

Besluit OPENBAAR

Ons kenmerk: OPTA/ACNB/2012/202237_OV

Zaaknummer: 11.0242.37

Datum:

Besluit van het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit tot het opleggen van een boete ter zake van overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (spamverbod).

1 Samenvatting

1. In dit besluit stelt het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit vast dat Companeo S.A. artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet herhaaldelijk heeft overtreden door het sturen van ongevroegde commerciële e-mails in de periode van 3 december 2009 tot en met 23 maart 2011. Het college legt voor deze overtredingen een boete op van € 100.000.

2 Achtergrond en verloop van de procedure

2. De afgelopen jaren heeft het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) klachten over Companeo S.A. (hierna: Companeo) ontvangen via www.spamklacht.nl. De inhoud en het aantal van deze klachten is eind 2010 aanleiding voor het college geweest om een onderzoek te starten en in dat kader aanvullende informatie te vorderen van Companeo.¹ Op 17 maart 2011 heeft ten kantore van Companeo tussen toezichthoudend ambtenaren van het college en medewerkers van Companeo een gesprek plaatsgevonden.²
3. Het onderzoek heeft geresulteerd in een rapport in de zin van artikel 5:53 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: onderzoeksrapport) dat een toezichthoudend ambtenaar van het college (hierna: de rapporteur) op 7 november 2011 aan Companeo heeft gestuurd.³
4. Companeo heeft tijdens een hoorzitting op 6 december 2011 ten kantore van het college een mondelinge toelichting gegeven op haar zienswijze betreffende het onderzoeksrapport.⁴
5. In haar zienswijze heeft Companeo ondermeer aangegeven dat het rapport niet ingaat op de vraag of de ontvangers van de e-mailberichten die Companeo heeft verzonden zijn aan te merken als "abonnee" in de zin van artikel 11.7, eerste lid van de Telecommunicatiewet.

¹ Meerdere malen informatie gevorderd middels: brief van 17 maart 2011 met kenmerk OPTA/ACNB/2011/200679, e-mail van 30 maart 2011 met kenmerk OPTA/ACNB/2011/200801, brief van 20 april 2011 met kenmerk OPTA/ACNB/2011/200940 en e-mail van 08 juni 2011 met kenmerk OPTA/ACNB/2011/201350.

² Zie voor woordelijk verslag onderzoeksrapport, bijlage 2.

³ Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2011/202568. Brief ter kennisgeving verzonden aan Companeo in België (kenmerk OPTA/ACNB/2011/202569). Onderzoeksrapport is daarnaast tevens in kopie verzonden aan gemachtigde (brief met kenmerk OPTA/ACNB/2011/202598).

⁴ Voorafgaand aan de mondelinge toelichting heeft de gemachtigde van Companeo per brief (met uw kenmerk: 0081783-0000003 AMCP:493478.1) een tweetal schriftelijke bijlagen toegestuurd ter onderbouwing van het mondelinge betoog.

Besluit OPENBAAR

6. Naar aanleiding hiervan heeft het college bij brief van 27 januari 2012⁵ gereageerd. In de onderzoeksfase is geen onderzoek verricht naar de vraag of de ontvangers van de e-mailberichten kunnen worden beschouwd als abonnees in de zin van artikel 11.7, eerste lid van de Tw. Derhalve heeft het college besloten dat nader onderzoek noodzakelijk is. De rapporteurs hebben dit aanvullende onderzoek verricht.
7. Op 14 juni 2012 heeft het college Companeo het onderzoeksrapport met enkele aanvullingen doen toekomen.
8. Op 26 juni 2012⁶ heeft het college Companeo bericht dat er een nieuwe onafhankelijke commissie is ingesteld.
9. Voorts is Companeo in de gelegenheid gesteld haar zienswijze op de aanvullingen in het onderzoeksrapport naar voren te brengen.
10. Bij brief van 17 juli heeft Companeo haar reactie op de nadere onderzoeksresultaten gegeven.

3 Het onderzoeksrapport

11. Aanleiding voor het onderhavige besluit vormt de overtreding zoals door de rapporteur is vastgesteld in het onderzoeksrapport van 7 november 2011. In dit onderzoeksrapport constateert de rapporteur dat Companeo in de periode van 3 december 2009 tot en met 23 maart 2011 ongevraagde commerciële e-mailberichten heeft verstuurd, zonder dat zij hiervoor voorafgaande toestemming van de betreffende abonnees had verkregen.
12. De rapporteur concludeert dat Companeo hiermee het spamverbod, neergelegd in artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) heeft overtreden. Dit is vastgesteld op basis van informatie die door Companeo aan het college is verstrekt.

4 Feiten

4.1 Companeo

13. Companeo is een rechtspersoon naar Belgisch recht⁷ met (onder andere) een vestiging in Amsterdam. Companeo is op 1 september 2006 opgericht. Een van de diensten die Companeo biedt, is als tussenpersoon offertes van de bij haar aangesloten leveranciers van niet-strategische bedrijfsproducten (hierna: leveranciers) per productgroep onder de aandacht brengen bij ondernemers uit het MKB-segment (hierna: gebruikers). Deze gebruikers kunnen de door Companeo geselecteerde offertes vervolgens met elkaar vergelijken en de best passende

⁵ Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2012/200198

⁶ Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2012/201762

⁷ Zie onderzoeksrapport, bijlage 7.

Besluit OPENBAAR

offerte kiezen. Companeo brengt dus aan de ene kant potentiële klanten aan voor de bij haar aangesloten leveranciers. Aan de andere kant helpt en adviseert zij haar gebruikers bij de aankoop van nieuwe bedrijfsproducten door deze desverzocht van verschillende 'offertes op maat' van haar leveranciers te voorzien, zodat de uitgebrachte offertes vervolgens kunnen worden vergeleken.

14. Voor het aanbrengen van de in het vorige randnummer genoemde gebruikers, betalen de daarin eveneens genoemde leveranciers een vergoeding aan Companeo voor de geleverde offertebemiddelingsdienst (hierna ook: dienst).⁸
15. Companeo biedt haar dienst aan via haar website, www.companeo.nl. Hier kunnen de gebruikers per productgroep waarvoor interesse bestaat offertes op maat aanvragen van verschillende leveranciers om deze te kunnen vergelijken.⁹

4.2 Werkwijze

16. Om voornoemde dienst onder de aandacht te brengen bedrijft Companeo onder meer e-mailmarketing. Hiertoe verzendt Companeo zogenoemde 'nieuwsbrieven' met commerciële doeleinden. Deze worden beschreven in paragraaf 4.2.1.
17. Daarnaast stuurt Companeo e-mailberichten met commerciële doeleinden om specifieke producten en diensten van derden onder de aandacht te brengen, de zogenaamde 'partnermailings'. Deze worden besproken in paragraaf 4.2.2.
18. Een belangrijk aspect van de e-mailverzendingen van Companeo is de manier waarop zij de e-mailadressen van de geadresseerden van haar e-mailberichten verwierf en hoe zij deze bestanden vervolgens inzette. Dit onderdeel van de werkwijze wordt per adressenbestand beschreven in paragraaf 4.2.3, 4.2.4 en 4.2.5.

4.2.1 De Companeo Nieuwsbrief

19. Om haar eigen dienst onder de aandacht te brengen van (potentiële) gebruikers stuurde Companeo nieuwsbrieven.¹⁰ Kenmerkend voor deze berichten is dat deze worden verzonden uit naam van Companeo en uitsluitend adverteren voor een door Companeo aangeboden dienst – die bestaat uit offertebemiddeling – en niet voor producten of diensten van specifieke derden.¹¹
20. In deze berichten wordt de ontvanger opgeroepen om via een link een aantal vragen te beantwoorden teneinde direct offertes voor een specifiek product of specifieke dienst van verschillende bij Companeo aangesloten leveranciers te ontvangen en vergelijken. Een voorbeeld van een dergelijke nieuwsbrief is hieronder opgenomen:

⁸ Zie onderzoeksrapport, randnummer 30.

⁹ In Bijlage A van de cd-rom bij het onderzoeksrapport wordt dit proces doorlopen.

¹⁰ Deze categorie van berichten wordt in het onderzoeksrapport aangeduid als categorie A.

¹¹ Zie onderzoeksrapport, randnummer 36.

Besluit OPENBAAR

Volg deze koppeling indien u deze mail niet kan lezen.

COMPANEO De juiste leverancier vinden, *verzonden alles!* 020 60 60520

Al 1.500.000 behandelde offerte aanvragen en 4.000 leveranciers

Telefooncentrales

Ontvang **VRIJBLIJVEND** tot 3 offertes!

Beste ondernemer,
Dankzij een professionele telefooncentrale beschikt u over alle nieuwe functies en accessoires in telecommunicatie:

- In wacht zetten
- Intern of extern doorsturen
- Automatisch omleiden
- E-mail notification
- IP toestellen
- Draadloos DECT
- Bluetooth headsets
- Parlofoon
- Etc.

Vul de korte vragenlijst in en ontvang **GRATIS** en geheel vrijblijvend tot 3 vergelijkende offertes.



[Offerte aanvragen ontvangen via Companeo?](#) [Op zoek naar andere offertes voor uw onderneming?](#)

Companeo Nederland, Kabelweg 37, 1014 BA Amsterdam, T 020 - 60 60 520, F 020 - 60 60 511, KVK 34255967
Companeo verstuurt e-mailing naar het MBK en respecteert de B2B e-mailvoorschriften.
Onze database is aangemeld bij het College Bescherming Persoonsgegevens.
Wanneer u deze nieuwsbrief niet meer wenst te ontvangen, volg dan [deze koppeling](#).

21. Companeo heeft vanaf 3 december 2009 tot en met 23 maart 2011 een totaal van 10.719.820 nieuwsbrieven verzonden.¹²

4.2.2 Companeo Partnermailings

22. Naast de nieuwsbrieven stuurde Companeo berichten met commerciële doeleinden ten behoeve van derden, de 'Companeo partnermailings'.¹³ Kenmerkend voor deze berichten is dat zij verzonden worden uit naam van 'Vraaguwofferte.com', een (handels)naam waaronder Companeo deelneemt aan het (elektronisch) handelsverkeer.¹⁴ De naam Companeo zelf wordt niet genoemd.

23. In deze berichten wordt niet de dienst van Companeo (offertebemiddelingsdienst) aangeprezen, maar wordt geadverteerd voor specifieke producten of diensten van een specifieke leverancier (zakelijke partner van Companeo). Een voorbeeld van een partnermailing is hieronder opgenomen:

¹² Zie onderzoeksrapport, randnummer 41.

¹³ Deze categorie van berichten wordt in het onderzoeksrapport aangeduid als categorie B.

¹⁴ Zie onderzoeksrapport, bijlage 12, randnummer 1.26.

Besluit OPENBAAR

[Indien u dit bericht niet of slecht kunt lezen, volg deze koppeling.](#)



ZOMERACTIE

3 MAANDEN GRATIS

Een periode van mooi weer met warme dagen staat u hopelijk te wachten. Bestel nu een waterkoeler en zorg voor de nodige verkoeling voor deze warme dagen. **Profiteer direct van de zomeractie!** ▶

- ▶ Altijd de beschikking over gekoeld water
- ▶ Gastvrij voor personeel en klant
- ▶ Bespaar op kosten van koffie & thee
- ▶ Gezond alternatief voor koffie

Klik hier en profiteer nu ▶

Indien u geen offers meer wenst te krijgen van Vraagwofferte.com, [volg deze koppeling.](#)

24. Companeo heeft in de periode 3 december 2009 tot en met 23 maart 2011 een totaal van 4.020.702 partnermailings verzonden.¹⁵

4.2.3 Het User-bestand

25. De e-mailberichten zoals omschreven in paragraaf 4.2.1 en 4.2.2 werden verzonden naar diverse e-mailadressenbestanden. Een van deze bestanden is het user-bestand, dat eerst besproken zal worden.

26. Zoals eerder beschreven konden gebruikers via de website van Companeo offertes op maat aanvragen. Hiertoe diende de gebruiker een aantal vragen en invulvelden te doorlopen waarin deze zijn offertewensen specificerde. Op het betreffende scherm staat bovenaan de tekst 'rond uw aanvraag af door de onderstaande gegevens aan te vullen zodat u snel gratis offertes op maat ontvangt'. Hier diende de gebruiker vervolgens zijn contactgegevens, waaronder e-mailadres, in te vullen teneinde de gevraagde offertes te ontvangen. Onder deze invulvelden stonden twee lege hokjes die aangevinkt konden worden. Het beschreven scherm is hieronder weergegeven:

¹⁵ Zie onderzoeksrapport, randnummer 41.

Besluit OPENBAAR

COMPANEO De juiste leveranciers vinden, **verandert alles!**
Al 3.000.000 behandelde offerte aanvragen en 5.000 leveranciers

020-60 60 520

U bent bijna klaar! Rond uw aanvraag af door de onderstaande gegevens aan te vullen zodat u snel gratis offertes op maat ontvangt!

Aanhef - Dhr Mej Mw

Voornaam -

Achternaam -

Telefoon -

U bent -

E-mail - ok

Adres -

Postcode - ok

Woonplaats -

Land - ok

Uw bericht voor de leveranciers Ja Nee

Onmiddellijk teruggebeld worden
[Klik hier](#) 

VERZEND NU UW OFFERTEAANVRAAG

Ik ontvang graag aanbiedingen van Companeo partners.
 Schrijf u nu in op de Companeo nieuwsbrief

Algemene voorwaarden en privacy
Companeo is lid van de DDMA, en houdt zich aan de gedragscodes, richtlijnen en instrumenten die door Stichting Infiltrer en Stichting Reclame Code worden beheerd en bewaakt. Bescherming van de persoonlijke levenssfeer

Over Companeo - Wettelijke informatie - **Word Erkend Companeo Leverancier!** - © companeo - 2000-2011 

27. Via voornoemd aanmeldscherm heeft Companeo een totaal van 82.755 e-mailadressen verworven.¹⁶ Dit zijn dus e-mailadressen die toebehoren aan gebruikers die via de website van Companeo een offerte voor diensten of producten van door Companeo geselecteerde leveranciers hebben aangevraagd.
28. Companeo voegde alle op voornoemde wijze verworven e-mailadressen toe aan de verzendlijst voor haar nieuwsbrief, ongeacht of ergens een vinkje was gezet.¹⁷ Naar deze e-mailadressen van users zijn door Companeo minstens 2.168.085 nieuwsbrieven en minstens 1.164.936 partnermailings verzonden.¹⁸
29. Zoals hiervoor besproken, heeft Companeo door offerteaanvragen via haar website een bestand van 82.755 e-mailadressen verworven. Hiervan hebben 39.254 gebruikers wel een vinkje gezet. De overige gebruikers hebben dus géén vinkje gezet.¹⁹ Waarvoor gebruikers een vinkje hebben gezet, wordt hieronder verder uitgelegd.

¹⁶ Zie onderzoeksrapport, randnummer 73.

¹⁷ Zie onderzoeksrapport, randnummer 93. Zie tevens woordelijk verslag hoorzitting, p. 13.

¹⁸ Zie onderzoeksrapport, randnummer 41.

¹⁹ Zie onderzoeksrapport, randnummer 73.

Besluit OPENBAAR

4.2.3.1 *Optin-users*

30. Companeo bood haar gebruikers de mogelijkheid zich bij het aanmeldschem in te schrijven voor de Companeo nieuwsbrief, die beschreven wordt in paragraaf 4.2.1. Dit deed Companeo via het onderste vinkje op het in randnummer 26 besproken aanmeldschem. Dit vinkje stond voor de tekst: *'Schrijf u nu in op de Companeo Nieuwsbrief'*. Companeo heeft op deze wijze een totaal van 39.254 e-mailadressen verworven²⁰ die hiermee volgens Companeo toestemming hebben gegeven voor het ontvangen van de Companeo nieuwsbrief. Zoals eerder opgemerkt, heeft Companeo desondanks bij de verzending van de nieuwsbrief geen onderscheid gemaakt tussen de 39.254 gebruikers die de nieuwsbrief aangevinkt hadden en de 43.501 gebruikers die de nieuwsbrief niet aangevinkt hadden. Beide groepen gebruikers kregen zonder onderscheid de nieuwsbrief toegestuurd.

4.2.3.2 *News partner-users*

31. Companeo bood haar gebruikers tevens de mogelijkheid zich bij het aanmeldschem in te schrijven voor de partnermailings van Companeo, die beschreven worden in paragraaf 4.2.2. Deze mogelijkheid werd geboden via het bovenste vinkje op het in randnummer 26 besproken aanmeldschem. Dit vinkje stond voor de tekst: *'Ik ontvang graag aanbiedingen van Companeo partners'*. Companeo heeft op deze wijze een totaal van 27.809 e-mailadressen geworven²¹ waarbij mogelijk toestemming is gegeven voor het ontvangen van de partnermailings.

4.2.4 **Het Prospects-bestand**

32. Het tweede type adressenbestand dat Companeo gebruikte, was een bij verschillende 'listbrokers'²² in 2006 aangekocht adressenbestand.²³ Na januari 2011 is dit bestand volgens Companeo niet meer gebruikt.²⁴ De van derden gekochte e-mailadressen in dit bestand hebben gelet op de wijze waarop ze zijn verkregen geen enkele relatie met Companeo.²⁵ De e-mailadressen in dit bestand worden in het onderzoeksrapport 'prospects' genoemd. Naar deze prospects zijn minstens 5.721.352 Companeo nieuwsbrieven en 1.190.494 partnermailings verzonden.²⁶

4.2.5 **Het gemengde bestand**

33. Companeo stuurde ook nieuwsbrieven en partnermailings naar een gemengd adressenbestand, waarin zowel prospects als users waren opgenomen. Companeo heeft in totaal 2.830.383 nieuwsbrieven en 1.665.272 partnermailings verzonden aan dit gemengde bestand.²⁷ Op basis van de beschikbare gegevens in het onderzoeksrapport is het niet mogelijk een onderscheid te maken tussen de users en de prospects in het gemengde bestand.

²⁰ Zie onderzoeksrapport, randnummer 73.

²¹ Zie onderzoeksrapport, randnummer 82.

²² (Email)Adresmakelaar. Een bedrijf dat gespecialiseerd is in het verzamelen van adressen van potentiële klanten. De listbrokers die e-mailadressen aan Companeo hebben geleverd zijn (blijkens onderzoeksrapport, randnummer 102) Schober B.V., Cendris B.V., Ad Hoc Data B.V. en Emailreference S.I.

²³ Zie onderzoeksrapport, randnummer 89.

²⁴ Zie onderzoeksrapport, bijlage 12, randnummer 1.11 (onderdeel iii).

²⁵ Zie onderzoeksrapport, randnummer 40.

²⁶ Zie onderzoeksrapport, randnummer 41.

²⁷ Zie onderzoeksrapport, randnummer 41.

Besluit OPENBAAR

4.2.6 Verzonden berichten

34. Samenvattend heeft Companeo gedurende de onderzoeksperiode de volgende e-mailberichten verzonden:

	Nieuwsbrieven	Partnermails
User-bestand	2.168.085	1.164.936
Prospects-bestand	5.721.352	1.190.494
Gemengd bestand	2.830.383	1.665.272
Totaal	10.719.820	4.020.702

4.3 Klachten

35. In de periode tussen 1 oktober 2009 en 14 januari 2011 zijn er via www.spamklacht.nl in totaal 680 klachten ingediend bij het college over commerciële e-mailberichten die zijn verzonden door Companeo.²⁸ De klachten hadden betrekking op het ongevraagd ontvangen van de berichten zonder dat daarvoor toestemming was verleend door de ontvangers.

5 Zienswijze Companeo

36. Naar aanleiding van het onderzoeksrapport heeft Companeo tijdens een hoorzitting het volgende naar voren gebracht.
37. Companeo is van oordeel dat in het onderzoeksrapport een onjuiste weergave van de taakverdeling tussen de vestigingen van Companeo in Amsterdam en Brussel is opgenomen. Als er al sprake is van een overtreding van het spamverbod, dan is die overtreding niet begaan door Companeo Amsterdam.
38. Volgens Companeo gaat het rapport niet in op de vraag of de ontvangers van de e-mailberichten die Companeo heeft verzonden zijn aan te merken als 'abonnee' in de zin van de Telecommunicatiewet.
39. Naar het oordeel van Companeo is de uitleg die de rapporteur geeft aan het begrip 'klantrelatie' in de zin van artikel 11.7, derde lid, van de Tw te strikt. Volgens Companeo is er wel sprake van een dergelijke klantrelatie.
40. Companeo stelt verder dat de handelwijze van het college onrechtmatig is. In 2006-2007 heeft er ook een onderzoek door het college plaatsgevonden. Dit is na twee jaar heropend. Companeo stelt dat als het college het onderzoek na 2007 eerder had heropend, het spamverbod voor zakelijke e-mail nog niet van kracht geweest en naar oordeel van Companeo een waarschuwing

²⁸ Zie onderzoeksrapport, randnummer 35. De klachten die het college voor deze datum heeft ontvangen zijn niet meegerekend.

Besluit OPENBAAR

had dienen te volgen. Bovendien was het volgens Companeo voor het college tijdens het bedrijfsbezoek onduidelijk of er sprake was van een overtreding.

41. Verder stelt Companeo dat zij geen inzage heeft gekregen in de klachten, iets waartoe het college naar het oordeel van Companeo op grond van artikel 5:49 van de Algemene wet bestuursrecht verplicht is.
42. Ten aanzien van het aanvullend onderzoeksrapport stelt Companeo zich op het standpunt dat de steekproef ten aanzien van de vier verklaringen te gering is gelet op het aantal ontvangers waarover het rapport spreekt
43. Tevens stelt Companeo dat ten aanzien van de in bijlagen 14B en 14C van het onderzoeksrapport vermeldde 'info@bedrijfsnaam.nl' e-mailadressen niet is komen vast te staan dat de klagers tevens abonnee zijn. Companeo stelt voorts dat de verklaring van de dienstenaanbieder in bijlage 14D van het onderzoeksrapport ruimte laat om te twijfelen of de klager ook de abonnee is.
44. Companeo heeft tot slot gesteld dat de boete gematigd dient te worden wegens overschrijding van de redelijke termijn.

6 Juridisch Kader

45. Voor het juridisch kader verwijst het college kortheidshalve naar bijlage 1. Deze bijlage bevat de relevante regelgeving uit de Telecommunicatiewet omtrent het versturen van commerciële e-mailberichten, de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) over de bevoegdheden van het college en de Wet openbaarheid bestuur (hierna: Wob), over de openbaarmaking van dit besluit. Tevens bevat deze bijlage de voor dit besluit relevante passages uit de Memories van Toelichting bij de Telecommunicatiewet en de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp).

7 Overwegingen van het college

7.1 Handelwijze van het college

7.1.1 Onderzoeksperiode

46. In haar zienswijze stelt Companeo dat het stilliggen en pas na twee jaar heropenen van het onderzoek onrechtmatig is. Companeo is van mening dat er in 2007 kennelijk geen sprake was van een ernstige overtreding. Als het onderzoek was heropend vóór de wetswijziging van 1 oktober 2009,²⁹ was er volgens Companeo geen sprake van een overtreding en had enkel een waarschuwing dienen te volgen.

²⁹ Zie voetnoot 2 van bijlage 1 bij dit besluit.

Besluit OPENBAAR

47. Allereerst merkt het college op dat het onderzoek dat heeft plaatsgevonden in 2006-2007, los staat van het onderzoeksrapport dat aanleiding is voor dit besluit. Eind 2010 is het college een nieuw onderzoek gestart naar aanleiding van aanhoudende klachten over de e-mailactiviteiten van Companeo. Het college heeft beoordeeld of Companeo in de toen afgebakende onderzoeksperiode van 3 december 2009 tot en met 23 maart 2011 een overtreding heeft begaan. Of Companeo in de tijd voor deze onderzoeksperiode in overtreding was, is voor dit besluit niet relevant en is daaraan evenmin ten grondslag gelegd.
48. Companeo stelt verder dat het voor het college zelf gedurende het onderzoek niet duidelijk was of er sprake was van een overtreding, begaan door Companeo.³⁰ Het college wijst er in dit verband op dat het onderzoek er op is gericht vast te stellen of een bepaalde gedraging door een (rechts)persoon ertoe leidt of heeft geleid dat de wet is overtreden. Het is derhalve evident dat niet op voorhand vaststond dat Companeo daadwerkelijk een overtreding had begaan. Dit was nu juist onderwerp van het onderzoek. Pas na het voltooiën van het onderzoek kan er een conclusie worden getrokken ten aanzien van het bestaan van een mogelijke overtreding en kan er ter zake al dan niet een onderzoeksrapport worden opgemaakt.

7.1.2 Waarschuwing

49. Companeo stelt dat het college reeds in 2007 een waarschuwing op had kunnen leggen, waarmee Companeo het voortduren van de overtreding tijdig zou kunnen beëindigen. Volgens Companeo is de lijn tussen gevallen waarvoor een waarschuwing wordt gegeven en 'ernstige gevallen' waarvoor een boeteonderzoek wordt gestart enkel voor het college duidelijk.
50. Het college wijst erop dat in voorkomende gevallen weliswaar kan worden volstaan met het geven van een waarschuwing, maar dat hij niet is gehouden tot waarschuwen alvorens een bestuurlijke sanctie op te leggen.³¹ Indien het college een mogelijke overtreding van de Telecommunicatiewet vermoedt, kan hij een afweging maken uitvoerig onderzoek in te stellen om vervolgens, indien een overtreding wordt vastgesteld, handhavend op te treden. Dit kan hij doen met gebruikmaking van de aan hem daartoe toegekende bevoegdheden en (handhavings)instrumenten, zoals het opleggen van een bestuurlijke boete. Als het college volstaat met het geven van een waarschuwing, geschiedt dit in beginsel in gevallen waarin hij klachten heeft ontvangen, maar er (nog) geen aanwijzingen zijn die duiden op een zodanige overtreding dat uitvoerig onderzoek gerechtvaardigd is. Het aantal klachten dat het college ontving over Companeo heeft geleid tot de keuze uitvoeriger onderzoek te starten en in afwachting van de uitkomsten daarvan geen waarschuwing te geven.
51. Nu het onderhavige onderzoek is afgerond en de rapporteur heeft geconstateerd dat Companeo een overtreding van de Telecommunicatiewet heeft begaan, is het aan het college om te bepalen of het opleggen van bestuurlijke sancties opportuun is, en zo ja, welke sanctie in dat geval passend is. Gezien de ernst van de overtreding (zie paragraaf 8.28.1) acht het college het geven

³⁰ Zie woordelijk verslag hoorzitting, p. 6.

³¹ Zie Beleidsregels met betrekking tot de handhaving van artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet (Handhavingsbeleid spam), *Stcrt.* (11 maart) 2008, 50.

Besluit OPENBAAR

van een waarschuwing in dit geval niet gepast. In de zienswijze van Companeo ziet het college geen grond voor het oordeel dat hij niet in redelijkheid gebruik kan maken van de hem ter beschikking staande wettelijke bevoegdheid tot het opleggen van een boete wegens overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw.

52. Companeo is voorts van oordeel dat als het college in 2007 een waarschuwing had gegeven, zij haar handelwijze direct aan had kunnen passen. Het college wijst in dit verband op de eigen verantwoordelijkheid die marktpartijen hebben om de wet na te leven. Om invulling te geven aan deze verantwoordelijkheid ligt het op de weg van marktpartijen als Companeo om kennis te nemen van de relevante wet- en regelgeving en, indien nodig of gewenst, hieromtrent juridisch advies in te winnen. Companeo heeft niet aannemelijk gemaakt zelf onderzoek te hebben verricht naar de juistheid van de aangehouden handelwijze, zelfs niet na het eerdere onderzoek in 2006-2007.³²

7.1.3 Klachten

53. Companeo stelt dat het college gehouden is tot het bieden van de mogelijkheid tot inzage in de klachten. Nu het college dit niet heeft gedaan, kan Companeo zich naar eigen zeggen niet goed verweren.
54. Het college merkt op dat de klachten enkel aanleiding zijn geweest voor het starten van het onderzoek. De klachten zijn niet als bewijs gebruikt om vast te kunnen stellen of er sprake is van een overtreding. De rapporteur heeft tijdens de hoorzitting (ten overvloede) verklaard dat de inhoud van de klachten niet is gebruikt voor het onderzoek en de vaststelling van de overtredingen.³³
55. Nu de klachten niet als bewijsmiddel zijn gebruikt voor het onderzoeksrapport, behoren deze klachten niet tot de stukken die ten grondslag liggen aan de besluitvorming over de vaststelling van de overtreding. Weigering tot inzage van de klachten kan dan ook niet worden gezien als weigering tot inzage in de stukken die hebben geleid tot het vaststellen van de overtreding, waartoe het college op grond van artikel 6 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (hierna: EVRM) verplicht is. Companeo wordt derhalve niet in haar verdediging geschaad als inzage in de klachten niet wordt verstrekt. Het college ziet ook geen overige reden Companeo volledige inzage in de klachten te gunnen.
56. De reden dat het college geen inzicht biedt in de door hem ontvangen klachten is daarnaast om de anonimiteit van de klagers te waarborgen. Door openbaarmaking van de identiteit van klager(s) kunnen in toekomstige gevallen vergelijkbare onderzoeken worden geschaad. Klagers zullen immers minder geneigd zijn zich te melden indien daarbij het risico wordt gelopen dat hun identiteit bekend wordt gemaakt aan (potentiële) overtreders. Achterliggende gedachte is hierbij ook dat bedrijven een eigen verantwoordelijkheid hebben ten aanzien van het verzamelen en afhandelen van klachten.

³² Zie woordelijk verslag hoorzitting, p. 18.

³³ Zie woordelijk verslag hoorzitting, p. 20.

Besluit OPENBAAR

57. Het college wijst er tot slot nog op dat hij Companeo in het onderzoeksrapport desondanks wel inzicht heeft gegeven in het aantal klachten, de periode waarin die klachten zijn gemeld en de aard van de klachten.

7.1.4 Conclusie ten aanzien van de handelwijze van het college

58. Gelet op het voorgaande is het college van oordeel dat zijn handelwijze inzake het onderzoek naar Companeo het nemen van onderhavig besluit niet in de weg staat. Er was voldoende aanleiding voor onderzoek en dit heeft verder binnen de grenzen van de bevoegdheden van het college plaatsgevonden. Het college ziet ook geen reden om Companeo meer inzicht te verstrekken in de klachten, dan al in het onderzoeksrapport is gedaan.

7.2 Overtreding

59. Op grond van artikel 11.7, eerste lid, van de 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 wordt de werkwijze van Companeo achtereenvolgens aan elk van de onderdelen van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw getoetst.

7.2.1 Elektronische berichten

60. E-mailberichten zijn elektronische berichten voor het overbrengen van communicatie, omdat e-mailberichten volgens artikel 11.1, aanhef en onderdeel i, van de Tw vallen onder de definitie van elektronisch bericht. Dit gegeven wordt overigens niet door Companeo betwist. Het college stelt derhalve vast dat de nieuwsbrieven en partnermailings die Companeo verzond, zijn aan te merken als elektronische berichten in de zin van artikel 11.1, aanhef en onderdeel i, van de Tw.

7.2.2 Commerciële doeleinden

61. Ten aanzien van de inhoud van de e-mailberichten overweegt het college als volgt. Met de nieuwsbrieven wordt voor de dienst van Companeo, zijnde het bemiddelen in offerteaanvragen, geadverteerd en onder de aandacht gebracht bij gebruikers. Companeo wordt betaald door haar leveranciers voor de offertebemiddelingsdienst naar rato van het aantal genereerde offerteaanvragen. Companeo heeft er dus financieel belang bij om gebruikers te bewegen via haar website een offerteaanvraag in te dienen. Het adverteren van deze dienst via e-mail draagt daaraan bij. Het college concludeert daarom dat de nieuwsbrieven van Companeo een commercieel doeleinde hebben.
62. In het geval van de partnermailings betreft het berichten die in opdracht van derden worden verzonden met daarin advertenties voor (de verkoop van) producten en diensten van die specifieke derden. Companeo wordt betaald door de betreffende adverteerders voor het maken en het verzenden van dergelijke berichten.³⁴ Daarmee staat vast dat ook deze elektronische

³⁴ Zie onderzoeksrapport, randnummer 125.

Besluit OPENBAAR

berichten een commercieel doeleinde hebben. De commerciële doeleinden van de nieuwsbrieven en de partnermailings worden overigens niet betwist door Companeo.

7.2.3 Abonnees

63. Companeo heeft aangegeven dat de rapporteur niet onderzocht heeft of de ontvangers abonnees zijn. Companeo is van mening dat dit aangetoond moet worden omdat het spamverbod uitsluitend betrekking heeft op aan abonnees verzonden berichten.
64. De rapporteur heeft bij vier klagers geverifieerd en vastgesteld dat zij gebruik maakten van het e-mailadres waaraan het ongevraagde e-mailbericht van Companeo is verzonden, dan wel hun internettoegang ontlenden aan een contract met een aanbieder van internetdiensten. Deze in het onderzoeksrapport gedane constatering is gebaseerd op verklaringen van de klagers. Deze verklaringen zijn gecontroleerd bij de door de klager genoemde aanbieder van internetdiensten.³⁵
65. Companeo stelt dat de verklaring van de dienstaanbieder in bijlage 14D in het onderzoeksrapport ruimte laat om te twijfelen of de ontvanger wel de abonnee is of dit bijvoorbeeld een huisgenoot betreft. Het college overweegt hieromtrent dat de ontvanger heeft verklaard dat hij abonnee is bij XS4All, maar door een per abuis gemaakte fout door zijn voormalige werkgever zijn roepnaam in plaats van zijn volledige naam is doorgegeven aan XS4All bij het afsluiten van een abonnement.³⁶ Het college acht het op grond van deze verklaring aannemelijk dat het in het onderhavig geval gaat om één en dezelfde persoon. Het college gaat dan ook voorbij aan deze stelling van Companeo.
66. Van alle vier de klagers is gebleken dat zij ongevraagde e-mailberichten hebben ontvangen op in totaal vijf verschillende e-mailadressen. Drie e-mailadressen zijn van @XS4ALL en twee zijn van het type info@persoonlijkdomeinnaam.nl.
67. Companeo stelt dat ten aanzien van de twee in het onderzoeksrapport genoemde 'info@persoonlijkdomeinnaam.nl' e-mailadressen in bijlagen 14B en 14C van het onderzoeksrapport niet vaststaat dat de ontvangers ook abonnee zijn.
68. Gelet op artikel 1.1, aanhef en onderdeel p, van de Tw, is een abonnee een natuurlijke persoon of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten. Het is volgens de wetgever derhalve voldoende wanneer vaststaat dat er een overeenkomst is met een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst. De klager in bijlage 14B die de ongevraagde e-mailberichten heeft ontvangen, heeft een overeenkomst met XS4ALL en de klager in bijlage 14C heeft een overeenkomst met UPC. Naar oordeel van het college staat daarmee vast dat de e-mailberichten op het desbetreffende e-mailadres worden ontvangen en

³⁵ Zie onderzoeksrapport, randnummer 56 en 57.

³⁶ Bijlage 14D, zie de mail van de heer Kuys d.d. 23 maart 2012.

Besluit OPENBAAR

gelezen middels een internetverbinding op basis van een overeenkomst met een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst.

69. Het college verwijst ter onderbouwing van zijn standpunt naar de uitspraak van het CBb inzake ID2001, waarin vier van de vijf klachten werden ontvangen op het type e-mailadres 'info@persoonlijkdomeinnaam.nl'. Het CBb onderschrijft in zijn uitspraak het oordeel van de rechtbank dat het spamverbod was overtreden.³⁷
70. Companeo stelt tevens dat niet duidelijk is of de categorie ontvangers van e-mailberichten met het type e-mailadres 'persoonsnaam@bedrijfsnaam.nl' abonnee zijn. Zoals eerder overwogen, is het voldoende dat vaststaat dat er een overeenkomst is met een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst. Het college is derhalve van oordeel dat de ontvanger van de e-mailberichten niet dezelfde (rechts)persoon als de abonnee hoeft te zijn. Voor het bewijs van overtreding van het spamverbod is voldoende dat de e-mailberichten die op het 'persoonsnaam@bedrijfsnaam.nl' e-mailadres binnenkomen, worden ontvangen en gelezen middels een overeenkomst met een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst.
71. Het college stelt zich derhalve op het standpunt dat de wetgever niet heeft gesteld dat de abonnee dezelfde persoon moet zijn als de ontvanger van de e-mailberichten en dat daarnaast niet is vereist dat de ontvanger ongevraagde e-mailberichten op een door de aanbieder van internetdiensten verkregen e-mailadres ontvangt.
72. Tot slot merkt het college op dat Companeo ten aanzien van de negen in bijlage 14C in het onderzoeksrapport genoemde klachten van ontvanger naar oordeel terecht op dat uit de verklaring blijkt dat de ontvanger ten tijde van het indienen van de eerste twee klachten geen overeenkomst had met UPC. Het college is echter van oordeel dat dit geen afbreuk doet ten aanzien van de hierop volgende zeven klachten van ontvanger die gedaan zijn vanaf 27 mei 2010, gelet op de overeenkomst die ontvanger is aangegaan met UPC op 11 mei 2010.
73. Companeo heeft voorts aangegeven dat haar dienst(en) zich uitsluitend richten(en) op ondernemers uit het MKB-segment en zij daarvoor uitsluitend zakelijke e-mailadressen gebruikte. Echter sinds 1 oktober 2009 maakt de wetgever in dit verband geen onderscheid meer tussen rechtspersonen en natuurlijke personen als abonnee. Het college merkt op dat artikel 11.7, eerste lid, van de Tw van toepassing is op de onderzoeksperiode. Het feit dat Companeo zich slechts richt op het MKB-segment is derhalve niet relevant.
74. Companeo stelt zich vervolgens op het standpunt dat de steekproef ten aanzien van de vier verklaringen te gering is gelet op het aantal ontvangers waarover het rapport spreekt. Het college hanteert echter de door de rechtbank gehanteerde richtlijn, inhoudende dat voor het bewijs dat het spamverbod is overtreden een aantal van drie geverifieerde klachten voldoende is.³⁸ Het

³⁷ CBb, 7 december 2011, AWB 10/132, LJV BU9170.

³⁸ Zoals eerder overwogen in Rb Rotterdam 23 mei 2007, LJV BA6377 en herhaald in Rb Rotterdam 12 januari 2010, LJV BK8880.

Besluit OPENBAAR

college heeft in onderhavige zaak vier klachten geverifieerd. Het college is van oordeel dat dit voldoende is.

75. Het college concludeert gezien het voorgaande dat er abonnees zijn betrokken in de zin van artikel 1.1, aanhef en onderdeel p, van de Tw. Uit de in het onderzoeksrapport geverifieerde klachten kan immers geen ander oordeel volgen dan dat deze ontvangers ongevroegde e-mailberichten hebben ontvangen middels een overeenkomst een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst voor de levering van dergelijke diensten. Hiermee staat voor het college vast dat Companeo ongevroegde e-mailberichten heeft verstuurd naar abonnees in de zin van artikel 1.1, aanhef en onderdeel p, van de Tw.

7.2.4 Toestemming

76. Zoals eerder beschreven, verstuurd Companeo nieuwsbrieven en partnermailings.³⁹ Deze e-mails werden verzonden aan adressenbestanden met hierin e-mailadressen die Companeo zelf verwierf (users), adressenbestanden met hierin e-mailadressen die Companeo inkocht (prospects) en gemengde adressenbestanden met hierin e-mailadressen van zowel users als prospects.⁴⁰ In paragraaf 7.2.4.1 wordt uiteengezet of voorafgaande toestemming is geworven voor het verzenden van de nieuwsbrief aan de users, de prospects en het gemengde bestand. In paragraaf 7.2.4.2 wordt uiteengezet of voorafgaande toestemming is geworven voor het verzenden van de partnermailings aan de users, de prospects en het gemengde bestand.

7.2.4.1 Nieuwsbrief

77. De verzender moet kunnen aantonen dat de betreffende abonnee voor het overbrengen van ongevroegde communicatie voorafgaand toestemming heeft verleend.⁴¹ De rapporteur heeft Companeo gevraagd voorafgaande toestemming aan te tonen voor de nieuwsbrieven die Companeo heeft verzonden. Hierbij dient Companeo aan te tonen dat de wilsuiting waarmee toestemming wordt verkregen vrij, specifiek en op informatie berustend is weergegeven, en dat het gebruik van het verworven e-mailadres hiermee overeenkomt.⁴² Ten aanzien van de benodigde voorafgaande toestemming bij de verzending van nieuwsbrieven overweegt het college als volgt.

Prospects

78. De rapporteur heeft aan Companeo verzocht⁴³ om aan te tonen dat zij voorafgaande toestemming van – onder andere– de prospects heeft ontvangen voor de verzending van de 5.721.352 nieuwsbrieven aan hen. Companeo heeft dit niet aangetoond.⁴⁴

³⁹ Zie paragraaf 4.2.1 en 4.2.2.

⁴⁰ Zie paragraaf 4.2.3, 4.2.4 en 4.2.5.

⁴¹ Zie bijlage 1 bij dit besluit, randnummer B1.

⁴² Zie bijlage 1 bij dit besluit, randnummer B12.

⁴³ Dit is meerdere malen verzocht, zie onder meer brief van 17 maart 2011 met kenmerk OPTA/ACNB/2011/200679.

⁴⁴ Zie onderzoeksrapport, randnummer 72.

Besluit OPENBAAR

79. Op basis van bovenstaande concludeert het college dat bij het verzenden van de 5.721.352 nieuwsbrieven aan de prospects geen sprake is (geweest) van voorafgaande toestemming zoals bedoeld in artikel 11.7, eerste lid, van de Tw.

Users

80. Companeo heeft naar de in randnummer 26 opgenomen schermafdrruk verwezen om aan te tonen dat zij over voorafgaande toestemming beschikt voor het verzenden van de nieuwsbrieven aan de users.⁴⁵ Daar is een vakje opgenomen met hierachter de tekst "Schrijf u nu in voor de Companeo nieuwsbrief", dat de geïnteresseerde kan aanvinken.
81. Na herhaaldelijke verzoeken van de rapporteur heeft Companeo een document⁴⁶ overhandigd waaruit blijkt dat 39.254 van de 82.755 users voornoemd vakje hebben aangevinkt⁴⁷ en dat 43.501 users het vakje niet hadden aangevinkt, terwijl alle users de nieuwsbrief toegezonden kregen zonder dat Companeo daarbij onderscheid maakte tussen users die wel of geen vakje hadden aangevinkt. Dit is tevens door Companeo bevestigd tijdens de hoorzitting die heeft plaatsgevonden op 6 december 2011.⁴⁸
82. Aan de vraag of de in randnummer 80 genoemde wijze van toestemming werven in overeenstemming is met artikel 11.7, eerste lid, van de Tw komt het college niet toe, daar Companeo het wel of niet aanvinken van het vakje door haar gebruikers heeft genegeerd en aan alle gebruikers de nieuwsbrief heeft verzonden. Companeo heeft daarmee gefaald per verzonden bericht inzichtelijk te maken of daarvoor voorafgaande toestemming is verleend, en wel op een zodanige wijze dat niet voldoende onderscheid (in aantal) kan worden gemaakt tussen de berichten waarvoor wel en waarvoor geen toestemming is verleend om de elektronische contactgegevens van de betreffende gebruikers te gebruiken. Uit de wetsgeschiedenis van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw blijkt ook dat de bewijslast bij de verzender ligt: deze moet kunnen aantonen dat de desbetreffende gebruiker voor het overbrengen van de ongevraagde communicatie voorafgaand toestemming heeft verleend.⁴⁹ Het is niet aan het college het tegendeel aan te tonen. Uit de gegevens die Companeo heeft aangeleverd wordt namelijk niet duidelijk hoeveel van de 2.168.085 nieuwsbrieven zijn verzonden aan users die een vinkje hebben gezet en hoeveel aan users die geen vinkje hebben gezet. Companeo heeft dit niet inzichtelijk kunnen maken.
83. Daar artikel 11.7, eerste lid, van de Tw bepaalt dat de verzender dient aan te tonen dat hij over voorafgaande toestemming beschikt, concludeert het college dat Companeo niet aan die eis heeft kunnen voldoen in het geval van alle 2.168.085 nieuwsbrieven die zijn verzonden aan de users en

⁴⁵ Zie onderzoeksrapport, randnummer 60.

⁴⁶ Zie onderzoeksrapport, randnummer 62. Dit betreft een lijst van 21 juni 2011 met 41.160 adressen. 39.254 van deze adressen staan ook in de op 9 mei 2011 door Companeo geleverde user-lijst van in totaal 82.755 adressen. Waar de 1.906 extra adressen vandaan komen die niet in de user-lijst staan, is zowel de rapporteur als Companeo niet duidelijk, daar dit tijdens de hoorzitting op 6 december 2011 is gevraagd. Het college houdt derhalve de aantallen uit de eerder verstrekte en complete user-lijst aan.

⁴⁷ Zie onderzoeksrapport, randnummer 73.

⁴⁸ Zie woordelijk verslag hoorzitting, p 16.

⁴⁹ *Kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 15, Handelingen II 2003/04, 28 851, 14, p. 788.*

Besluit OPENBAAR

dat er voor het verzenden van de nieuwsbrieven aan de users geen sprake is (geweest) van voorafgaande toestemming zoals bedoeld in artikel 11.7, eerste lid, van de Tw.

Gemengd bestand

84. In voorgaande is reeds geconstateerd dat ten aanzien van de prospects en de users bij het verzenden van de nieuwsbrieven niet is aangetoond dat sprake is (geweest) van voorafgaande toestemming zoals gesteld in artikel 11.7, eerste lid, van de Tw. Dit geldt uiteraard ook voor de 2.830.383 nieuwsbrieven die zijn verzonden aan het gemengde bestand. Het college kan echter geen uitspraak doen over hoeveel van deze nieuwsbrieven naar de prospects zijn verzonden, hoeveel naar de users die geen vinkje hebben gezet en hoeveel naar de users die wel een vinkje hebben gezet, daar Companeo niet heeft aangetoond welke (hoeveel) berichten naar welke partijen zijn verzonden.
85. Daar artikel 11.7, eerste lid, van de Tw bepaalt dat de verzender dient aan te tonen dat hij over voorafgaande toestemming beschikt, concludeert het college dat Companeo daar niet aan heeft kunnen voldoen in het geval van alle 2.830.383 nieuwsbrieven die zijn verzonden aan het gemengde bestand. Het is immers aan de verzender per verzonden bericht inzichtelijk te maken of daarvoor voorafgaande toestemming is verleend. Het college is van oordeel dat dit impliceert dat een en ander op een zodanige wijze inzichtelijk dient te worden gemaakt dat voldoende onderscheid (in aantal) kan worden gemaakt tussen de berichten waarvoor wel en waarvoor geen toestemming is verleend om de elektronische contactgegevens van de betreffende abonnees te gebruiken. Ook in dit verband wijst het college erop dat uit de wetsgeschiedenis van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw blijkt dat de bewijslast bij de verzender ligt: deze moet kunnen aantonen dat de desbetreffende abonnee voor het overbrengen van de ongevraagde communicatie voorafgaand toestemming heeft verleend.⁵⁰

7.2.4.2 Partnermailings

86. In paragraaf 7.2.2 constateert het college dat de partnermailings die Companeo verzond commerciële doeleinden hebben. In paragraaf 4.2.2 constateert het college dat de partnermailings worden verzonden uit naam van 'vraagwofferte.com' (een naam waaronder Companeo in het economisch verkeer handelt) en daarin wordt geadverteerd voor specifieke producten en diensten van specifieke derden. Deze derden bestaan uit de zakelijke partners van Companeo, die (tevens) een commercieel belang hebben bij de verzending daarvan. Verder constateert het college dat geen sprake was van een eenmalig bericht, maar dat er periodiek berichten werden verzonden totdat de ontvanger zich hiervoor afmeldde. Het college concludeert dat de ontvanger van de Companeo partnermailings toestemming dient te geven voor het ontvangen van deze periodieke berichten met commerciële doeleinden uit naam van 'vraagwofferte.com'.

Prospects

87. Companeo heeft geen voorafgaande toestemming aangetoond voor de 1.190.494 partnermailings die zij heeft verzonden aan de prospects. Nu Companeo heeft nagelaten aan te tonen dat de

⁵⁰ Kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 15, *Handelingen II 2003/04*, 28 851, 14, p. 788.

Besluit OPENBAAR

vereiste voorafgaande toestemming aanwezig is, concludeert het college dat geen toestemming door de prospects is verleend voor de verzending van partnermails.

Users

88. Om vast te stellen of er sprake is van voorafgaande toestemming van de users voor de ontvangst van partnermailings neemt het college de in randnummer 26 opgenomen schermafdruk in ogenschouw. Hier is de wilsuiting “Ik ontvang graag aanbiedingen van Companeo partners” opgenomen, welke de abonnee kon aanvinken. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat 27.809 van de 82.755 users voornoemde zin hebben aangevinkt.⁵¹ In tegenstelling tot de nieuwsbrieven, respecteerde Companeo de vinkjes die de user kon zetten voor het verzenden van de partnermailings blijkbaar wel, in die zin dat alleen aan (de e-mailadressen van) degenen die daarvoor een vinkje hadden gezet ook partnermailings werden gestuurd.⁵²
89. Het college is echter van oordeel dat op basis van voornoemde wilsuiting de abonnee redelijkerwijs niet kan verwachten dat hij toestemming geeft voor e-mailberichten zoals beschreven in randnummer 86. De term “Companeo partners” is naar het oordeel van het college niet voldoende specifiek. De abonnee weet niet wie de partners van Companeo zijn, noch welke diensten en producten door die partners worden aangeboden. Companeo heeft dit bevestigd tijdens de hoorzitting.⁵³ In de praktijk kwam het er immers op neer dat Companeo zich vrij achtte om abonnees, die hadden ingestemd met de hiervoor genoemde passage, te benaderen met advertenties van iedere willekeurige adverteerder waar Companeo zaken mee deed. Daaruit volgt dat de betreffende geïnteresseerde zich geen duidelijk beeld kon vormen van de producten die in de partnermailings zouden worden aangeprezen.
90. In dit verband wijst het college ook nog op de wetsgeschiedenis van artikel 1, aanhef en onderdeel i, van de Wbp.⁵⁴ Daarin wordt expliciet overwogen dat 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. Ook is het geven van (algemene) toestemming onvoldoende specifiek 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. Overigens wordt de naam ‘Companeo’, die wordt genoemd bij het verzoek om toestemming, niet genoemd in de partnermails, daar als afzender ‘vraagwofferte.com’ staat vermeld. Het is voor de ontvanger dus niet duidelijk dat het bericht van Companeo afkomstig is.
91. Het college komt dan ook tot de conclusie dat voor de partnermailings onvoldoende specifiek toestemming is gegeven in de zin van artikel 1, aanhef en onderdeel i, van de Wbp door de

⁵¹ Zie onderzoeksrapport, randnummer 62 en randnummer 83. Dit betreft een lijst van 21 juni 2011 met 41.160 adressen. 39.254 van deze adressen staan ook in de op 9 mei 2011 door Companeo geleverde user-lijst van in totaal 82.755 adressen. Waar de 1.906 extra adressen vandaan komen die niet in de user-lijst staan, is zowel de rapporteur als Companeo niet duidelijk, daar dit tijdens de hoorzitting op 6 december 2011 is gevraagd. Het college houdt derhalve de aantallen uit de eerder verstrekte user-lijst aan.

⁵² Zie woordelijk verslag hoorzitting, p. 13.

⁵³ Zie woordelijk verslag hoorzitting, p. 17-18.

⁵⁴ *Kamerstukken II 1997/98*, 25 892, nr. 3, p. 65.

Besluit OPENBAAR

betreffende abonnees. Derhalve oordeelt het college dat er voor de partnermailings geen toestemming kan zijn gegeven in de zin van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw.

92. Companeo stelt zich op het standpunt dat ook bij de partnermailings sprake is van de bemiddelingsdienst van Companeo waarin zij offertes van haar zakelijke partners aanbiedt aan haar klanten. Het college kan dit standpunt echter niet volgen. Als de partnermailings al zullen leiden tot het uitbrengen van een offerte, worden deze uitgebracht voor een specifiek product of specifieke dienst aangeboden door een specifieke derde. Het feit dat de verkoop mogelijk door middel van het uitbrengen van een offerte tot stand komt doet in deze context niet ter zake. Het is niet de eventueel uit te brengen offerte die de kern van het aanbod vormt, maar het specifieke product of de specifieke dienst. In het geval van de partnermailings is dus geen sprake van berichten die vallen binnen de reikwijdte van de toestemming. Het college concludeert dat bij alle 1.164.936 partnermailings die zijn verzonden aan de users geen sprake is van voorafgaande toestemming zoals gesteld in artikel 11.7, eerste lid, van de Tw.

Gemengd bestand

93. In voorgaande is reeds aangetoond dat zowel voor de users als de prospects geldt dat geen sprake is van voorafgaande toestemming zoals bedoeld in artikel 11.7, eerste lid, van de Tw bij het verzenden van de partnermailings. Dit geldt uiteraard ook voor de 1.665.272 partnermailings die zijn verzonden aan het gemengde bestand, daar deze bestaat uit een ongemarkeerd en derhalve niet te onderscheiden mengsel van voornoemde users en prospects.

7.2.4.3 Conclusie ten aanzien van de toestemming

94. Op basis van het voorgaande oordeelt het college dat Companeo niet heeft kunnen aantonen dat voorafgaande toestemming is gegeven in de zin van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw voor het verzenden van de 10.719.820 nieuwsbrieven aan de users, de prospects en het gemengde bestand. Verder constateert het college gelet op het bovenstaande dat er bij het verzenden van de 4.020.702 partnermailings aan de users, de prospects en het gemengde bestand geen sprake is (geweest) van een vrije, op informatie berustende en specifieke wilsuiting en Companeo dus niet heeft kunnen aantonen dat voorafgaande toestemming is gegeven in de zin van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw voor het verzenden van de partnermailings aan de users, de prospects en het gemengde bestand.
95. Op grond hiervan komt het college tot de conclusie dat voor geen van de 14.740.522 elektronische berichten⁵⁵ waarop het onderhavige onderzoek ziet, aantoonbaar toestemming is gegeven in de zin van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw.

7.2.5 Conclusie ten aanzien van de overtreding

96. Het college is van oordeel dat Companeo in strijd met artikel 11.7, eerste lid, van de Tw heeft gehandeld door elektronische berichten te gebruiken om ongevraagde communicatie voor commerciële doeleinden over te brengen aan abonnees, zonder dat daarvoor naar behoren aantoonbaar toestemming is verkregen. Op grond van al het voorgaande komt het college tot de

⁵⁵ Zie randnummer 34 voor het aantal verzonden nieuwsbrieven en partnermails.

Besluit OPENBAAR

conclusie dat dit geldt voor alle 14.740.522 elektronische berichten⁵⁶ waarop het onderhavige besluit ziet.

7.2.6 Gebruik elektronische contactgegevens bestemd en bekendgemaakt voor commerciële communicatie

97. Daar het volgens Companeo om zakelijke adressenbestanden gaat, heeft de rapporteur volledigheidshalve onderzocht of de uitzonderingsregel van artikel 11.7, tweede lid, onderdeel a, van de Tw mogelijk van toepassing is op het prospectbestand. In dit artikellid is opgenomen dat geen voorafgaande toestemming is vereist indien de verzender bij het overbrengen van de communicatie gebruik maakt van elektronische contactgegevens die daarvoor zijn bestemd en bekendgemaakt, en deze zijn gebruikt in overeenstemming met de door abonnee aan die contactgegevens verbonden doeleinden.
98. In dit kader heeft de rapporteur contact opgenomen met de adressenleveranciers (listbrokers), die vervolgens hebben verklaard bij het verwerven geen rekening te houden met voornoemde bepaling.⁵⁷ Daarnaast heeft de rapporteur steekproefsgewijs de websites van bedrijven uit de bestanden onderzocht. Deze controle had tot doel om vast te kunnen stellen of het betreffende e-mailadres is gepubliceerd, en zo ja, of daarbij vermeld staat dat het e-mailadres bestemd is voor het ontvangen van ongevraagde commerciële berichten en/of nieuwsbrieven.⁵⁸ Dit bleek bij geen van de vijftig gecontroleerde e-mailadressen het geval.⁵⁹ Companeo heeft zelf ook niet aangetoond dat er zich onder de door haar gebruikte elektronische contactgegevens e-mailadressen bevonden in vorenbedoelde zin.
99. Het college concludeert dan ook dat er geen aanwijzingen zijn dat in dit geval de in artikel 11.7, tweede lid, onderdeel a, van de Tw neergelegde uitzondering van toepassing is op de 14.740.522 door Companeo verzonden elektronische berichten.⁶⁰

7.2.7 Klantrelatie

100. Ten aanzien van alle door Companeo verstuurd elektronische berichten waarop het onderzoeksrapport ziet, is door de rapporteur de conclusie getrokken dat de daarvoor verkregen contactgegevens niet geacht te kunnen zijn verkregen in het kader van een bestaande klantrelatie met Companeo in de zin van artikel 11.7, derde lid, van de Tw.⁶¹ Het college volgt deze conclusie, echter ten aanzien van de berichten aan de users op grond van een motivering die afwijkt van de in het onderzoeksrapport gehanteerde onderbouwing. In het onderzoeksrapport wordt ten aanzien van de berichten aan de users geconcludeerd dat er geen sprake was van een klantrelatie als bedoeld in voornoemd artikellid, omdat er geen sprake was van eigen gelijksoortige producten of diensten. Het college komt tot dezelfde conclusie, echter op grond van het feit dat hij constateert dat met betrekking tot bedoelde berichten niet kan worden geoordeeld dat de gebruikte

⁵⁶ Zie randnummer 34 voor het aantal verzonden nieuwsbrieven en partnermails.

⁵⁷ Zie onderzoeksrapport, randnummer 109 en bijlage 13.

⁵⁸ Zie onderzoeksrapport, randnummer 110 en 111.

⁵⁹ Zie onderzoeksrapport, randnummer 111.

⁶⁰ Zie randnummer 34 voor het aantal verzonden nieuwsbrieven en partnermails.

⁶¹ Zie onderzoeksrapport, randnummer 101.

Besluit OPENBAAR

contactgegevens zijn verkregen in het kader van *de verkoop* van een product of dienst. In het hiernavolgende zal het college zijn standpunt hieromtrent nader toelichten.

7.2.7.1 *Ten aanzien van de berichten aan de prospects*

101. Uit het onderzoeksrapport⁶² blijkt duidelijk dat de elektronische contactgegevens die zijn gebruikt voor verzending van berichten aan prospects in 2006 door Companeo zijn gekocht van verschillende zogenaamde listbrokers. Het college ziet dan ook geen enkele aanleiding om te veronderstellen dat deze contactgegevens zijn verkregen uit enige klantrelatie met Companeo, nog daargelaten dat er in elk geval geen aanwijzingen zijn dat bedoelde gegevens zijn verkregen in het kader van een klantrelatie zoals bedoeld in artikel 11.7, derde lid, van de Tw.

102. Companeo betwist overigens niet dat er ten aanzien van de prospects geen sprake is van een klantrelatie in de zin van artikel 11.7, derde lid, van de Tw. Ten overvloede geeft Companeo aan dat de herkomst van de prospects lastig te achterhalen is.⁶³ Dit onderschrijft de conclusie van het college dat er geen sprake is van een klantrelatie ten aanzien van de berichten die zijn verzonden aan de prospects.

7.2.7.2 *Ten aanzien van de berichten aan de users*

103. In artikel 11.7, derde lid, van de Tw is bepaald dat de daarin opgenomen uitzondering slechts van toepassing is op de elektronische contactgegevens voor elektronische berichten die zijn verkregen in het kader van de verkoop van eigen gelijksoortige producten of diensten van de verzender. Het onderzoeksrapport bevat echter geen aanknopingspunten om te veronderstellen dat de elektronische contactgegevens die zijn gebruikt voor de verzending van de nieuwsbrieven en partnermailings met gebruikmaking van de elektronische contactgegevens uit het user-bestand (zie paragraaf 4.2.3), zijn verkregen in het kader van de *verkoop* van een eigen product of dienst van Companeo. Dat bedoelde contactgegevens zijn verkregen in het kader van de eigen dienst van Companeo doet daaraan niet af. Deze dienst is immers niet verkocht aan de gebruikers (ondernemers uit het MKB) van die dienst, omdat deze om niet (niet tegen betaling in geld) aan die gebruikers werd geleverd.⁶⁴ Dat er daadwerkelijk sprake dient te zijn geweest van het verkopen van producten of diensten van de betreffende partij bij het verkrijgen van de elektronische contactgegevens voor elektronische berichten, wordt in de wetsgeschiedenis ook bevestigd:

“In artikel 11.7, tweede lid, van de Tw⁶⁵ is een specifieke voorziening getroffen voor het gebruik van zogeheten elektronische contactgegevens voor elektronische berichten die men in het

⁶² Zie onderzoeksrapport, randnummer 40.

⁶³ Zie onderzoeksrapport, bijlage 6, p. 131.

⁶⁴ Het verdienmodel van de offertebemiddelingsdienst die door Companeo wordt aangeboden is zodanig ingericht dat de aan haar verbonden leveranciers (de partijen die de offertes uitbrengen) voor de aangebrachte potentiële klanten (de gebruikers van de offertebemiddelingsdienst waaraan de offertes worden uitgebracht) een vergoeding betalen (zie randnummer 14). Voor bedoelde gebruikers is de dienst gratis.

⁶⁵ In het huidige artikel 11.7 Tw is het tweede lid omgenummerd naar het derde lid.

Besluit OPENBAAR

kader van een bestaande klantrelatie, namelijk bij de verkoop van een product of dienst, heeft verworven.”⁶⁶

104. Het college is van oordeel dat de betreffende (rechts)persoon pas als klant in vorenbedoelde zin kan worden beschouwd indien zijn contactgegevens zijn verkregen bij de verkoop van een eigen product of dienst van degene die de communicatie overbrengt waarvoor deze contactgegevens zijn gebruikt. Daarvoor is het onvoldoende dat iemand informatie of een offerte opvraagt. Er moet daadwerkelijk een product of dienst zijn verkocht van degene die de communicatie overbrengt. Het college stelt zich op het standpunt dat de in artikel 11.7, derde lid, van de Tw gebruikte term “verkoop” naar analogie kan worden geïnterpreteerd door aan te sluiten bij de definitie van het begrip “koop” in de zin van artikel 7:1 van het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW). In dit artikel wordt koop als volgt gedefinieerd:

“Koop is de overeenkomst waarbij de een zich verbindt om een zaak te geven en de ander om daarvoor een prijs in geld te betalen.”

105. Uit de omschrijving van koop in artikel 7:1 BW vloeit voort dat zonder tegenprestatie in geld geen sprake kan zijn van een koopovereenkomst. Bij bijvoorbeeld het aanmelden voor een nieuwsbrief of het aanmaken van een gebruikersaccount is in beginsel geen sprake van contactgegevens die zijn verkregen in het kader van de verkoop van een product of dienst. Daarbij is immers geen (koop)overeenkomst tot stand gekomen waarbij de ene partij zich verbindt om iets te leveren waarvoor de andere partij een prijs in geld zal betalen.

106. Volledigheidshalve wijst het college er ook nog op dat in het maatschappelijk verkeer de term verkoop doorgaans ook geassocieerd zal worden met het tegen een bepaalde prijs in geld (anders dan om niet) aan een ander leveren van een zaak of dienst.

107. Uit de wetsgeschiedenis,⁶⁷ van het grotendeels gelijklopende artikel 11.7, elfde lid, van de Tw blijkt dat ook de minister er van uit gaat dat daadwerkelijk sprake moet zijn van de koop van een product of dienst.

108. Het college overweegt ten overvloede nog dat hij constateert dat de elektronische contactgegevens die Companeo heeft verkregen voor het verzenden van de partnermailings ook (om een andere dan de in het voorgaande behandelde reden) niet voldoen aan de vereisten van artikel 11.7, derde lid, van de Tw. Bedoelde elektronische contactgegevens zijn immers verkregen in het kader van het leveren van een dienst door Companeo, terwijl deze gegevens vervolgens gebruikt werden voor het versturen van berichten van derden (de partnermailings) met daarin advertenties voor specifieke producten en diensten die worden aangeboden door andere ondernemingen dan Companeo. Daarmee is – meer concreet – niet voldaan aan het vereiste van artikel 11.7, derde lid, van de Tw dat er sprake moet zijn van ‘eigen gelijksoortige producten of diensten’.

⁶⁶ Zie *Kamerstukken II 2003/04*, 28 851, nr. 3, p. 160.

⁶⁷ Zie *Kamerstukken II 2007/08*, 30 661, nr. 8, p. 8.

Besluit OPENBAAR

109. In dit verband hanteert het college, gelet op de uit de wetsgeschiedenis van artikel 11.7, derde lid, van de Tw, een beperkte uitleg van het begrip 'eigen gelijksoortige producten of diensten'. Artikel 11.7, derde lid, van de Tw moet immers als een uitzondering worden aangemerkt op de door de wetgever bewust gehanteerde harde opt-in regel uit het eerste lid van genoemd artikel. Dat brengt met zich mee dat een beperkter toepassingsbereik voor de hand ligt; de in artikel 11.7, derde lid, van de Tw gestelde voorwaarden en gekozen bewoording ('eigen gelijksoortige producten of diensten') duiden daar ook op.⁶⁸

7.2.7.3 *Ten aanzien van de berichten aan het gemengd bestand*

110. In bovenstaande randnummers is reeds geconcludeerd dat er geen sprake is van een klantrelatie in de zin van artikel 11.7, derde lid, van de Tw ten aanzien van de verzonden e-mailberichten aan het prospectbestand en het userbestand. Het college kan niet anders dan concluderen dat dit eveneens het geval is ten aanzien van de berichten die Companeo heeft verzonden aan het gemengd adressenbestand, nu dit bestand enkel bestond uit e-mailadressen van prospects en e-mailadressen van users.

7.2.7.4 *Conclusie ten aanzien van de klantrelatie*

111. Het college concludeert op grond van het bovenstaande dat de in artikel 11.7, derde lid, van de Tw opgenomen uitzondering op geen van de 14.740.522 elektronische berichten⁶⁹ waarop het onderhavige besluit ziet, van toepassing is.

7.3 Overtreder

112. Companeo is een vennootschap naar Belgisch recht. Nu zij een vestiging in Nederland heeft, staat Companeo ingeschreven in de Nederlandse Kamer van Koophandel (hierna: KvK). Dit heeft zij gedaan onder de naam 'Companeo S.A.'. ⁷⁰

113. In haar zienswijze geeft Companeo aan dat de rapporteur onterecht heeft geconcludeerd dat diverse activiteiten op de vestiging Amsterdam hebben plaatsgevonden, nu dit volgens Companeo al geruime tijd vanuit Brussel gebeurt. De rol van de Amsterdamse vestiging zou beperkt blijven tot het enkel desgevraagd bevestigen dan wel ontkennen of er voor een bepaald thema voldoende Nederlandse leveranciers zijn in het netwerk van Companeo.⁷¹ 'Companeo Amsterdam' kan volgens Companeo derhalve niet worden aangemerkt als overtreder.

114. Het college concludeert dat Companeo zich in de onderzoeksperiode met het aanbieden van haar dienstverlening actief begeeft op de Nederlandse markt. De e-mailberichten die zij heeft verstuurd, zijn onder andere gericht aan ondernemingen uit het MKB-segment in Nederland.⁷² Nu Companeo zich op de Nederlandse markt begeeft en de geadresseerden van de door haar verstuurd e-mailberichten Nederlandse MKB-ers zijn, dient Companeo zich bij de e-mailactiviteiten op de Nederlandse markt, aan de Nederlandse regelgeving op dit gebied te

⁶⁸ Zie *Kamerstukken II* 2003/04, 28 851, nr. 7, p. 42.

⁶⁹ Zie randnummer 34 voor het aantal verzonden nieuwsbrieven en partnermails.

⁷⁰ Zie bijlage 7 van onderzoeksrapport.

⁷¹ Zie woordelijk verslag hoorzitting, p. 3.

⁷² Zie woordelijk verslag hoorzitting, p. 2 en 3.

Besluit OPENBAAR

houden.⁷³ Op welke vestiging van deze onderneming de activiteiten daadwerkelijk hebben plaatsgevonden, is voor het college niet relevant. Het is namelijk niet 'Companeo Amsterdam' die als overtreder is aangemerkt, maar 'Companeo S.A.'.

115. Evenals in het strafrecht is het uitgangspunt in het bestuursrecht dat de sanctie kan worden opgelegd aan degene die de overtreding pleegt. In het onderhavige geval richt artikel 11.7, eerste lid, van de Tw zich tot de verzender, die als overtreder van het spamverbod moet worden aangemerkt. Volgens de wetgever dient het begrip verzender ruim te worden uitgelegd. Dit begrip omvat niet alleen 'degene die op de verzendknop drukt' (de feitelijk verzender), maar ook 'degene waarvan het bericht afkomstig is' (de materieel verzender).⁷⁴
116. Het college overweegt in dit verband dat het Companeo was die de inhoud van de berichten bepaalde. Ook benaderde zij potentiële nieuwe en bestaande klanten en leveranciers. Daarnaast onderhield zij contact met leveranciers en bepaalde zij de geadresseerden van de berichten.⁷⁵ Companeo stelt zelf dat 'het bepalen van de inhoud van de berichten en de kring van ontvangers daarvan (...) het exclusieve terrein van Companeo Brussel' is.⁷⁶ Het was derhalve Companeo die opdrachtgever van de berichten was en waarvan de berichten afkomstig waren. Het staat voor het college derhalve vast dat Companeo ten aanzien van de verzonden e-mailberichten zoals omschreven in paragraaf 4.2.1 en 4.2.2 is aan te merken als verzender en daarmee normadressaat van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw. Companeo betwist overigens niet dat zij voornoemde activiteiten heeft uitgevoerd.

7.3.1 Conclusie ten aanzien van de overtreder

117. Het college concludeert op grond van het voorgaande dat de rechtspersoon Companeo kan worden aangemerkt als verzender van de in paragraaf 4.2.1 en 4.2.2 omschreven e-mailberichten die werden verzonden aan Nederlandse rechtspersonen. In haar hoedanigheid als verzender moet Companeo als overtreder van het spamverbod, neergelegd in artikel 11.7, eerste lid, van de Tw, worden aangemerkt.

8 Overwegingen ten aanzien van de boete

8.1 Boetebeleid OPTA

118. De overtredingen die zijn begaan door Companeo hebben plaatsgevonden in de periode van 3 december 2009 tot en met 23 maart 2011. Gedurende deze periode zijn de Boetebeleidsregels van 2008⁷⁷ en de Boetebeleidsregels van 2010⁷⁸ ten dele van toepassing. Op basis van de datum

⁷³ Het college verwijst in dat verband ook naar artikel 4, eerste lid, Wbp en *Kamerstukken II*, 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 74-77.

⁷⁴ *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 7, p. 41.

⁷⁵ Zie woordelijk verslag hoorzitting, p. 3.

⁷⁶ Zie woordelijk verslag hoorzitting, p. 3.

⁷⁷ Zie Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA 2008), *Stcr.* (11 maart) 2008, 50.

⁷⁸ Zie Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA 2010), *Stcr.* (2 april) 2010, 5163.

Besluit OPENBAAR

van de eerste overtreding, hanteert het college de Boetebeleidsregels van 2008. Ten overvloede heeft het college onderzocht of de Boetebeleidsregels van 2010 gunstiger zijn voor Companeo en geconcludeerd dat dit niet het geval is.

119. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt het college overeenkomstig het bepaalde in artikel 15.4, vijfde lid, van de 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.
120. 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).
121. 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.
122. 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.
123. 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.
124. 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.

Besluit OPENBAAR

125. Het college stelt in het navolgende in paragraaf 8.2 de ernst van de overtreding vast. Vervolgens bepaalt het college in paragraaf 8.3 de duur van de overtredingen en in paragraaf 8.4 de verwijtbaarheid van de overtreeders. In paragraaf 8.5 stelt het college op grond van het voorafgaande de hoogte van de boete vast. Tot slot overweegt het college in paragraaf 8.6 of er sprake is van boeteverlagende of -verhogende omstandigheden.

8.2 Ernst van de overtreding

126. 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.

8.2.1 Zwaarte van de overtredingen

127. Bij het bepalen van de zwaarte van de overtredingen⁷⁹ 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 abstracto in drie types in: zeer zware, zware en minder zware overtredingen.

128. Het college acht spam (in ruime zin) schadelijk. 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, van de Tw, als minder zware overtredingen aan.

8.2.2 Economische context en bijzondere omstandigheden van het geval

129. 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"⁸⁰ 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;

⁷⁹ Zie Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA 2010), *Stcrf.* (2 april) 2010, 5163, paragraaf 3.

⁸⁰ Zie Beleidsregels met betrekking tot de handhaving van artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet (handhavingsbeleid spam), *Stcrf.* (19 januari) 2010, 660.

Besluit OPENBAAR

- 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.

130. 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

131. Het college heeft tussen oktober 2009 en januari 2011 via www.spamklacht.nl in totaal 680 klachten ontvangen naar aanleiding van de e-mailberichten die door Companeo zijn verzonden. Dit is naar oordeel van het college een groot aantal klachten.

Meerdere en herhaalde overtredingen

132. Indien sprake is van overtreding van meerdere leden van artikel 11.7 van de 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 geen sprake is van meerdere overtredingen van artikel 11.7 van de Tw. Wel heeft Companeo herhaaldelijk e-mailberichten verzonden zonder voorafgaande toestemming. Hiermee is sprake van een herhaaldelijke overtreding van het spamverbod door Companeo.

Bijzondere schadelijkheid volgens eindgebruikers

133. Op www.spamklacht.nl zijn vele klachten te vinden en ook hebben consumenten klachten gemeld via andere fora op internet. Het onderzoeksrapport toont enige voorbeelden van concrete klachten die over Companeo op internet achtergelaten zijn.⁸¹ 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.

134. Ongevraagde communicatie door middel van elektronische berichten ten behoeve van commerciële 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.
- 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.

⁸¹ Zie onderzoeksrapport, randnummer 120.

Besluit OPENBAAR

- 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 wegklikken 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).

135. Dat het versturen van ongevraagde elektronische berichten schadelijk is, blijkt ook uit wetenschappelijk onderzoek.⁸²

Aantal verzonden berichten

136. Het college stelt vast dat Companeo van 3 december 2009 tot en met 23 maart 2011 een totaal van 14.740.522 e-mailberichten heeft verzonden waarvoor Companeo geen toestemming heeft aangetoond zoals bedoeld in artikel 11.7, eerste lid, van de Tw. Het college stelt vast dat dit een aanzienlijk aantal is.

Behaald voordeel

137. Voorts overweegt het college dat de ernst van de overtreding mede kan worden bepaald door het door overtreders behaalde voordeel bij de overtreding.

138. Het onderzoeksrapport vermeldt⁸³ dat de opbrengsten voor Companeo aan de verzending van de partnermailings ten minste bestaan uit [BEDRIJFSVERTROUWEIJK]. Het college acht het aannemelijk dat de werkelijke inkomsten hoger zijn aangezien de inkomsten naar aanleiding van de verzending van de nieuwsbrieven niet zijn meegenomen. Het college is van oordeel dat de verzending van de nieuwsbrieven met name extra gebruikers heeft opgeleverd voor Companeo, daar Companeo in de nieuwsbrieven haar eigen dienst adverteert en daarmee offerteaanvragen genereert. Indirect levert dit voor Companeo voordeel op. Hoeveel voordeel hiermee concreet is behaald, kan door het college niet worden vastgesteld. De bedrijfsvoering van Companeo bestond voor een deel uit het versturen van ongevraagde commerciële e-mailberichten.

139. Het college stelt vast dat Companeo zowel direct als indirect financieel voordeel heeft genoten door het begaan van de overtredingen.

Overige omstandigheden

140. Companeo heeft adressenbestanden aangekocht van listbrokers. Aan deze adressenbestanden heeft zij vervolgens e-mailberichten verzonden, zonder na te gaan of zij aantoonbaar toestemming heeft verkregen van de e-mailadressen die zich in deze bestanden bevinden. Hiermee heeft zij als verzender van de berichten willens en wetens, althans bewust het risico aanvaard dat zij geen

⁸² Zie Michel van Eeten e.a., *Damages from internet security incidents: a framework and toolkit for assessing the economic costs of security breaches*, februari 2009.

⁸³ Zie onderzoeksrapport, randnummer 125.

Besluit OPENBAAR

rechtsgeldige toestemming heeft verkregen van de ontvangers van die berichten en daarmee handelde in strijd met het spamverbod zoals neergelegd in artikel 11.7, eerste lid, van de Tw.

141. Naar het oordeel van het college heeft Companeo op zijn aanmeldscherf (zie randnummer 26) de schijn gewekt dat gebruikers zelf aan konden vinken wat voor soort e-mailberichten zij van Companeo wilden ontvangen. Hiermee deed Companeo alsof er aan het wettelijk voorgeschreven toestemmingsvereiste werd gehouden door een opt-in systeem te hanteren, terwijl Companeo dit echter niet deed. Uit het overwegene in randnummer 28 blijkt dat Companeo niets met deze wilsuitingen deed. Het al dan niet aanvinken van de vakjes op het aanmeldscherf ten aanzien van de nieuwsbrieven werd genegeerd en er werd geen onderscheid gemaakt in hetgeen naar de gebruikers werd verzonden. Het college is van oordeel dat het kwalijk is dat Companeo deed alsof er werd gehouden aan het wettelijk voorgeschreven toestemmingsvereiste door een opt-in systeem te hanteren, maar hier vervolgens niets mee deed en de nieuwsbrieven toch naar alle gebruikers verzond.

8.2.3 Conclusie ten aanzien van de ernst van de overtredingen

142. Het bovenstaande in acht nemende, concludeert het college, gelet op de aard van de overtredingen en de bijzondere omstandigheden waarin deze hebben plaatsgevonden, het volgende. Op grond van zijn Boetebeleidsregels 2008 concludeert het college dat de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw in beginsel een overtreding is die naar zijn aard minder zwaar is. Het college is van oordeel dat voornoemde economische context en bijzondere omstandigheden van het geval er toe leiden dat de overtreding als ernstig wordt gekwalificeerd. Daarbij hoort volgens de Boetebeleidsregels een boete van maximaal € 300.000 per overtreding.

8.3 Duur van de overtreding

143. Het college heeft vastgesteld dat de overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw zijn begaan in de periode van 3 december 2009 tot en met 23 maart 2011.⁸⁴ Het college concludeert dat de geconstateerde overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw gedurende een jaar en bijna vier maanden herhaaldelijk zijn begaan. Naar het oordeel van het college is dit een lange periode.

8.4 Verwijtbaarheid van de overtreder

144. Het spamverbod is reeds vanaf 2004 in de Telecommunicatiewet verankerd. De werking van dit verbod voor natuurlijke personen is op 1 oktober 2009 uitgebreid tot een verbod dat ook van toepassing is op rechtspersonen. Voorafgaand⁸⁵ alsook bij de inwerkingtreding⁸⁶ van deze wetswijziging, is de uitbreiding van het spamverbod uitvoerig belicht. Zowel de wetswijziging, als

⁸⁴ Zie onderzoeksrapport, randnummer 117. De periode daaraan voorafgaand, waarin ook onderzoek is gedaan naar het begaan van gelijksoortige overtredingen door Companeo, valt buiten de reikwijdte van dit besluit gelet op het feit dat dit onderzoek is stopgezet en niet is afgerond, althans niet heeft geresulteerd in een afsluitend onderzoeksrapport.

⁸⁵ Zie onder andere <https://www.spamklacht.nl/nieuws/bericht/?id=57>, ook heeft OPTA diverse presentaties verzorgd ter voorlichting over de betreffende wetswijziging.

⁸⁶ Zie onder andere <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/persberichten/2009/09/29/bel-me-niet-register-en-spamverbod-per-1-oktober.html>, <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=3021> en <https://www.spamklacht.nl/nieuws/bericht/?id=70> http://www.consuwijzer.nl/Consumentennieuws/Nieuwsarchief/2009/Okttober_2009/Ook_geen_spam_meer_op_kantoor.

Besluit OPENBAAR

het standpunt van het college is hierin duidelijk en ondubbelzinnig naar voren gekomen. Companeo had derhalve via verschillende kanalen de gelegenheid om kennis te nemen van de regelgeving op het gebied van e-mailmarketing.

145. Daarnaast wijst het college op de eigen verantwoordelijkheid van marktpartijen om op de hoogte te zijn van de wettelijke verplichtingen en deze daadwerkelijk na te leven. Hiervoor is het nodig de wet te bestuderen, en indien nodig of gewenst, juridisch advies in te winnen.
146. Companeo wist⁸⁷ of behoorde derhalve te weten dat het spamverbod zich vanaf 1 oktober 2009 ook zou uitstrekken tot rechtspersonen. Nu het verzenden van e-mailberichten aan het bedrijfsleven een belangrijke rol speelde bij het werven van klanten ten behoeve van de offertebemiddelingsdienst van Companeo, had zij met de kennis van de aankomende wetwijziging de nodige maatregelen dienen te treffen om aan de wettelijke vereisten te kunnen voldoen. Desgevraagd heeft Companeo tijdens de hoorzitting verklaard⁸⁸ dat zij na de wetwijziging geen andere veranderingen in haar werkzaamheden heeft aangebracht dan een feitelijke wijziging in de inrichting van Companeo wereldwijd. Deze wijziging zag vooral toe op de taakverdeling tussen de verschillende vestigingen. Pas meer dan een jaar⁸⁹ na inwerkingtreding van de wetwijziging is zij gestopt met de verzending van e-mailberichten aan ingekochte adressenlijsten (aan de prospects).
147. Uit randnummer 117 is reeds gebleken dat Companeo als verzender van de e-mailberichten zoals omschreven in paragraaf 4.2.1 en 4.2.2 is aan te merken. Nu zij wist of redelijkerwijs had moeten weten van de wetwijziging, zij heeft nagelaten haar werkwijze hierop aan te passen en zij vervolgens e-mailberichten heeft verzonden zonder voorafgaande toestemming, overtrad zij willens en wetens het spamverbod. Companeo is derhalve volledig verwijtbaar voor de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw.

8.5 Vaststelling van de hoogte van de boete

148. In beginsel kan het college in voorkomende gevallen voor iedere overtreding afzonderlijk een boete van maximaal € 450.000 per overtreding opleggen. Het college kan evenwel - indien er sprake is van meerdere overtredingen - in plaats van elke overtreding afzonderlijk te beboeten, een boete opleggen voor het geheel van deze overtredingen.⁹⁰ Nu het in deze zaak gaat om een groot aantal overtredingen, die in hoge mate vergelijkbaar zijn en die in hun onderling verband moeten worden beschouwd, ligt het niet in de rede per overtreding een aparte boete op te leggen. Bij de vaststelling van de boete is het college er van uitgegaan dat de overtredingen in de gestelde periode zijn aan te merken als één voortdurende, samenhangende overtreding.

⁸⁷ Zie onderzoeksrapport, bijlage 2, p. 91.

⁸⁸ Zie woordelijk verslag hoorzitting, p. 16-17.

⁸⁹ Wanneer deze verzendingen exact zijn stopgezet is voor het college niet geheel duidelijk. In de voorlopige reactie van Companeo op het onderzoeksrapport is te lezen dat dit in januari 2011 was (zie brief met uw kenmerk 0081783-0000003 AMCP:493478.1, rn. 1.11). Tijdens de hoorzitting is echter verklaard dat dit eind december 2010 was (zie woordelijk verslag hoorzitting, p. 6).

⁹⁰ Zie Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA 2010), *Stcr.* (2 april) 2010, 5163, paragraaf 7. In theorie kan de uiteindelijke hoogte van een dergelijke boete uitkomen op een veelvoud van het per overtreding geldende wettelijk maximum van € 450.000 (artikel 15.4, vierde lid, Tw).

Besluit OPENBAAR

149. Het college heeft in paragraaf 8.2 reeds vastgesteld dat, gelet op de zwaarte van de overtredingen en de economische context alsmede de specifieke omstandigheden waarbinnen deze hebben plaatsgevonden, er in het geval van de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw sprake is van een ernstige overtreding van de Telecommunicatiewet. De bandbreedte van de boetecategorie bestrijkt in dat geval maximaal € 300.000. De zienswijze die Companeo kenbaar heeft gemaakt (zie hoofdstuk 5), geeft geen aanleiding om haar geen of minder verwijt te maken van de overtredingen. Het college is verder van oordeel dat er evenmin sprake is van feiten of omstandigheden op grond waarvan de overtredingen anderszins niet aan Companeo kunnen worden toegerekend.
150. Naast de lange duur van de overtreding, de volledige verwijtbaarheid van Companeo, het bijzonder grote aantal ontvangen klachten waaruit de irritatie bij gebruikers blijkt en de schijn die door Companeo is gewekt dat gebruikers zelf aan konden vinken wat voor soort e-mailberichten zij van Companeo wilden ontvangen, maar Companeo niets met deze wilsuitingen deed en alle gebruikers ongevraagde e-mailberichten verstuurde, neemt het college ook eerdere genomen besluiten van het college ter zake van overtreding van het spamverbod in aanmerking bij de vaststelling van de hoogte van de boete.
151. Het college overweegt tevens dat bij de vaststelling van de hoogte van de boete in acht moet worden genomen dat de boete Companeo van toekomstige overtredingen dient te weerhouden en tevens potentiële overtreders dient af te schrikken (speciale en generale preventie). Het college overweegt voorts dat bestrijding van spam een speerpunt is van het college.
152. Het college overweegt verder dat de nadelige gevolgen van de op te leggen boetes niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.⁹¹
153. De voorgaande bevindingen leiden tot vaststelling van een overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw waarvoor het college, met inachtneming van de ernst van de overtreding, de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder, Companeo een boete oplegt van € 100.000.

8.6 Boeteverzwarende of -verlagende omstandigheden

154. Volgens de Boetebeleidsregels kan het college bij de vaststelling van de hoogte 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.
155. 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.

⁹¹ Zie artikel 3:4, tweede lid, Awb.

Besluit OPENBAAR

156. Het college is van oordeel dat geen van deze omstandigheden zich heeft voorgedaan en constateert ook geen andere boeteverlagende omstandigheid. Omtrent de stelling van Companeo dat de boete gematigd zou moeten worden wegens overschrijding van de redelijke termijn, overweegt het college allereerst dat deze termijn een termijn van orde is. Dit betekent dat overschrijding van deze termijn niet tot gevolg heeft dat de bevoegdheid tot het opleggen van een boete vervalt. Daarnaast heeft het college ook in verband met zorgvuldig handelen nader onderzoek noodzakelijk geacht. De beslissing op het onderzoeksrapport heeft zodoende niet binnen een termijn van dertien weken plaats kunnen vinden. Het college ziet hierin echter geen aanleiding voor matiging van de boete.
157. In haar zienswijze stelt Companeo dat zij steeds medewerking heeft verleend tijdens het onderzoek. Het college bevestigt dit. Tegelijkertijd merkt het college hierbij op dat Companeo hiertoe gehouden was op grond van artikel 5:20, eerste lid, van de Awb. De medewerkingsplicht impliceert mede een plicht tot het verstrekken van inlichtingen en tot afgifte van gevorderde gegevens en bescheiden.⁹² Het college is van oordeel dat Companeo niet daadwerkelijk verdergaande medewerking aan het onderzoek heeft verleend, dan waartoe zij wettelijk was gehouden.⁹³
158. Als boeteverhogende omstandigheden kunnen onder meer in aanmerking genomen worden de omstandigheid dat de overtreder zijn medewerking heeft geweigerd en/of het onderzoek anderszins heeft belemmerd, recidive door dezelfde overtreder ten aanzien van eenzelfde type overtreding en het feit dat de overtreder heeft aangegeven over een effectieve compliance organisatie beschikt, waarbij er weliswaar een compliance-programma is opgezet, maar deze onvoldoende is geïmplementeerd en/of toegepast.
159. Het college is van oordeel dat er zich ook geen boeteverhogende omstandigheden hebben voorgedaan.

8.7 Conclusie ten aanzien van de boete

160. Het college concludeert op grond van al het voorgaande dat hij aan Companeo een boete oplegt van € 100.000 wegens overtreding van het spamverbod, zoals neergelegd in artikel 11.7, eerste lid, van de Tw.

9 Besluit tot publicatie

161. Het college publiceert sinds 1999 openbare versies van zijn (handhavings)besluiten op haar website www.opta.nl. In zijn Beleidsregels openbaarmaking OPTA (hierna: publicatiebeleid) heeft het college het algemene belang van artikel 8 van de Wob dat ertoe noopt openbaarheid te betrachten, geconcretiseerd door te wijzen op het belang van transparantie, het gelijkheidsbeginsel en de preventieve werking.⁹⁴ Verder neemt het college in aanmerking dat de

⁹² *Kamerstukken II* 1994/95, 23 700, nr. 3, p. 147.

⁹³ Zie Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA 2010), *Stcrt.* (2 april) 2010, 5163, artikel 6.4.

⁹⁴ Beleidsregels openbaarmaking OPTA, *Stcrt.* (1 april) 2009, nr. 63, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 6 juni 2011, *Stcrt.* (10 juni) 2011, 9747, tevens gepubliceerd op www.opta.nl.

Besluit OPENBAAR

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.⁹⁵ 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.

162. 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 van Companeo is vastgesteld dat hij in strijd heeft gehandeld met het in artikel 11.7, eerste lid, van de Tw bepaalde en dat aan hem een sanctie is opgelegd. Consumenten worden zo gewaarschuwd voor dit soort overtredingen. Consumenten 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. Daarnaast is het ook in het belang van marktpartijen om kennis te nemen van de ten aanzien van andere marktdeelnemers genomen (sanctie)besluiten. Afnemers en leveranciers 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 het belang van Companeo. Van overige belangen of omstandigheden, op grond waarvan zou moeten worden afgezien van publicatie, is het college niet gebleken.

⁹⁵ www.rechtspraak.nl, *LJN*: BO3468; *AB* 2010, 319 en *JB* 2010, 276.

Besluit OPENBAAR

10 Dictum

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

- a) stelt vast dat de gedragingen van de rechtspersoon Companeo S.A., zoals beschreven in het onderhavige besluit, overtredingen vormen van artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet. De gedragingen die als overtredingen kwalificeren bestaan eruit dat Companeo S.A., gedurende de periode van 3 december 2009 tot en met 23 maart 2011, ongevraagde elektronische berichten heeft verzonden met een commercieel doeleinde zonder voorafgaande toestemming van de betreffende abonnee waar de e-mailberichten naartoe werden gezonden.
- b) legt wegens de onder a) bedoelde overtredingen aan de rechtspersoon Companeo S.A., statutair gevestigd te Brussel (België), een boete op van € 100.000.

164. Bovengenoemde boete 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 wordt de betreffende boete vermeerderd met de wettelijke rente overeenkomstig artikel 15.13, tweede lid, van de Telecommunicatiewet.

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

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

mr. C.A. Fonteijn, voorzitter

Besluit OPENBAAR

Bezwaar bij het college van OPTA

Bezwaar

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: College van de OPTA, t.a.v. afdeling Juridische Zaken, 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 (hierna: Tw), de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp), de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) over de overtreding, bevoegdheid van het college en openbaarmaking. Tevens bevat deze bijlage de voor dit besluit relevante passages uit de Memories van Toelichting (hierna: MvT) bij de Telecommunicatiewet en de Wet bescherming persoonsgegevens.

10.1 Ten aanzien van de overtreding

10.1.1 Spamverbod

166. Artikel 11.7, eerste lid, de Tw luidt (voor zover relevant):

“Het gebruik van elektronische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden aan abonnees is uitsluitend toegestaan, mits de verzender kan aantonen dat de desbetreffende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend, onverminderd hetgeen is bepaald in het tweede en derde lid.”

167. Artikel 11.7, tweede lid, Tw luidt (voor zover relevant):

“Indien de abonnee, bedoeld in het eerste lid, een rechtspersoon is dan wel een natuurlijk persoon die handelt in de uitoefening van zijn beroep of bedrijf, geldt met betrekking tot het door middel van elektronische berichten overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële ideële of charitatieve doeleinden dat geen voorafgaande toestemming is vereist:

- a) Indien de verzender bij het overbrengen van de communicatie gebruik maakt van elektronische contactgegevens die door de abonnee daarvoor zijn bestemd en bekendgemaakt, en deze zijn gebruikt in overeenstemming met de door de abonnee aan die contactgegevens verbonden doeleinden, of
- b) Indien de abonnee is gevestigd buiten de Europese Economische Ruimte en voldaan is aan de in het desbetreffende land geldende voorschriften met betrekking tot het verzenden van ongevraagde communicatie.”

168. Artikel 11.7, derde lid, Tw luidt (voor zover relevant):

“Een ieder die elektronische contactgegevens voor elektronische berichten heeft verkregen in het kader van de verkoop van zijn product of dienst, deze mag gebruiken voor het overbrengen van communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden met betrekking tot eigen gelijksoortige producten of diensten, mits bij de verkrijging van de contactgegevens aan de klant duidelijk en uitdrukkelijk de mogelijkheid is geboden om kosteloos en op gemakkelijke wijze verzet aan te tekenen tegen het gebruik van die elektronische contactgegevens, en, indien de klant hiervan geen gebruik heeft gemaakt, hem bij elke overgebrachte communicatie de mogelijkheid

Besluit OPENBAAR

wordt geboden om onder dezelfde voorwaarden verzet aan te tekenen tegen het verder gebruik van zijn elektronische contactgegevens.”

169. Artikel 11.7, vierde lid, Tw⁹⁶ luidt (voor zover relevant):

“Bij het gebruik van elektronische berichten voor de in het eerste lid genoemde doeleinden dienen te allen tijde de volgende gegevens te worden vermeld:

- a) de werkelijke identiteit van degene namens wie de communicatie wordt overgebracht, en
- b) een geldig postadres of nummer waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging kan richten.”

170. Artikel 11.8, Tw⁹⁷ luidt:

“De toepassing van de artikelen 11.6 en 11.7, vijfde tot en met twaalfde lid, is beperkt tot abonnees die natuurlijke personen zijn.”

171. Artikel 11.1, aanhef en onderdeel e, Tw bepaalt dat onder communicatie moet worden verstaan: informatie die wordt uitgewisseld of overgebracht tussen een eindig aantal partijen door middel van een openbare elektronische communicatiedienst; dit omvat niet de informatie die via een omroepdienst over een elektronisch communicatienetwerk wordt overgebracht, behalve wanneer de informatie kan worden gerelateerd aan de identificeerbare abonnee of gebruiker die de informatie ontvangt.

172. Artikel 1.1, aanhef en onderdeel f, Tw bepaalt dat onder openbare elektronische communicatiedienst moet worden verstaan: gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken, waaronder telecommunicatiediensten en transmissiediensten op netwerken die voor omroep worden gebruikt, doch niet de dienst waarbij met behulp van elektronische communicatienetwerken en –diensten overgebrachte inhoud wordt geleverd of redactioneel wordt gecontroleerd.

173. Artikel 1.1, aanhef en onderdeel p, Tw bepaalt dat onder abonnee moet worden verstaan: natuurlijke persoon of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten.

⁹⁶ Artikel 11.7 Tw is per 1 juli 2009 gewijzigd (*Stb* 2008, nr. 525, in werking treding: *Stb* 2009, nr. 239). Bij deze wijziging is het toenmalige derde lid vernummerd tot het vierde lid, 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. Nu de onderzoeksperiode loopt vanaf 3 december 2009, wordt gebruik gemaakt van de nieuwe nummering.

⁹⁷ Artikel 11.8 Tw is per 1 oktober 2009 gewijzigd door de Wet van 13 november 2009 tot wijziging van de Telecommunicatiewet verband houdend met de instelling van een antenneregister, de uitbreiding van het verbod op het verzenden van ongevraagde elektronische communicatie alsmede regeling van diverse andere onderwerpen (*Stb*. 2008, nr. 525). Door deze wijziging geldt per 1 oktober 2009 het spamverbod niet alleen voor natuurlijke personen, maar ook voor rechtspersonen.

Besluit OPENBAAR

174. Artikel 1.1, aanhef en onderdeel i, Tw bepaalt dat onder elektronisch bericht moet worden verstaan; tekst-, spraak-, geluids-, of beeldbericht dat over een openbaar elektronisch communicatienetwerk wordt verzonden en in het netwerk of in de randapparatuur van de ontvanger kan worden opgeslagen tot het door de ontvanger wordt opgehaald.

10.1.2 Toestemming

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

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

177. Bij de totstandkoming van het spamverbod heeft de wetgever stilgestaan bij deze toestemmingseisen. In de MvT op artikel 11.1, onderdeel g, Tw herhaalt de wetgever de criteria uit artikel 1, onderdeel i, Wbp:⁹⁸

“Toestemming van de betrokkene is in artikel 1, onderdeel i, 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 (hierna: BW) 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).”

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

Specifiek:

⁹⁸ *Kamerstukken II 2002/2003, 28 851, nr. 3, p. 152-153.*

Besluit OPENBAAR

“Als tweede voorwaarde geldt dat de wilsuiving van de betrokkene betrekking moet hebben op 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 Wet persoonsregistraties (hierna: 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.”⁹⁹

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

⁹⁹ *Kamerstukken II 1997/1998, 25 892, nr. 3, p. 65.*

Besluit OPENBAAR

verhouding tussen de verantwoordelijke en de betrokkene alsmede de wijze waarop zij met elkaar in contact zijn getreden.”¹⁰⁰

10.2 Ten aanzien van de bevoegdheid

179. Artikel 15.1, derde lid, Tw luidt:

“Met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens andere bepalingen van deze wet dan bedoeld in het eerste en tweede lid zijn belast de bij besluit van het college aangewezen ambtenaren.”¹⁰¹

180. Artikel 15.4, vierde lid, Tw luidt (voor zover relevant):

“Het college kan een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 450 000 ter zake van overtreding van de bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde regels, niet zijnde regels bedoeld in het tweede lid, alsmede van artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht.”

181. Artikel 5:48, eerste lid, Awb luidt:

“Het bestuursorgaan en de voor de overtreding bevoegde toezichthouder kunnen van de overtreding een rapport opmaken.”

182. Artikel 5:53 Awb luidt:

“1. Dit artikel is van toepassing indien voor de overtreding een bestuurlijke boete van meer dan € 340 kan worden opgelegd, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.
2. In afwijking van artikel 5:48 Awb wordt van de overtreding steeds een rapport of proces-verbaal opgemaakt.
3. In afwijking van afdeling 4.1.2 wordt de overtreder steeds in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen.”

183. Artikel 5:41 Awb luidt:

“Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten.”

184. Artikel 5:46, tweede lid, Awb luidt (voor zover relevant):

“Tenzij de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, stemt het bestuursorgaan de bestuurlijke boete af op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.”

¹⁰⁰ *Kamerstukken II 1997/1998, 25 892, nr. 3, p. 66.*

¹⁰¹ Zie ook: Besluit aanwijzing toezichthoudende ambtenaren OPTA 2009, *Stcrt.* 2009, nr. 72.

Besluit OPENBAAR

10.3 Ten aanzien van de openbaarmaking

185. Op grond van artikel 8 Wob verschaft het college uit eigen beweging informatie over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering.
186. Het verstrekken van informatie ingevolge de Wob blijft op grond van artikel 10, eerste lid, aanhef en onderdeel c, Wob achterwege indien de informatie bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.
187. Ingevolge artikel 10, tweede lid, aanhef en onderdeel g, Wob blijft openbaarmaking achterwege indien het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.
188. Op grond van artikel 18.7, vijfde lid, Tw maakt het college met het oog op het bevorderen van een open en concurrerende markt in de elektronische communicatiesector informatie met betrekking tot aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten op een door het college te bepalen wijze bekend voor zover die informatie verband houdt met bij of krachtens de hoofdstukken 4 tot en met 9 en 11 Tw opgelegde verplichtingen. Van gegevens als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel c, Wob wordt geen mededeling gedaan.