnformeerd zijn toestemming verleent, de bepalingen van dit wetsvoorstel zijn overschreden. Het vragen van de toestemming van de betrokkene impliceert dat hij op de hoogte moet worden gesteld van de gang van zaken met betrekking tot de gegevensverwerking. Deze (informatie-)plicht berust in beginsel bij de verantwoordelijke c.q. bewerker. De betrokkene moet voldoende en begrijpelijk door de verantwoordelijke wordt geïnformeerd over de verschillende aspecten van de gegevensverwerking die voor hem van belang zijn. De informatieplicht van de verantwoordelijke wordt begrensd door de feiten die de betrokkene reeds kent of zou moeten kennen. De informatieplicht van de verantwoordelijke impliceert niet dat de betrokkene geen enkele verantwoordelijkheid draagt. De betrokkene heeft een zekere onderzoeksplicht voor hij een oordeel geeft. Bepalend voor de mate waarin de verantwoordelijke de betrokkene moet informeren dan wel de betrokkene zelf op onderzoek moet uitgaan is wat in het maatschappelijk verkeer redelijkerwijs mag worden verwacht. Dit zal moeten worden bepaald aan de hand van een weging van alle omstandigheden van het concrete geval. Factoren die bij weging een rol kunnen spelen zijn de betreffende soort gegevens, de verwerkingen die verantwoordelijke wil verrichten alsmede de context waarin deze verwerkingen zullen plaatsvinden, de eventuele derden aan wie de gegevens kunnen worden verstrekt enz., maar ook de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding tussen de verantwoordelijke en de betrokkene alsmede de wijze waarop zij met elkaar in contact zijn getreden.”¹⁰⁵

¹⁰⁴ Kamerstukken II 1997/1998, 25 892, nr. 3, p. 65.

¹⁰⁵ Kamerstukken II 1997/1998, 25 892, nr. 3, p. 66.