

# Besluit Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/ACNB/2013/200347\_OV

Zaaknummer: 12.0180.37

Datum: 14 februari 2013

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

### 1 Samenvatting

1. Dit besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie (hierna: het college) is gebaseerd op artikel 15.4, vierde lid, van de Telecommunicatiewet. In dit besluit stelt het college vast dat de Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V., de Nationale Postcode Loterij N.V., de BankGiro Loterij N.V. en de VriendenLoterij N.V. (hierna gezamenlijk te noemen: de loterijen) artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet hebben overtreden. De loterijen hebben, in de periode 1 oktober 2009 tot en met 30 juni 2010, ongevraagde commerciële e-mailberichten verstuurd, zonder aantoonbare voorafgaande toestemming van de desbetreffende abonnees. Daarmee hebben zij het spamverbod overtreden. Het college legt voor deze overtreding een boete op van € 200.000.
2. In dit besluit gaat het college in het navolgende eerst in op de achtergrond en verloop van de procedure (paragraaf 2), de inhoud van het onderzoeksrapport (paragraaf 3) en de feiten (paragraaf 4). Vervolgens wordt een weergave gegeven van de zienswijze van de loterijen (paragraaf 5) en het juridisch kader (paragraaf 6). In paragraaf 7 staan de overwegingen van het college. In de daaropvolgende paragraaf gaat het college in op de ernst en de duur van de overtredingen alsmede de verwijtbaarheid van de overtreders en de vaststelling van de hoogte van de boete (paragraaf 8). In paragraaf 9 staan de overwegingen van het college ten aanzien van de publicatie van onderhavig besluit. Ten slotte volgt het dictum (paragraaf 10).

### 2 Achtergrond en verloop van de procedure

3. Naar aanleiding van klachten die het college via de website [www.spamklacht.nl](http://www.spamklacht.nl)<sup>1</sup> ontving over ongevraagde e-mailberichten afkomstig van Nationale Postcode Loterij N.V., (hierna: NPL) BankGiro Loterij N.V. (hierna: BGL) en de VriendenLoterij N.V.<sup>2</sup> (hierna: VL), heeft het college besloten een onderzoek naar mogelijke overtreding van het spamverbod door de loterijen te starten.

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

<sup>2</sup> Sinds 1 januari 2011 is de naam van de Sponsor Bingo Loterij N.V. gewijzigd in de Vriendenloterij N.V. In dit besluit hanteert het college de huidige naam.

## Besluit Openbaar

4. Dit heeft geresulteerd in een rapport (hierna: onderzoeksrapport) in de zin van artikel 5:53 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) dat een toezichthoudend ambtenaar van het college (hierna: de rapporteur) op 15 oktober 2012 heeft opgemaakt en op 16 oktober 2012 heeft verstuurd aan de loterijen.<sup>3</sup> Voor het verloop van het onderzoek tot aan het opmaken en verzenden van het rapport verwijst het college gemakshalve naar het onderzoeksrapport.
5. De loterijen hebben tijdens een hoorzitting op 6 december 2012 ten kantore van het college een mondelinge toelichting gegeven op hun zienswijze<sup>4</sup> betreffende het onderzoeksrapport. Voorafgaand aan de hoorzitting heeft de gemachtigde van de loterijen op 21 november 2012 nadere stukken toegezonden.<sup>5</sup>

### 3 Het onderzoeksrapport

6. Aanleiding voor het onderhavige besluit vormen de overtredingen zoals vastgesteld in het onderzoeksrapport van 15 oktober 2012. In dit onderzoeksrapport constateert de rapporteur dat de loterijen in de periode van 1 januari 2005 tot en met 30 juni 2010 ruim 272 miljoen ongevraagde elektronische berichten van commerciële aard hebben verzonden aan abonnees, zonder dat deze abonnees daar voorafgaand aantoonbaar toestemming voor hebben gegeven. De rapporteur is tot de conclusie gekomen dat de loterijen hiermee artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) hebben overtreden.
7. Tevens is volgens de rapporteur sprake van overtreding van artikel 11.7, derde lid, Tw<sup>6</sup>, omdat de loterijen bij het verkrijgen van de contactgegevens en bij het verzenden van de e-mailberichten niet duidelijk en uitdrukkelijk aan de abonnee de gelegenheid hebben geboden om kosteloos en op gemakkelijke wijze verzet aan te tekenen tegen het gebruik van die elektronische contactgegevens.

## 4 Feiten

### 4.1 De rechtspersonen NPL, BGL, VL en de holding

8. De rechtspersonen NPL, BGL en VL zamelen, kort gezegd, geld in voor instellingen van algemeen belang door middel van het organiseren van loterijen.
9. De Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V. (hierna: de holding) is enig bestuurder en aandeelhouder van NPL, BGL en VL. NPL, BGL en VL hebben gezamenlijk ondersteunende afdelingen die onderdeel uitmaken van de holding en voeren een gezamenlijke deelnemersadministratie. De directie en de managing directors van de holding geven leiding aan NPL, BGL en VL.<sup>7</sup> De directie van de holding bepaalt voor een groot gedeelte het

<sup>3</sup> Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2012/202692.

<sup>4</sup> Pleitnota d.d. 6 december 2012 van mr. H.W. Roerdink (hierna: pleitnota)

<sup>5</sup> Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2012/103872.

<sup>6</sup> Artikel 11.7 van de Tw is per 1 juli 2009 gewijzigd, Stb. 2008, 525, i.w..tr. Stb. 2009, 239. Bij deze wijziging is het toenmalige tweede lid vernummert tot het derde lid, materieel is de bepaling hetzelfde gebleven. Nu de geconstateerde overtreding te periode van 1 april 2008 tot en met 30 juni 2010 betreft, wordt gebruik gemaakt van de nieuwe nummering voor overtredingen gedurende de gehele periode.

<sup>7</sup> Onderzoeksrapport van 15 oktober 2012 met kenmerk OPTA/ACNB/2012/202692 (hierna: onderzoeksrapport), randnummer 113.

## Besluit Openbaar

gezamenlijk beleid van NPL, BGL en VL.<sup>8</sup> De werkzaamheden ten behoeve van het verzenden van e-mailberichten zijn uitgevoerd onder leiding en verantwoordelijkheid van de directie en de managing directors van de holding.<sup>9</sup>

10. De aandelen van NPL, BGL en VL worden gehouden door de holding. NPL, BGL en VL vallen direct onder de holding.<sup>10</sup> De directie van de holding is belast met het bestuur van NPL, BGL en VL. De bestuurs- en managementstructuur is voor NPL, BGL en VL hetzelfde. Afgezien van de wervingsafdelingen, delen NPL, BGL en VL alle diensten. De holding en NPL, BGL en VL zijn statutair gevestigd, en houden allen kantoor op hetzelfde adres.
11. De Raad van Commissarissen (hierna: RvC) van de holding houdt toezicht op de directie van de holding en vertrouwt aan de leden daarvan de dagelijkse leiding van NPL, BGL en VL toe. De RvC van de holding is verder verantwoordelijk voor het toezicht op het gebruik van de vergunningen die door de overheid zijn verstrekt aan NPL, BGL en VL. Ook wordt onder meer (het toezicht op) de naleving van wet- en regelgeving door NPL, BGL en VL tot de taak van de RvC gerekend.<sup>11</sup>
12. De directie van de holding bestaat uit drie personen. Direct daaronder fungeert een team van drie managing directors voor NPL, BGL en VL. Zij geven leiding aan NPL, BGL en VL en sturen het Management Team aan.<sup>12</sup> De holding bepaalt in overwegende mate het beleid en publiceert de gezamenlijke beleidsplannen van NPL, BGL en VL.<sup>13</sup> In de pers treedt de holding op als woordvoerder voor NPL, BGL en VL.<sup>14</sup> De deelnemersadministratie van NPL, BGL en VL wordt gezamenlijk gevoerd.

### 4.2 Werkwijze

13. Voor deelname aan de loterijen verkopen de loterijen geen losse loten. Voor werving van deelnemers en het onderhouden van het contact met haar deelnemers communiceren de loterijen via post, e-mail en telefoon. Voor het werven van nieuwe deelnemers maken de loterijen gebruik van verschillende kanalen, waaronder e-mail. De loterijen verzenden aanzienlijke aantallen e-mails<sup>15</sup> om (potentiële) deelnemers te informeren. De loterijen verkrijgen de e-mailadressen waar zij e-mailberichten aan verzenden door verschillende methoden. Via deelnemersadministratie, via nieuwsbrieven en via acties en spelletjes.

---

<sup>8</sup> Onderzoeksrapport, randnummer 115.

<sup>9</sup> Onderzoeksrapport, randnummer 116.

<sup>10</sup> Onderzoeksrapport, randnummer 140.

<sup>11</sup> Reglement van de RvC van de holding d.d. 5 september 2007, artikel 2, paragraaf 2.2.

(<http://www.postcodeloterij.nl/Organisatie/CorporateGovernance.htm>)

<sup>12</sup> Jaarverslag 2009 PCL p. 54 en Jaarverslag 2009 BGL, p. 46. (<http://www.postcodeloterij.nl/Organisatie/Jaarverslagen.htm> en <http://www.bankgiroloterij.nl/Organisatie/Jaarverslag.htm>)

<sup>13</sup> Samenvatting Beleidsplannen Goede Doelen Loterijen, Amsterdam april 2006.

(<http://www.postcodeloterij.nl/Organisatie/Pers/Beleidsplannen.htm> en

<http://www.bankgiroloterij.nl/Organisatie/Informatie/Beleidsplannen.htm>)

<sup>14</sup> Persbericht van 8 juli 2010. (<http://www.bankgiroloterij.nl/Organisatie/Persberichten/College-van-toezicht-op-de-kansspelen-in-de-fout.htm> en <http://www.postcodeloterij.nl/StandaardMediabankpagina/CollegeVanToezichtOpDeKansspelenInDeFout.htm>)

<sup>15</sup> Pleitnota, randnummer 4.3.

## Besluit Openbaar

### Aanmelden als deelnemer

14. De eerste methode is het verkrijgen van e-mailadressen bij de aanmelding van consumenten als deelnemer van de loterijen. Afbeelding 1 is een voorbeeld van een dergelijk aanmeldscrem. Zo verkrijgen de loterijen de e-mailadressen via de aanmeldschermen op de websites van NPL, BGL en VL voor deelname aan de loterijen. Consumenten kunnen zich via deze aanmeldschermen aanmelden als deelnemer van de loterij.<sup>16</sup> Onderaan het aanmeldscrem staat “hou mij op de hoogte van uitslagen en acties van de Goede Doelen Loterijen”, waarbij de consument een vinkje kan (aan of uit) zetten. In de zin waarbij de consument een vinkje kan zetten, kan de consument op de hyperlink van de “[Goede Doelen Loterijen](#)” klikken. Als de consument daarop klikt komt een pop-up schermje tevoorschijn waarin staat omschreven wat de “Goede Doelen Loterijen” zijn.

BankGiro Loterij

HOME MEESPELEN UITSLAGEN PRIJZEN GOEDE DOELEN ORGANISATIE

Zoek of stel uw vraag...

MAK DIT EEN PAGINA | MELD U REGISTREER U

### SPEEL MEE MET JE REKENINGNUMMER EN WIN!

Bestel nu een lot en maak met uw rekeningnummer in Juni kans op vele prijzen, waaronder de hoofdprijs van € 500.000,-! Ook maakt u kans op designstoelen, mini-laptops, reischekes en nog veel meer.

#### MET HOEVEEL LOTEN WILT U MEESPELEN?

3 2 1  
loten

Uw naam:  Min  Vuur

Voorletters:  Tussenvoegsel:  Achternaam:

Uw adres: Postcode:  Huisnr:  Toeslag:

Staatnaam:  Woonplaats:

Uw geboortedatum: Dag:  Maand:  Jaar:

Overige gegevens: Telefoonnummer:

Rekeningnummer:

E-mailadres:

Hou mij op de hoogte van uitslagen en acties van de [Goede Doelen Loterijen](#).

Hierbij machtig ik de BankGiro Loterij N.V. tot schriftelijke wederopzegging de inlog per trekking (14 trekkingen per jaar) van mijn bankrekening af te schrijven. Ik ga meespelen met 2 loten à € 9,25 per trekking. Ik ga akkoord met het [deelnemersreglement](#).

U kunt uw loten op elk gewenst moment stopzetten.

**BESTELLEN >**

Loten kosten € 9,25 per stuk. De loterij is goedgekeurd door de Minister van Justitie onder nummer 553931708/DSP d.d. 4 april 2009. Deelnemers 18 jaar of ouder.

De BankGiro Loterij speelt om geld volgens de Wet Bescherming Participatie. Als u geen prijs wilt op onze informatie dan kunt u dit schriftelijk melden aan BankGiro Loterij, Van Eggenstraat 70, 1071 GK Amsterdam.

**BANKGIRO LOTERIJ, CULTUUR MAAKT JE RIJKER!**

06010 BankGiro Loterij, Van Eggenstraat 70, 1071 GK Amsterdam, t: 0600 - 300 1600 (20pm), f: 020 573 7473. [privacy policy](#) | [reglement](#) | [site map](#)

Afbeelding 1, aanmeldscrem voor deelname aan een van de loterijen.

<sup>16</sup> Onderzoeksrapport, randnummer 54.

## Besluit Openbaar

15. Als de consument het vinkje aanzet ontvangt hij zowel e-mailberichten van de loterij waarvan hij deelnemer wordt als van de overige loterijen. Als de consument het vinkje uitzet ontvangt hij wel e-mailberichten van de loterij waarvan hij deelnemer wordt, maar niet van de overige loterijen.<sup>17</sup> De abonnee wordt bij de loterij waarvan hij deelnemer wordt op tenminste vier mailinglijsten geplaatst. Als de abonnee het vinkje aanzet wordt hij tevens op tenminste vier mailinglijsten van de overige loterijen geplaatst.

### *Aanmelden voor nieuwsbrieven*

16. De tweede methode is dat de loterijen e-mailadressen via de websites van NPL, BGL en VL verkrijgen, waar consumenten zich kunnen inschrijven voor een nieuwsbrief of e-mailservice.<sup>18</sup> Hiermee wordt de consument niet automatisch deelnemer van de loterijen. Onderaan de pagina waarmee consumenten zich kunnen inschrijven kan de consument vinkjes (aan of uit) zetten bij “hou mij op de hoogte van de maandelijkse trekkingsuitslagen, nieuws en acties van de [betreffende] loterij”, “stuur mij [specifieke actie]” en “hou mij op de hoogte van uitslagen en acties van de overige Goede Doelen Loterijen”. Als de consument de vinkjes aanzet ontvangt hij, naast e-mailberichten van de loterij waarbij hij zich heeft ingeschreven voor de nieuwsbrief, e-mailberichten van de overige loterijen en de specifieke actie.

The screenshot shows the registration page for the e-mail service of the Sponsor Bingo Loterij. The page has a green header with the logo and navigation links. The main content area is titled 'E-mailservice' and contains a form with the following fields:

- E-mail:** A text input field for the e-mail address.
- Uw naam:** Radio buttons for 'Dhr.' and 'Mevr.', followed by input fields for 'Voorletters', 'Tussenvoegsel', and 'Achternaam'.
- Uw adres:** Input fields for 'Postcode', 'Huisnr.', 'Toevoeging', 'Straatnaam', and 'Woonplaats'.
- Geef uw keuze aan:** Three checkboxes:
  - Hou mij op de hoogte van de maandelijkse trekkingsuitslagen, nieuws en acties van de Sponsor Bingo Loterij
  - Stuur mij elke zondag de winnende Bingopetallen
  - Hou mij op de hoogte van uitslagen en acties van de overige Goede Doelen Loterijen

At the bottom of the form is an 'Aanmelden' button. To the right of the form is a sidebar with a photo of Esther Vergeer, an 'Ambassadeur', and a 'Quiz!' section with a laptop image. The footer contains copyright information and a privacy policy link.

Afbeelding 2: Aanmeldscherm voor nieuwsbrief of e-mailservice van een van de loterijen.

<sup>17</sup> Woordelijk verslag van de hoorzitting d.d. 6 december 2012, p. 22.

<sup>18</sup> Onderzoeksrapport, randnummer 49.

## Besluit Openbaar

### *Aanmelden voor actie of spelletje*

17. Consumenten kunnen ook via actiepagina's van de loterijen meedoen aan een spelletje.<sup>19</sup> Dat is de derde methode van de loterijen om e-mailadressen te vergaren. De consument vult in het actiescherm zijn contactgegevens, waaronder e-mailadres, in en moet, om te kunnen meedoen aan de actie of het spelletje, akkoord gaan met de actievoorwaarden of algemene voorwaarden. Door akkoord te gaan met de voorwaarden ontvangt de consument e-mailberichten van de loterijen. Hieronder staat een voorbeeld van een dergelijk aanmeldscherm.



The image shows a registration form for a lottery promotion. The background is a blue sky with a large glowing light bulb in the center. Below the light bulb, there is a small island with a lion, a zebra, and an elephant. The form is titled "Verwelkomt u straks de led-lamp in uw huis?" and asks for personal details. The form fields are: "Dit" (selected) and "Mijn" (radio buttons); "VOORLETTERS", "TUSSEN", and "ACHTERNAAM" (text boxes); "STRAATNAAM" and "HUISNR." (text boxes); "POSTCODE" and "PLAATS" (text boxes); and "E-MAILADRES" (text box). There is a checkbox for "Ik ga akkoord met de actievoorwaarden". A red "VERSTUREN" button is visible. At the bottom, there are logos for "De Nationale Postcode Loterij" and "WWF", and links for "FAQ", "CONTACT", and "PERS".

*Afbeelding 3: Aanmeldscherm voor deelname aan een actie van de loterijen.*

18. Door het zetten van een vinkje wordt een consument op meerdere mailinglijsten van dezelfde loterij gezet. De consument ontvangt dus meerdere uitingen van de loterijen via de e-mail. Zo verzenden de loterijen e-mailberichten onder de naam "nieuwsbrief", "actie", "spelmail", en "partner".<sup>20</sup>

19. De loterijen hebben het bedrijf [VERTROUWELIJK] ingeschakeld voor de e-mailmarketing. [VERTROUWELIJK] maakt sinds april 2008 gebruik van het e-mailsysteem [VERTROUWELIJK]. In dit e-mailsysteem zijn de gegevens opgenomen van deelnemers en potentiële deelnemers, op basis waarvan mailinglijsten worden samengesteld voor het verzenden van e-mailberichten.<sup>21</sup>

<sup>19</sup> Onderzoeksrapport, randnummers 82 en 84.

<sup>20</sup> Onderzoeksrapport, randnummer 68.

<sup>21</sup> Pleitnota, randnummers 4.5 en 4.6.



## Besluit Openbaar

### 5 Zienswijze van de loterijen

20. Het college heeft de loterijen in de gelegenheid gesteld om hun zienswijze op het onderzoeksrapport naar voren te brengen. Kort en zakelijk weergegeven brengen de loterijen de volgende punten in hun zienswijze naar voren.
21. De loterijen zijn van oordeel dat het totaal aantal klachten gering is en geen aanleiding hadden mogen zijn om nader onderzoek uit te voeren naar de gedragingen van de loterijen. Verder stellen de loterijen dat zij geen inzage hebben gekregen in de klachten.
22. De loterijen stellen dat in het onderzoek de database met gegevens van deelnemers en potentiële deelnemers<sup>22</sup> op twee verschillende momenten is vergeleken.<sup>23</sup> Dit is naar het oordeel van de loterijen niet zinvol geweest, omdat de database een levend geheel is en de (inhoud van de) database continu verandert. Hieruit kunnen volgens de loterijen, zonder nadere uitleg over de (context van de) database geen conclusies worden getrokken. De loterijen hebben om deze reden ernstige twijfels bij de betrouwbaarheid en (met name) de validiteit van het onderzoek en het rapport. Tevens stellen de loterijen dat er niet is ingegaan op het aanbod van de loterijen om OPTA te begeleiden bij het digitaal forensisch onderzoek naar de database van de loterijen. Volgens de loterijen getuigt het rapport, opgesteld door één toezichthoudend ambtenaar, niet van een zorgvuldige voorbereiding in de zin van artikel 3:2 Awb.
23. Volgens de loterijen heeft OPTA ten onrechte vijfenhalf jaar gewacht alvorens met het onderzoek te beginnen. Voor de rechtszekerheid had het meer voor de hand gelegen om op een eerder moment op te treden, zodat de vermeende overtreding dan direct gestaakt had kunnen worden.
24. De loterijen stellen dat het college op grond van artikel 5:45 Awb niet bevoegd is een boete op te leggen voor de gehele onderzoeksperiode in het rapport, 1 januari 2005 tot en met 30 juni 2010, maar slechts voor de periode na maart 2008.
25. Ook stellen de loterijen dat de schriftelijke vastlegging van het digitaal forensisch onderzoek onduidelijk en op sommige punten slordig is. Het is volgens de loterijen daardoor onmogelijk om alle conclusies in het digitaal forensisch onderzoek te verifiëren. De loterijen stellen hierdoor in hun verdediging te zijn geschaad.
26. Naar het oordeel van de loterijen beschikken zij wel over een administratie op grond waarvan kan worden vastgesteld wanneer, voor wie en op welke wijze toestemming is verkregen voor het verzenden van commerciële e-mailberichten. Los daarvan zijn de loterijen van oordeel dat de maatstaf die het college oplegt voor het aantonen van voorafgaande toestemming te streng is en een onjuiste uitleg van de bewijsverplichting is.
27. Volgens de loterijen blijkt uit het onderzoek niet welke e-mailberichten naar deelnemers van de

---

<sup>22</sup> [VERTROUWELIJK] database (zie randnummer 19).

<sup>23</sup> De onderzoeker heeft een analyse gemaakt van de gegevensverzameling SVO3, aldus de [VERTROUWELIJK] Database die van 2004 tot maart 2008 heeft gefunctioneerd en een analyse van SVO4, het nieuwe systeem [VERTROUWELIJK].

## Besluit Openbaar

loterijen zijn verzonden. Verzending van e-mailberichten zonder aantoonbare voorafgaande toestemming zou volgens de loterijen geoorloofd zijn op grond van artikel 11.7, derde lid, Tw.

### 6 Juridisch Kader

28. Voor het juridisch kader verwijst het college korthedshalve naar bijlage 1. Deze bijlage bevat de relevante wetsartikelen uit de Tw, de Awb en de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp) over de bevoegdheid van het college, over het spamverbod en over het begrip toestemming. Tevens zijn de voor dit besluit relevante passages weergegeven uit de Memories van Toelichting bij de Tw en de Wbp. Tenslotte zijn de belangrijkste punten weergegeven uit de Boetebeleidsregels<sup>24</sup> en de Publicatiebeleidsregels<sup>25</sup> van het college.

### 7 Overwegingen

#### 7.1 Handelwijze van het college

##### 7.1.1 Klachten

29. De loterijen vinden het aantal klachten dat aanleiding is geweest voor het college om een onderzoek te starten gering. De loterijen merken hierbij tevens op dat zij geen inzage hebben gekregen in de klachten. De loterijen vinden het onbegrijpelijk dat het college een onderzoek is gestart naar aanleiding van een gering aantal klachten. Bovendien heeft het college te lang gewacht met het beginnen van een onderzoek en is de duur van het onderzoek te lang.
30. Het college volgt de loterijen niet in haar stelling dat het aantal klachten te gering was om een onderzoek te starten. Dit veronderstelt een bepaalde grens in het aantal ontvangen klachten waarboven het college pas mag overgaan tot handhaving. Een dergelijke grens is niet aan de orde. Het college is bevoegd om op te treden tegen iedere overtreding. Deze bevoegdheid is niet afhankelijk van de vraag of er klachten zijn ingediend. Zodoende is het college ook bevoegd om handhavend op te treden als er in het geheel geen klachten zijn ingediend over een geconstateerde overtreding.<sup>26</sup>
31. Het college merkt op dat de loterijen weliswaar geen inzage hebben gekregen in alle klachten die via spamklacht.nl over de loterijen zijn ingediend, maar wel in een deel daarvan. Het college heeft een deel van de klachten, die via spamklacht.nl zijn ontvangen over de loterijen, toegevoegd aan het onderzoeksrapport. Daar waar het gaat om de vaststelling dat de berichten naar 'abonnees' zijn verstuurd, heeft het college de klachten van 9 klagers nader onderzocht. Deze klachten zijn ook aan het onderzoeksdossier toegevoegd. Zulks in lijn met vaste jurisprudentie van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb).<sup>27</sup>

<sup>24</sup> Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 Tw (Boetebeleidsregels OPTA 2008 ), *Stcrt.* 2008, nr. 50.

<sup>25</sup> Wijziging beleidsregels openbaarmaking OPTA, *Stcrt* 2011, nr. 9747. Wijziging beleidsregels openbaarmaking OPTA (integrale tekst) is gepubliceerd op <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=34233>.

<sup>26</sup> Rb Rotterdam 7 oktober 2008, *LJN* BG0283.

<sup>27</sup> CBb 7 december 2011, *LJN* BU9170.



## Besluit Openbaar

32. Het college heeft de loterijen geen inzage gegeven in de overige klachten die hij via spamklacht.nl heeft ontvangen. Dit is ook niet nodig, omdat de overige klachten enkel aanleiding zijn geweest voor het college om een onderzoek te starten naar de werkwijze van de loterijen bij het verzenden van e-mailberichten. Noch de inhoud of aard van deze klachten noch het aantal klachten is als bewijs gebruikt om vast te kunnen stellen of er sprake is van een overtreding. De klachten zijn ook niet gebruikt bij de bepaling van de hoogte van de boete.
33. Zoals de rechtbank Rotterdam in haar uitspraak van 4 mei 2011 heeft overwogen<sup>28</sup> hoeven de klachten niet te worden opgenomen in het onderzoeksdossier, wanneer deze niet ten grondslag zijn gelegd aan de overtreding:

*“2.4.5.8 De rechtbank is voorts van oordeel dat verweerder, anders dan eiseres heeft gesteld, de klachten die bij hem over eiseres zijn ingekomen niet in het onderzoeksdossier heeft hoeven op te nemen, omdat deze niet ten grondslag zijn gelegd aan de overtreding.*

*(...)*

*De overtredingen zijn door verweerder niet vastgesteld op basis van de ingekomen klachten of meldingen. Verweerder is naar aanleiding van de ingekomen klachten en/of meldingen een onderzoek gestart en de overtredingen zijn vastgesteld op basis van het resultaat van dat onderzoek.”*

### 7.1.2 Onderzoeksperiode

34. De loterijen stellen dat OPTA in het belang van de rechtszekerheid eerder met een onderzoek had moeten beginnen, zodat de vermeende overtreding dan direct gestaakt had kunnen worden.
35. In reactie hierop merkt het college op dat het moment waarop hij besluit om een onderzoek in te stellen naar een partij, een afweging is die afhangt van verschillende factoren. Factoren die het college betreft in zijn afweging zijn onder andere de aard en ernst van de (vermoedelijke) overtreding, maar ook de beschikbare inzet van mensen en middelen. Dat deze afweging in casu in 2010 heeft geleid tot de start van een onderzoek, past in het beleid van het college en is niet in strijd met enig beginsel. Bovenal wijst het college erop, dat het de eigen verantwoordelijkheid is van de loterijen om de wet na te leven en indien nodig of gewenst juridische hulp in te schakelen.
36. Voorts stellen de loterijen dat het college op grond van artikel 5:45 Awb geen bevoegdheid heeft om voor de gehele in het onderzoeksrapport opgenomen onderzoeksperiode een boete op te leggen. De periode waarvoor het college bevoegd is een boete op te leggen is volgens de loterijen maximaal tweeënhalf jaar, van 2008 tot en met 30 juni 2010.

---

<sup>28</sup> Rb Rotterdam 4 mei 2011, *LJN* BQ3528.

## **Besluit Openbaar**

37. Ambtshalve constateert het college dat de periode waarover hij op grond van het onderzoeksrapport een overtreding kan vaststellen loopt vanaf 1 oktober 2009. Aan de vraag of het college in casu op grond van artikel 5:45 Awb bevoegd is een boete op te leggen voor de gehele onderzoeksperiode komt het college derhalve niet toe.
38. Sinds 1 oktober 2009 maakt de wetgever in verband met overtreding van het spamverbod geen onderscheid meer tussen rechtspersonen en natuurlijke personen als abonnee. Vóór die tijd gold het spamverbod alleen voor het verzenden van e-mailberichten aan natuurlijke personen als abonnee. De rapporteur heeft bij de verificatie van de klachten (zie randnummer 31) niet geverifieerd of de klagers die een e-mailbericht hebben ontvangen van de loterijen voor 1 oktober 2009 tevens natuurlijke persoon zijn. Het college kan derhalve niet vaststellen of e-mailberichten die door de loterijen voor 1 oktober 2009 zijn verzonden, zijn verstuurd aan abonnees die tevens natuurlijke persoon zijn. Het college kan niet anders dan concluderen dat er onvoldoende bewijs is om een overtreding door de loterijen vast te stellen vóór 1 oktober 2009.
39. In onderhavig besluit zal het college in zijn overwegingen zich daarom richten op gedragingen van de loterijen vanaf 1 oktober 2009 tot en met 30 juni 2010.

### **7.1.3 Onderzoekswijze**

40. De loterijen stellen dat er geen sprake is van een zorgvuldig onderzoek, omdat de rapporteur miskend heeft dat de database van de loterijen maatwerk is en een dynamisch geheel is. Bovendien is de rapporteur niet ingegaan op het aanbod van de loterijen om specialisten van de loterijen behulpzaam te laten zijn bij analyse van de database. Tenslotte merken de loterijen op dat het rapport opgesteld is door slechts één toezichthoudend ambtenaar.
41. Dat de rapporteur niet is ingegaan op het aanbod van de loterijen om OPTA door specialisten van de loterijen te laten begeleiden bij het analyseren van de database betekent naar het oordeel van het college niet dat het onderzoek onzorgvuldig zou zijn uitgevoerd. Het college is gerechtigd onderzoek te laten doen naar informatie die hij heeft verkregen van de loterijen. Daarbij vindt het college het alleszins redelijk en voorstelbaar dat de rapporteur zich hierbij niet laat bijstaan door (specialisten van de) partijen wier handelwijze onderwerp van onderzoek is. Het college merkt overigens nog op dat de loterijen enkel in algemene termen hebben gesteld dat het onderzoek onzorgvuldig is uitgevoerd. De loterijen hebben voor die stelling geen concrete voorbeelden aangedragen.
42. Dat een database een dynamisch geheel is en aangepast aan de wensen en eisen van de betreffende partijen neemt het college voor kennisgeving aan. Het onderzoek naar overtreding van het spamverbod door de loterijen richt zich op het verleden. Daarvoor is het dus nodig een uitsnede van de database te bekijken. Een uitsnede van de database is per definitie statisch. Daarmee heeft de rapporteur naar het oordeel van het college geenszins miskend dat de database als geheel dynamisch is. Het college merkt overigens nog op dat niet één toezichthoudend ambtenaar, maar drie toezichthoudend ambtenaren aan het onderzoek

## **Besluit Openbaar**

hebben gewerkt. Gezien bovenstaande heeft het college geen reden te twijfelen aan de zorgvuldigheid van het onderzoek.

43. De loterijen zijn van oordeel dat de schriftelijke vastlegging van het digitaal forensisch onderzoek onduidelijk en slordig is. De loterijen stellen dat zij hierdoor in hun verdediging zijn geschaad, omdat het niet mogelijk is om alle conclusies die in het rapport van het digitaal forensisch onderzoek zijn opgenomen te verifiëren.
44. Het college erkent dat de schriftelijke vastlegging van het digitaal forensisch onderzoek enkele onnauwkeurigheden kent. Zoals het college hierboven al aangeeft heeft hij geen enkele aanleiding te veronderstellen dat het digitaal forensisch onderzoek zelf op onjuiste of onzorgvuldige wijze is uitgevoerd. Het college is van oordeel dat de onnauwkeurigheden in het rapport geenszins in de weg staan aan de verdediging van de loterijen. De loterijen beschikken over alle relevante informatie, zowel digitaal als schriftelijk, op basis waarvan het college onderhavig besluit heeft genomen.

### **7.1.4 Conclusie ten aanzien van handelwijze van het college**

45. Gelet op het voorgaande is het college van oordeel dat zijn handelwijze inzake het onderzoek naar de loterijen, het nemen van onderhavig besluit niet in de weg staat. Er was voldoende aanleiding voor het onderzoek en dit heeft verder binnen de grenzen van de bevoegdheden van het college en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur plaatsgevonden. Het college stelt de periode waarover hij de gedragingen van de loterijen in overweging neemt ambtshalve vast van 1 oktober 2009 tot en met 30 juni 2010.

## **7.2 Overtreding**

46. Op grond van artikel 11.7, eerste lid, Tw is het gebruik van elektronische berichten voor het overbrengen van ongevroegde 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 toetst het college de werkwijze van de loterijen achtereenvolgens aan elk van de onderdelen van artikel 11.7, eerste lid, Tw.
47. Zoals in randnummer 39 uiteengezet toetst het college de werkwijze van de loterijen in de periode 1 oktober 2009 tot en met 30 juni 2010. Het college richt zich daarbij op de e-mailberichten die door en in naam van de loterijen zijn verstuurd.

### **7.2.1 Elektronische berichten**

48. E-mailberichten zijn elektronische berichten voor het overbrengen van communicatie, omdat e-mailberichten volgens artikel 11.1, aanhef en onderdeel i, Tw vallen onder de definitie van elektronisch bericht. Dit gegeven wordt overigens niet door de loterijen betwist. Het college stelt derhalve vast dat de verschillende uitingen van de loterijen die zij via de e-mail heeft verstuurd zijn aan te merken als elektronische berichten in de zin van artikel 11.1, aanhef en onderdeel i, Tw.

## Besluit Openbaar

### 7.2.2 Commercieel doel van de e-mailberichten

49. Er kan geen twijfel over bestaan dat de door de loterijen verstuurde e-mailberichten een commercieel doel hadden. De loterijen hebben zelf verklaard dat het onderhouden van contact met deelnemers en potentiële deelnemers door het verzenden van e-mailberichten als doel heeft de uitkering aan goede doelen op niveau te houden. Met de e-mailberichten informeren de loterijen de deelnemers en potentiële deelnemers over lopende campagnes, de gesteunde goede doelen, loterijuitslagen en speciale acties en de wijze waarop kan worden deelgenomen aan de loterijen. Het college is van oordeel dat de door de loterijen verstuurde e-mailberichten een commercieel doeleinde hebben. Dit wordt overigens niet betwist door de loterijen.

### 7.2.3 Abonnees

50. Sinds 1 oktober 2009 maakt de wetgever in verband met overtreding van het spamverbod geen onderscheid meer tussen rechtspersonen en natuurlijke personen als abonnee. De rapporteur heeft bij een aantal klagers geverifieerd en vastgesteld dat zij gebruik maakten van het e-mailadres waaraan het ongevraagde e-mailbericht van de loterijen is verzonden, dan wel hun internettoegang ontlenen aan een contract met een aanbieder van internetdiensten. De verklaringen van de klagers zijn gecontroleerd bij de door de klager genoemde aanbieder van internetdiensten.
51. Gelet op artikel 1.1, aanhef en onderdeel p, 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.
52. Het college heeft enkel de geverifieerde verklaringen van klagers in ogenschouw genomen die gaan over ontvangen e-mailberichten in de periode waarvoor het college een boete oplegt. Dit zijn 13 geverifieerde klachten.<sup>29</sup> Naar het oordeel van het college staat op basis van deze verklaringen vast dat de e-mailberichten op het desbetreffende e-mailadres worden ontvangen en gelezen middels een internetverbinding op basis van een overeenkomst met een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst.
53. Het college hanteert de door de rechtbank Rotterdam gehanteerde richtlijn, inhoudende dat voor het bewijs dat het spamverbod is overtreden een aantal van drie geverifieerde klachten voldoende is.<sup>30</sup> Het college heeft in onderhavige zaak 13 klachten geverifieerd. Het college is van oordeel dat dit voldoende is.
54. Het college concludeert gezien het voorgaande dat er abonnees zijn betrokken in de zin van artikel 1.1, aanhef en onderdeel p, Tw. Uit de in het onderzoeksrapport geverifieerde klachten kan immers geen ander oordeel volgen dan dat deze ontvangers ongevraagde e-mailberichten hebben ontvangen middels een overeenkomst met een aanbieder van een openbare

<sup>29</sup> Onderzoeksrapport, bijlage 18, klachten van klagers 2, 3, 5, 7 en 9.

<sup>30</sup> Rb Rotterdam 23 mei 2007, *LJN* BA6377 en Rb Rotterdam 12 januari 2010, *LJN* BK8880.

## Besluit Openbaar

elektronische communicatiedienst voor de levering van dergelijke diensten. Hiermee staat voor het college vast dat de loterijen ongevraagde e-mailberichten hebben verstuurd naar abonnees in de zin van artikel 1.1, aanhef en onderdeel p, Tw.

### 7.2.4 Verzender

55. Artikel 11.7 eerste lid, Tw richt zich tot de verzender, die als overtreder van het spamverbod moet worden aangemerkt. Het college overweegt in dit verband dat volgens de wetgever het begrip “verzender” niet alleen degene is die op de verzendknop drukt (de feitelijk verzender), maar ook “degene waarvan het bericht afkomstig is” (de materiële verzender) is.
56. Op grond van randnummer 13 en 19 van dit boetebesluit stelt het college vast dat de loterijen zijn aan te merken als verzender van de e-mailberichten in de zin van artikel 11.7, eerste lid, Tw. Dit wordt overigens niet betwist door de loterijen.

### 7.2.5 Toestemming

57. De loterijen stellen dat zij een administratie bijhouden op grond waarvan kan worden vastgesteld wanneer, voor wie en op welke wijze toestemming is verkregen voor het verzenden van e-mailberichten. Voorts stellen de loterijen dat de maatstaf dat de administratie een ondubbelzinnig weergave moet bevatten van “wanneer, waarvoor en op welke wijze toestemming is verkregen” te streng is en een onjuiste uitleg van de bewijsverplichting.
58. Het college sluit voor de uitleg van het begrip toestemming aan bij de tekst van de wet en de wetsuitleg. Hieruit volgt dat de verzender moet kunnen aantonen dat de betreffende abonnee voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voorafgaand toestemming heeft verleend.<sup>31</sup> Artikel 11.1, aanhef en sub g, Tw verwijst voor de uitleg van het begrip toestemming uit de Tw naar het begrip toestemming zoals bedoeld in artikel 1, onder i, Wbp. Dit laatste artikel noemt drie (cumulatieve) criteria waaraan de toestemming moet voldoen, namelijk “vrij”, “op informatie berustend” en “specifiek”.<sup>32</sup> Hierbij dienen de loterijen 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.<sup>33</sup>
59. De loterijen hebben een database verstrekt aan het college met daarin e-mailadressen, data en verzonden mailings. Het college kan uit deze database niet afleiden hoe en wanneer een abonnee toestemming heeft gegeven voor het verzenden van e-mailberichten. Uit de database is per e-mailadres af te lezen welke mailings zijn verzonden. Hieruit is echter niet af te leiden of de abonnee van het betreffende e-mailadres voorafgaande toestemming heeft verleend voor het versturen van de e-mailberichten. Het college concludeert dat de loterijen niet hebben kunnen aantonen dat de abonnees toestemming hebben gegeven voor het toezenden van commerciële e-mailberichten.

---

<sup>31</sup> *Kamerstukken II* 2002/03, 28 851, nr. 15; *Handelingen II* 2003/04, 28 851, p. 14-788.

<sup>32</sup> Zie bijlage 1 bij dit besluit, randnummers B1 en B2.

<sup>33</sup> Zie bijlage 1 bij dit besluit, randnummers B3 en B4.

## Besluit Openbaar

60. Ten overvloede merkt het college op dat hij ook niet uit de werkwijze van de loterijen kan afleiden dat de abonnee toestemming heeft verleend voor het verzenden van e-mailberichten. Artikel 11.1, aanhef en sub g, Tw verwijst voor de uitleg van het begrip toestemming uit de Tw naar het begrip toestemming zoals bedoeld in artikel 1, onder i, Wbp. Dit laatste artikel noemt drie (cumulatieve) criteria waaraan de toestemming moet voldoen, namelijk “vrij”, “op informatie berustend” en “specifiek”.
61. In paragraaf 4.2 worden drie verschillende methoden beschreven die door de loterijen werden gebruikt voor het verzamelen van e-mailadressen en het verkrijgen van toestemming voor het toezenden van ongevraagde berichten. De eerste methode is via het inschrijvingsformulier om deelnemer te worden van één van de loterijen. Door een vinkje te plaatsen bij “hou mij op de hoogte van de uitslagen en acties van de Goede Doelen Loterijen” wordt de abonnee op meerdere mailinglijsten geplaatst. Het wordt de lezer niet duidelijk gemaakt op welke manier hij op de hoogte wordt gehouden, welk soort mailings hij kan verwachten en van welke loterij deze mailings afkomstig zullen zijn.
62. Ook bij de teksten in de tweede methode, waarbij een consument zich kan opgeven voor een nieuwsbrief van de loterijen, geven de loterijen naar het oordeel van het college niet begrijpelijk weer dat er toestemming wordt gegeven voor het toezenden van diverse mailings. De lezer kan weliswaar afleiden dat hij van een specifieke loterij informatie ontvangt, maar hij weet niet welk soort mailings hij kan verwachten. Daarnaast kan de consument ook bij deze methode een vinkje zetten bij “hou mij op de hoogte van de uitslagen en acties van de Goede Doelen Loterijen”. Hiervoor geldt hetzelfde als het college in randnummer 61 heeft overwogen.
63. Bij de derde methode waarbij consumenten kunnen meedoen aan een spelletje kan de consument enkel een vinkje zetten bij “ik ga akkoord met de actievoorwaarden” of “ik ga akkoord met de algemene voorwaarden”. Het college concludeert dat ook in dit voorbeeld geen toestemming in de zin van de Wbp en hoofdstuk 11 Tw wordt verkregen. Verwijzing naar algemene voorwaarden is daarvoor immers onvoldoende, zoals expliciet in de memorie van toelichting op artikel 11.1, onder g, Tw aangegeven.
64. Op basis van het bovenstaande oordeelt het college dat er bij alle drie de beschreven methoden voor het verzamelen van e-mailadressen geen sprake is van een op informatie berustende wilsuiting. Op grond hiervan oordeelt het college dat er geen sprake is van toestemming in de zin van artikel 11.1, aanhef en sub g, Tw, omdat in ieder geval aan één van de drie cumulatieve criteria voor toestemming niet is voldaan.

### 7.2.6 Uitzondering artikel 11.7, derde lid, Tw

65. De loterijen stellen dat een deel van de e-mailberichten is verzonden aan deelnemers van de loterijen. Voor het verzenden van deze e-mailberichten was naar het oordeel van de loterijen op grond van artikel 11.7, derde lid, Tw geen toestemming vereist.



## Besluit Openbaar

66. Artikel 11.7, derde lid, Tw is een bepaling die verduidelijking en voorwaarden schept om uitgezonderd te worden van de verplichtingen uit artikel 11.7, eerste lid, Tw. Artikel 11.7, derde lid, Tw bevat een uitzondering voor het gebruik van contactgegevens die zijn verkregen in het kader van de verkoop van een eigen gelijksoortige dienst of product. Indien de gegevens zijn verkregen in het kader van de verkoop van een dienst of product hoeft de verzender van commerciële e-mailberichten geen toestemming van de klant te hebben, mits aan deze klant zowel bij de verkrijging van zijn gegevens als bij alle volgende communicatie de mogelijkheid is geboden om kosteloos en op gemakkelijke wijze verzet aan te tekenen tegen het gebruik van zijn gegevens.

### *Klantrelatie*

67. Om aanspraak te kunnen maken op de uitzondering uit het derde lid, moeten contactgegevens zijn ontvangen in het kader van de verkoop van zijn product of dienst. Onder de term “verkoop” moet worden verstaan “koop”.

68. Uit de omschrijving van koop in artikel 7:1 BW vloeit voort dat zonder tegenprestatie in geld geen sprake kan zijn van een koopovereenkomst. De deelnemers van de loterijen kopen de loten van de loterijen, dat wil zeggen betalen geld om deel te nemen aan de loterijen. De loterijen hebben derhalve de contactgegevens ontvangen in het kader van de verkoop van een product of dienst en kunnen als gevolg daarvan aanspraak maken op de uitzondering uit het derde lid van artikel 11.7 Tw.

69. Op basis van de werkwijze van de loterijen concludeert het college dat de loterijen contactgegevens van abonnees deels verkrijgen in het kader van de verkoop van een dienst of product. Zoals blijkt uit randnummer 14 kan een consument zich via de websites van NPL, BGL en VL aanmelden als deelnemer van de loterij. In dit geval worden de contactgegevens van de consument verkregen in het kader van de verkoop van een dienst of product. Het college overweegt dan ook dat de uitzondering van artikel 11.7, derde lid, Tw mogelijk van toepassing is, mits de klant bij het verstrekken van zijn contactgegevens duidelijk en uitdrukkelijk de gelegenheid worden geboden om kosteloos en op gemakkelijke wijze verzet aan te tekenen tegen het gebruik van deze contactgegevens.

### *Recht van verzet*

70. De klant moet bij het verstrekken van zijn contactgegevens duidelijk en uitdrukkelijk de gelegenheid worden geboden om kosteloos en op gemakkelijke wijze verzet aan te tekenen tegen het gebruik van zijn contactgegevens.<sup>34</sup> Indien de klant bij deze gelegenheid geen verzet heeft aangetekend, moet hem echter bij elke overgebrachte communicatie de mogelijkheid worden geboden om onder dezelfde voorwaarden - te weten kosteloos en op gemakkelijke wijze - verzet aan te tekenen tegen het verder gebruik van zijn contactgegevens.

---

<sup>34</sup> *Kamerstukken I*, 2004/04, 28 851, C, p. 23 (MvA I).

## Besluit Openbaar

71. Op het moment dat contactgegevens worden verkregen in het kader van de verkoop van een dienst of product, dient de verkopende partij de klant in de gelegenheid te stellen om kosteloos en op gemakkelijke wijze verzet aan te tekenen tegen het gebruik van zijn elektronische contactgegevens.
72. Het aantekenen van verzet houdt in dat de partij, in casu de loterijen, die de contactgegevens heeft ontvangen in het kader van de verkoop van een product of dienst na het ontvangen van dit verzet geen gebruik meer mag maken van de contactgegevens om commerciële berichten te verzenden.
73. Uit de werkwijze van de loterijen blijkt dat bij het aanmeldscrem om deelnemer te worden van een loterij onderaan staat "hou mij op de hoogte van uitslagen en acties van de Goede Doelen Loterijen", waarbij de klant een vinkje kan (aan- of uit-) zetten.<sup>35</sup> Als de klant het vinkje aanzet ontvangt hij zowel e-mailberichten van de loterij waarvan hij deelnemer wordt als van de overige loterijen. Als de klant het vinkje uitzet ontvangt hij nog steeds wel e-mailberichten van de loterij waarvan hij deelnemer wordt.<sup>36</sup> Onderaan het aanmeldscrem staat dat de klant zich via de post kan afmelden voor het gebruik van zijn contactgegevens. De klant heeft immers bij het afgeven van zijn contactgegevens niet de mogelijkheid om aan te geven aan de loterij waarvan hij deelnemer wordt dat hij in het geheel geen commerciële berichten wil ontvangen van de betreffende loterij.
74. Het college merkt hierbij op dat de klant, die alle vinkjes uitzet, logischerwijs in de veronderstelling verkeert dat hij gebruik heeft gemaakt van zijn recht van verzet. De klant komt hier echter bedrogen uit als blijkt dat hij wel e-mailberichten van de loterij ontvangt waarvan hij deelnemer is geworden.
75. Daarnaast geeft artikel 11.7, derde lid, Tw aan dat in geval de klant bij de eerste gelegenheid geen gebruik heeft gemaakt van het geboden recht van verzet hem vervolgens bij iedere overgebrachte communicatie de mogelijkheid moet worden geboden om verzet aan te tekenen tegen het gebruik van zijn contactgegevens.
76. Dit houdt in dat in de commerciële berichten, die worden verzonden aan deelnemers van de loterijen een mogelijkheid moet worden geboden aan de klant om aan te geven dat hij niet meer wil dat zijn contactgegevens door de verzender worden gebruikt.
77. Uit paragraaf 3.6 van het onderzoeksrapport blijkt dat de werkwijze van de loterijen voor het bieden van het recht van verzet in de overgebrachte communicatie inhield dat de klant enkel kon aangeven dat zijn contactgegevens niet meer gebruikt worden voor die bepaalde e-mailuiting. De contactgegevens van de klant werden van de mailinglijst van die bepaalde e-mailuiting gehaald, maar niet van de andere mailinglijsten. De klant die gebruik wenste te maken van zijn recht van verzet bleef dus e-mailuitingen van de loterijen ontvangen. Pas na

---

<sup>35</sup> Dit geldt alleen voor de categorie waarbij de consument deelnemer wordt van één van de loterijen, zoals blijkt uit randnummer 1413 en afbeelding 1 van dit besluit.

<sup>36</sup> Woordelijk verslag van de hoorzitting d.d. 6 december 2012, p. 22.

## Besluit Openbaar

ontvangst van een volgende (na de eerste maal gebruik van het recht van verzet) commerciële e-mailbericht van de loterijen kan de klant via een doorklik-link op een overzichtspagina aangeven welke commerciële e-mail berichten hij nog wel en niet meer wil ontvangen. Pas nadat de klant op die overzichtspagina aangeeft in het vervolg geen enkel commercieel e-mailbericht van de verzender te willen ontvangen, worden zijn contactgegevens niet meer gebruikt voor het verzenden van commerciële e-mailberichten door de loterijen.

78. Het aanbieden van het recht van verzet in elk e-mailbericht houdt naar het oordeel van het college in dat de contactgegevens van de klant die gebruik maakt van zijn recht van verzet in het geheel niet meer door de verzender van het e-mailbericht worden gebruikt. Dit betekent dat de verzender de contactgegevens van de klant direct, en niet pas na twee of meerdere keren vragen door de klant, uit al zijn mailinglijsten moet halen.
79. Indien de klant bij het aangaan van de klantrelatie in de veronderstelling is geweest verzet te hebben aangetekend tegen het gebruik van zijn contactgegevens en vervolgens alsnog commerciële e-mails ontvangt, zal de klant gebruik willen maken van het recht van verzet dat geboden wordt in de vervolggcommunicatie. Hierbij is dan wel van belang dat het gebruik van dit recht van verzet tot gevolg heeft dat de contactgegevens van de klant niet meer worden gebruikt.
80. In het onderzoeksrapport is door de rapporteur in hoofdstuk 3.7 en in hoofdstuk 6 geconcludeerd dat de loterijen artikel 11.7, derde lid, Tw hebben overtreden. Gezien de context van het rapport gaat het college er van uit dat de rapporteur hiermee bedoelt dat de uitzondering van artikel 11.7, derde lid, Tw niet van toepassing is op de door de loterijen verzonden e-mailberichten.

### *Conclusie ten aanzien van artikel 11.7, derde lid, Tw*

81. Zoals blijkt uit bovenstaande vormt artikel 11.7, derde lid, Tw een uitzondering op het toestemmingsvereiste voor het verzenden van commerciële berichten dat volgt uit artikel 11.7, eerste lid, Tw. Dit houdt in dat de verzender van commerciële berichten geen voorafgaande toestemming hoeft te hebben indien de verzender de gegevens van de ontvanger heeft verkregen in het kader van de verkoop van een dienst of product en hij zowel bij het ontvangen van de gegevens als bij het verzenden van elke commerciële communicatie aan de klant de mogelijkheid biedt om kosteloos en op gemakkelijke wijze verzet aan te tekenen tegen het gebruik van zijn contactgegevens door de verzender.
82. Het college concludeert dat sprake is van het verkrijgen van contactgegevens door de loterijen doordat de consument deelnemer wordt van een of meer loterijen. In dat geval is sprake van het verkrijgen van contactgegevens in het kader van de verkoop van een dienst of product.
83. Voorts concludeert het college dat uit de werkwijze van de loterijen blijkt dat niet aan de voorwaarde wordt voldaan die stelt dat bij verkrijging van de contactgegevens aan de klant de mogelijkheid moet worden geboden om kosteloos en op gemakkelijke wijze verzet aan te tekenen tegen het gebruik van zijn gegevens. Immers de klant kan niet voorkomen dat zijn contactgegevens op de mailinglijsten van de loterij waarvan hij deelnemer is, worden gezet. Dat

## **Besluit Openbaar**

de klant via de post zich kan afmelden doet hier niet aan af. Dit voldoet niet aan de voorwaarde dat de klant zich kosteloos en op gemakkelijke wijze moet kunnen verzetten tegen het gebruik van zijn contactgegevens. Overigens zal de klant wel in de veronderstelling zijn dat hij gebruik heeft gemaakt van zijn recht van verzet. Na ontvangst van de eerstvolgende communicatie zal de klant merken dat zijn contactgegevens nog steeds door de loterij worden gebruikt.

84. Daarnaast concludeert het college dat door de loterijen ook niet aan de voorwaarde wordt voldaan om, indien de consument bij het aangaan van de klantrelatie met de loterijen geen gebruik heeft gemaakt van zijn recht van verzet (wat in dit geval in de praktijk ook niet mogelijk was), bij iedere volgende communicatie alsnog het recht van verzet aan de klant aan te bieden. De klant krijgt niet de mogelijkheid geboden om in één keer aan te geven dat zijn gegevens door de loterijen in het geheel niet meer gebruikt mogen worden. De klant moet zijn verzoek herhalen voordat hij in het geheel verstoken blijft van e-mailberichten van de loterijen. Het is voor de klant niet gemakkelijk om te zorgen dat zijn contactgegevens niet meer door de loterijen worden gebruikt voor het verzenden van commerciële e-mailberichten.
85. Op basis van bovenstaande concludeert het college dat de loterijen niet hebben voldaan aan de voorwaarden die de wet stelt aan de uitzondering van artikel 11.7, derde lid, Tw. Daardoor geldt de uitzondering van artikel 11.7, derde lid, Tw niet en blijft het toestemmingsvereiste van artikel 11.7, eerste lid, Tw onverkort van kracht.

### **7.2.7 Conclusie ten aanzien van de overtreding**

86. Het college is van oordeel dat de loterijen in strijd met artikel 11.7, eerste lid, Tw hebben gehandeld door elektronische berichten te gebruiken om ongevraagde communicatie voor commerciële doeleinden over te brengen aan abonnees, zonder dat daarvoor aantoonbaar toestemming is verkregen.

### **7.3 Overtreders**

87. De gedragingen van de loterijen zoals hierboven omschreven zijn aan te merken als een overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw. Artikel 11.7, eerste lid, Tw, richt zich tot de verzender, die als overtreder van het spamverbod moet worden aangemerkt. Het college overweegt in dit verband dat volgens de wetgever het begrip “verzender” niet alleen de feitelijke verzender, maar ook de materiële verzender omvat.

#### **7.3.1 NPL, BGL en VL**

88. Het college merkt in casu NPL, BGL en VL als overtreders, dat wil zeggen plegers, althans medeplegers, aan van artikel 11.7, eerste lid, Tw.
89. Het college beschouwt NPL, BGL en VL als overtreders, dat wil zeggen als plegers, althans medeplegers, van de in randnummer 86 door het college geconstateerde overtreding. Het college overweegt daartoe het volgende. NPL, BGL en VL verzenden onder andere commerciële e-mailberichten om nieuwe deelnemers te werven. De loterijen hebben hierover verklaard dat de potentiële deelnemers informatie ontvangen over de lopende

## Besluit Openbaar

loterijcampagnes, de te steunen goede doelen en de wijze waarop kan worden deelgenomen aan de loterijen.<sup>37</sup> Dit zou volgens de loterijen de reden zijn dat de loterijen aanzienlijke aantallen e-mails verzenden.<sup>38</sup>

90. NPL, BGL en VL hebben elk aparte e-mailcampagnes. Elke loterij heeft een eigen marketingafdeling. De loterijen stellen dat "de e-mailuitingen door elke marketingafdeling worden bedacht (...)".<sup>39</sup> Tevens hebben de loterijen verklaard dat [VERTROUWELIJK], in opdracht van de loterijen, de e-mailverzenderpartij is van de loterijen.<sup>40</sup> De opdracht aan [VERTROUWELIJK] tot het verzenden van commerciële e-mailberichten is derhalve gegeven door NPL, BGL en VL. Het college is van oordeel dat NPL, BGL en VL zodoende gezamenlijk zijn aan te merken als materiële verzender voor de verstuurd e-mailberichten, en hiermee als overtreders.
91. Het college stelt vast dat de gedragingen hebben plaatsgevonden dan wel zijn verricht in de sfeer van de rechtspersonen NPL, BGL en VL. Immers, de gedragingen, het verzenden van commerciële e-mailberichten, passen binnen de normale bedrijfsvoering van NPL, BGL en VL. Tevens hebben NPL, BGL en VL er over kunnen beschikken of de gedragingen al dan niet zouden plaatsvinden; blijkens de feitelijke gang van zaken werd het verzenden van e-mailberichten in strijd met het spamverbod door NPL, BGL en VL aanvaard. Onder 'aanvaarden' is mede begrepen het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van NPL, BGL en VL kon worden gevergd met het oog op het voorkomen van de gedragingen. Deze gedragingen kunnen derhalve redelijkerwijs worden toegerekend aan NPL, BGL en VL.
92. Het college overweegt voorts dat NPL, BGL en VL niet inzichtelijk hebben kunnen maken voor welk deel van de verstuurd commerciële e-mailberichten ieder verantwoordelijk is te houden. Het college overweegt in dit verband dat NPL, BGL en VL gezamenlijk verantwoordelijk zijn voor het, in strijd met artikel 11.7, eerste lid, Tw verzenden van ongevraagde commerciële e-mailberichten zonder aantoonbare voorafgaande toestemming van desbetreffende abonnees.

### 7.3.2 De holding

93. Het college merkt tevens de holding aan als overtreder, dat wil zeggen functioneel dader, van de in randnummer 86 door het college geconstateerde overtreding. Het college overweegt daartoe het volgende. Een overtreding kan worden gepleegd door een functioneel dader. Dat wil zeggen dat de fysieke handelingen die de overtreding opleveren in de machtssfeer van de functionele dader lagen en dat de functionele dader deze handelingen heeft aanvaard of in het algemeen placht te aanvaarden, waarbij van dit laatste reeds sprake is indien de functionele dader is tekortgeschoten in hetgeen redelijkerwijs van hem mocht worden verwacht om wederrechtelijke gedragingen te voorkomen.

---

<sup>37</sup> Pleitnota, randnummer 4.2.

<sup>38</sup> Pleitnota, randnummer 4.3.

<sup>39</sup> Woordelijk verslag van het bezoek op 13 oktober 2010 van toezichthoudende ambtenaren aan HNGDL, p. 2.

<sup>40</sup> Woordelijk verslag van het bezoek op 13 oktober 2010 van toezichthoudende ambtenaren aan HNGDL, p. 15.

## Besluit Openbaar

94. Uit alle feiten en omstandigheden is gebleken dat het verzenden van commerciële e-mailberichten, in strijd met het spamverbod, binnen de machtssfeer van de holding als rechtspersoon heeft plaatsgevonden. Het college overweegt daartoe het volgende.
95. Het college constateert dat de directie van de holding uit drie personen bestaat, welke ook de directie van de drie loterijen vormen.<sup>41</sup> Onder de directie van de holding fungeert een team van drie Managing Directors. De directie en de Managing Directors geven leiding aan de drie loterijen en sturen het Management Team aan.<sup>42</sup>
96. De directie van de holding bepaalt voor een groot gedeelte het gezamenlijk beleid van de drie loterijen.<sup>43</sup> De werkzaamheden die in de drie loterijen ten behoeve van het verzenden van e-mailberichten zijn uitgevoerd, zijn onder leiding en verantwoordelijkheid van de directie en de Managing Directors uitgevoerd.<sup>44</sup> De activiteiten met betrekking tot het maken en verzinnen van de e-mailberichten en websites alsmede de verzending van die e-mails zijn uitgevoerd onder leiding en verantwoordelijkheid van de directie en de Managing Directors.<sup>45</sup>
97. De in het onderzoek bekeken gedragingen en werkzaamheden zijn voornamelijk verricht door de (gezamenlijke) afdelingen 'Televisie en Internet' en 'DatSERVICE'. 'Televisie en Internet' is verantwoordelijk voor het maken en verzinnen van de e-mails en websites. 'DatSERVICE' verzorgt de uitvoering. De loterijen hebben verklaard dat deze afdelingen voor de drie afzonderlijke loterijen werken.<sup>46</sup> Het college constateert tevens dat NPL, BGL en VL als één entiteit naar buiten treden door de gezamenlijke ledenadministratie aan te melden bij het Cbp.<sup>47</sup> Tevens treden NPL, BGL en VL gezamenlijk in de openbaarheid op onder de noemer 'Goede Doelen Loterijen'.<sup>48</sup>
98. Het college stelt, gezien bovengenoemde feiten, vast dat er een grote verwevenheid bestaat tussen NPL, BGL en VL en de holding. Het college acht het, gezien bovengenoemde feiten, zeer aannemelijk dat de holding beslissende invloed heeft op de gedragingen van NPL, BGL en VL, in casu het zonder toestemming verzenden van elektronische commerciële berichten door NPL, BGL en VL en deze handelingen heeft aanvaard. De holding heeft feitelijke zeggenschap en was zodoende in staat om in te grijpen.
99. Op grond van het vorenstaande is het college van oordeel dat de holding betrokkenheid heeft gehad bij de gedragingen van NPL, BGL en VL die hebben geleid tot bovengenoemde overtreding.

---

<sup>41</sup> Onderzoeksrapport, randnummer 112.

<sup>42</sup> Onderzoeksrapport, randnummer 113.

<sup>43</sup> Onderzoeksrapport, randnummer 115.

<sup>44</sup> Onderzoeksrapport, randnummer 116.

<sup>45</sup> Onderzoeksrapport, randnummer 120.

<sup>46</sup> Woordelijk verslag van het bezoek op 13 oktober 2010 van toezichthoudende ambtenaren aan HNGDL, p. 2.

<sup>47</sup> Woordelijk verslag van het bezoek op 13 oktober 2010 van toezichthoudende ambtenaren aan HNGDL, p. 3.

<sup>48</sup> Onderzoeksrapport, randnummer 14, afbeelding 1 en randnummer 15, afbeelding 2.



## Besluit Openbaar

### 7.3.3 Conclusie ten aanzien van de overwegingen met betrekking tot de overtreders

100. Het college merkt op grond van bovenstaande NPL, BGL en VL aan als overtreders, dat wil zeggen als plegers, althans medeplegers, van artikel 11.7, eerste lid, Tw. Daarnaast merkt het college de holding aan als overtreder, dat wil zeggen als functioneel dader, van overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw.

## 8 Overwegingen ten aanzien van de boete

### 8.1 Boetebeleid OPTA

101. De overtredingen die zijn begaan door de loterijen hebben plaatsgevonden in de periode van 1 oktober 2009 tot en met 30 juni 2010. Gedurende deze periode zijn de Boetebeleidsregels van 2008<sup>49</sup> en de Boetebeleidsregels van 2010<sup>50</sup> beiden van toepassing. Op basis van de datum van de eerste overtreding, hanteert het college de Boetebeleidsregels van 2008 (hierna: Boetebeleidsregels). Ten overvloede heeft het college onderzocht of de Boetebeleidsregels van 2010 gunstiger zijn voor de loterijen en geconcludeerd dat dit niet het geval is.

102. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt het college op grond van artikel 5:46, tweede lid, Awb in ieder geval rekening met de ernst van de overtreding alsmede met de verwijtbaarheid van de overtreder. Het college houdt daarbij, indien daartoe aanleiding bestaat, rekening met andere omstandigheden, zoals de duur van de overtreding. Bij iedere boetesbeschikking moet worden afgewogen hoe hoog de boete in dat concrete geval moet zijn.

103. 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).

104. 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.

105. 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.

106. 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

<sup>49</sup> Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 Tw (Boetebeleidsregels OPTA 2008), *Stcrt.* (11 maart) 2008, 50.

<sup>50</sup> Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 Tw (Boetebeleidsregels OPTA 2010), *Stcrt.* (2 april) 2010, 5163.

## **Besluit Openbaar**

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.

107. Aan elke kwalificatie is voorts een boetecategorie met een maximumboete 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.

108. 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 overtredders. 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 en volgt in paragraaf 8.7 de conclusie.

### **8.2 Ernst van de overtreding**

109. 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 overtreding**

110. Bij het bepalen van de zwaarte van de overtredingen<sup>51</sup> 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.

111. 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, Tw, als minder zware overtredingen aan.

---

<sup>51</sup> Boetebeleidsregels, paragraaf 3.

## Besluit Openbaar

### 8.2.2 Economische context

112. 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"<sup>52</sup> aangegeven dat hij de ernst van de overtreding mede bepaalt op basis van de volgende criteria:

- a. herhaalde overtreding (recidive);
- b. meerdere overtredingen;
- c. de bijzondere schadelijkheid volgens eindgebruikers;
- d. de veroorzaakte schade volgens internetaanbieders en/of hosting providers;
- e. het aantal verzonden berichten;
- f. 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.

113. 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.

#### *Meerdere en herhaalde overtredingen*

114. Indien sprake is van overtreding van meerdere leden van artikel 11.7 Tw, 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 Tw. Wel hebben de loterijen herhaaldelijk e-mailberichten verzonden zonder aantoonbare voorafgaande toestemming van de desbetreffende abonnees. Hiermee is sprake van een herhaaldelijke overtreding van het spamverbod door de loterijen.

#### *Bijzondere schadelijkheid van het bericht volgens eindgebruikers*

115. Het college stelt vast dat door de verzending van de ongevraagde e-mailberichten (immateriële) schade is veroorzaakt aan abonnees, te weten ergernis en overlast. Daarnaast veroorzaakt het verzenden van spam in zijn algemeenheid materiële schade bij internetserviceproviders en/of hostingproviders en maatschappelijke schade door aantasting van het vertrouwen in het internet en e-mail. Het college beschouwt dit als een omstandigheid die meegewogen moet worden bij het bepalen van de ernst van de overtreding.

---

<sup>52</sup> Beleidsregels met betrekking tot de handhaving van artikel 11.7 Tw (hierna: Handhavingsbeleid spam), *Stcrt.* 19 januari 2010, 660.

## Besluit Openbaar

### *Aantal verzonden berichten*

116. Het college legt een boete op voor de periode 1 oktober 2009 tot en met 30 juni 2010 (zie randnummer 39). Het college heeft op basis van het digitaal forensisch onderzoeksrapport het aantal verzonden berichten in de periode 1 oktober 2009 tot en met 30 juni 2010 bepaald.<sup>53</sup> Het college overweegt dat uit de digitale bijlage volgt dat er in de periode 1 oktober 2009 tot en met 30 juni 2010 78.001.747 commerciële e-mailberichten zijn verzonden door de loterijen gezamenlijk. Het college beschouwt het aantal van ruim 78 miljoen e-mailberichten als een groot aantal.

117. Het college beschouwt de loterijen als materieel verzender van ruim 78 miljoen commerciële e-mailberichten in de periode 1 oktober 2009 tot en met 30 juni 2010.

### **8.2.3 Bijzondere omstandigheden van het geval**

#### *Structurele werkwijze*

118. Het college constateert dat NPL, BGL en VL en de holding structureel in een periode van negen maanden commerciële e-mailberichten heeft verstuurd aan abonnees zonder aantoonbare voorafgaande toestemming. Het verkrijgen van de contactgegevens die zijn gebruikt voor het verzenden van de e-mailberichten is planmatig en gezamenlijk uitgevoerd. De loterijen hebben over en weer gebruik gemaakt van de aanmelding van deelnemers om contactgegevens te verkrijgen en hebben deze contactgegevens stelselmatig gebruikt om commerciële e-mailberichten te verzenden in naam van de afzonderlijke loterijen. Uit het onderzoeksrapport is niet gebleken dat deze werkwijze in de periode waarop onderhavig besluit ziet is gewijzigd. De loterijen hebben dit ook bevestigd.<sup>54</sup> Dit duidt tevens op een structurele werkwijze van de loterijen.

119. Het college beschouwt bovengenoemde als omstandigheden die meegewogen moet worden bij het bepalen van de ernst van de overtreding.

#### *Herhaaldelijk niet bieden van het recht van verzet*

120. Het college overweegt dat de loterijen gewerkt hebben middels een planmatig marketingmodel waarbij de mogelijkheid tot het aantekenen van verzet door de klant niet werd aangeboden. De loterijen hebben gezamenlijk en bewust gebruik gemaakt van deze foutieve werkwijze.

121. Klanten konden niet ontkomen aan het ontvangen van ongevraagde commerciële berichten van de loterijen en hebben hierdoor dan ook hinder ervaren. Zij kregen niet de mogelijkheid om een eerste maal verzet aan te tekenen tegen het gebruik van hun contactgegevens en de loterijen faalden er tevens in om vervolgens bij elke overgebrachte communicatie het recht tot verzet aan te bieden. De klant heeft derhalve op geen enkele manier gebruik kunnen maken van het aan hem op grond van artikel 11.7, derde lid, Tw toekomende recht van verzet.

<sup>53</sup> Digitale bijlage vergelijk\_verzendaantallen\_per\_maand\_SVO01-SVO03\_en\_SVO1-SVO4.xlsx in de folder Overzichten.

<sup>54</sup> Verslag hoorzitting 6 december 2012, p. 22.

## Besluit Openbaar

122. Daarbij merkt het college op dat de klant door de loterijen op het verkeerde been is gezet doordat de loterijen de suggestie wekten dat middels het uitzetten van de vinkjes de contactgegevens van de klant niet door de loterijen gebruikt zouden worden. Dit bleek echter niet het geval. De deelnemer van de loterijen ontving toch ongevroegde commerciële e-mailberichten.

123. Het college beschouwt bovengenoemde als omstandigheden die meegewogen moet worden bij het bepalen van de ernst van de overtreding.

### *Aantal verzonden berichten in verhouding tot de duur*

124. Het college overweegt dat de loterijen in negen maanden ruim 78 miljoen commerciële e-mailberichten hebben verzonden aan abonnees, zonder dat zij hiervoor aantoonbaar voorafgaande toestemming hebben verleend. Het college overweegt dat een aantal van ruim 78 miljoen verstuurd e-mailberichten in negen maanden verhoudingsgewijs, te weten gemiddeld bijna negen miljoen berichten per maand, als een groot tot zeer groot aantal is aan te merken.

### **8.2.4 Conclusie met betrekking tot de ernst van de overtreding**

125. 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, 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 moet worden gekwalificeerd. Daarbij hoort volgens de Boetebeleidsregels een boete van maximaal € 300.000 per overtreding.

### **8.3 Duur van de overtreding**

126. Het college heeft vastgesteld dat de overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw zijn begaan in de periode van 1 oktober 2009 tot en met 30 juni 2010. Het college concludeert dat de geconstateerde overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw gedurende negen maanden zijn begaan. Naar het oordeel van het college is dit een lange periode.

### **8.4 Verwijtbaarheid van de overtreding**

127. 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. Voorafgaand<sup>55</sup> alsook bij de inwerkingtreding<sup>56</sup> van deze wetswijziging, is de uitbreiding van het spamverbod uitvoerig belicht. Deze wetgeving is belicht

<sup>55</sup> Zie onder andere <https://www.spamklacht.nl/nieuws/bericht/?id=57>, ook heeft OPTA diverse presentaties verzorgd ter voorlichting over de betreffende wetswijziging.

<sup>56</sup> 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/Oktober\\_2009/Ook\\_geen\\_spam\\_meer\\_op\\_kantoor](http://www.consuwijzer.nl/Consumentennieuws/Nieuwsarchief/2009/Oktober_2009/Ook_geen_spam_meer_op_kantoor).

## Besluit Openbaar

in brochures, persberichten en informatie over spam kan ook worden verkregen op de door het college ingestelde website, [www.spamklacht.nl](http://www.spamklacht.nl). Hiernaast worden door het Ministerie van Economische Zaken,<sup>57</sup> Postbus 51<sup>58</sup> en ConsuWijzer<sup>59</sup> ook concrete vragen beantwoord. De loterijen hadden derhalve via verschillende kanalen de gelegenheid om kennis te nemen van de regelgeving op het gebied van e-mailmarketing. Hierbij horen ook de boetebesluiten die het college publiceert op de website van het college.<sup>60</sup>

128. 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.

129. De loterijen hebben verklaard hun wervingsactiviteiten onder andere per e-mail te verrichten.<sup>61</sup> De loterijen hebben daarbij aangegeven dat zij, gezien hun doelstellingen, hun e-mailmarketingactiviteiten zo goed mogelijk willen uit voeren om hun bestaande goodwill bij het publiek te behouden.<sup>62</sup> Het college is van oordeel dat het dan op de weg van de loterijen had gelegen om de nodige maatregelen te treffen om aan de wettelijke vereisten te kunnen voldoen.

130. Uit paragraaf 7.2.4 is reeds gebleken dat de loterijen als verzender van de e-mailberichten zoals omschreven in randnummer 57 is aan te merken. Nu zij wist of redelijkerwijs had moeten weten van het spamverbod zoals genoemd in randnummer 127, zij heeft nagelaten haar werkwijze hierop aan te passen en zij vervolgens commerciële e-mailberichten heeft verzonden zonder voorafgaande toestemming, overtrad zij willens en wetens het spamverbod. De loterijen zijn derhalve volledig verwijtbaar voor de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw.

### 8.5 Hoogte van de boete

131. 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.<sup>63</sup> 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.

<sup>57</sup> [www.rijksoverheid.nl/ministeries/ez](http://www.rijksoverheid.nl/ministeries/ez)

<sup>58</sup> [www.postbus51.nl](http://www.postbus51.nl)

<sup>59</sup> [www.consuwijzer.nl](http://www.consuwijzer.nl)

<sup>60</sup> [www.opta.nl](http://www.opta.nl)

<sup>61</sup> Pleitnota, randnummer 4.1.

<sup>62</sup> Pleitnota, randnummer 4.4.

<sup>63</sup> Boetebeleidsregels, paragraaf 6. 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**

132. Het college heeft in paragraaf 8.2.4 reeds vastgesteld dat, gelet op de zwaarte van de overtredingen en de economische context alsmede de specifieke omstandigheden waarbinnen deze hebben plaatsgevonden, er sprake is van een ernstige overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw. Daarbij hoort een boete van maximaal € 300.000. De zienswijze van de loterijen (zie hoofdstuk 5), geeft het college geen aanleiding om de loterijen 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 de loterijen kunnen worden toegerekend.
133. Naast de lange duur van de overtreding, de grote tot zeer grote omvang van de overtreding en de volledige verwijtbaarheid van de loterijen 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.
134. Het college overweegt tevens dat bij de vaststelling van de hoogte van de boete in acht moet worden genomen dat de boete de loterijen van toekomstige overtredingen dient te weerhouden en tevens potentiële overtreders dient af te schrikken (speciale en generale preventie).
135. 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.<sup>64</sup>
136. De voorgaande bevindingen leiden tot vaststelling van een overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw waarvoor het college, met inachtneming van de ernst van de overtreding, de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder, aan NPL, BGL, VL en de holding gezamenlijk een boete oplegt van € 200.000.

### **8.6 Boeteverhogende of -verlagende omstandigheden**

137. Het college acht geen boeteverhogende of -verlagende omstandigheden aanwezig die betrokken moeten worden bij de vaststelling van de hoogte van de boete.

### **8.7 Conclusie ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de boete**

138. In aanmerking genomen de ernst van de overtredingen alsmede de hiervoor besproken duur van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid van NPL, BGL, VL en de holding, legt het college in totaal een boete op van € 200.000 aan NPL, BGL, VL en de holding gezamenlijk, voor het zonder aantoonbaar voorafgaande toestemming verzenden van ongevroegde elektronische commerciële berichten.
139. Het college merkt tot slot nog het volgende op. De rechtspersonen NPL, BGL, VL en de holding, krijgen in casu gezamenlijk boetes opgelegd waarvoor zij als overtreders hoofdelijk aansprakelijk zijn. De (onrechtmatige) gedragingen van NPL, BGL, VL en de holding zijn niet te scheiden.

---

<sup>64</sup> Artikel 3:4, tweede lid, Awb.

## Besluit Openbaar

### 9 Besluit tot Publicatie

140. Het college publiceert sinds 1999 openbare versies van zijn (handhavings)besluiten op zijn website [www.opta.nl](http://www.opta.nl).
141. In zijn Beleidsregels openbaarmaking OPTA (hierna: publicatiebeleid) heeft het college het algemene belang van artikel 8 Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) dat ertoe noopt openbaarheid te betrachten, geconcretiseerd door te wijzen op het belang van transparantie, het gelijkheidsbeginsel en de preventieve werking.<sup>65</sup>
142. Verder neemt het college in aanmerking dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) 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.<sup>66</sup> 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.
143. 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 de loterijen is vastgesteld dat deze in strijd hebben gehandeld met het in artikel 11.7, eerste lid, Tw bepaalde en dat aan hen een sanctie is opgelegd.
144. Consumenten worden op deze manier 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.
145. 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 de loterijen. Van overige belangen of omstandigheden, op grond waarvan zou moeten worden afgezien van publicatie, is het college niet gebleken.

---

<sup>65</sup> Wijziging beleidsregels openbaarmaking OPTA, *Stcrt* 2011, nr. 9747. Wijziging beleidsregels openbaarmaking OPTA (integrale tekst) is gepubliceerd op <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=3423>.

<sup>66</sup> ABRvS, 10 november 2010, *LJN:BO3468*; *AB Rechtspraak Bestuursrecht* 2010, 319 en *JB (Jurisprudentie Bestuursrecht)* 2010, 276.

## Besluit Openbaar

### 10 Dictum

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

a) stelt vast dat de gedragingen van de Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V., de Nationale Postcode Loterij N.V., de BankGiro Loterij N.V. en de VriendenLoterij N.V. 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 de loterijen, gedurende de periode van 1 oktober 2009 tot en met 30 juni 2010, 78.001.747 ongevraagde elektronische berichten hebben verzonden met een commercieel doeleinde zonder aantoonbare voorafgaande toestemming van de betreffende abonnee waar de e-mailberichten naartoe werden gezonden.

b) legt wegens de onder a) bedoelde overtredingen aan de rechtspersonen Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V., de Nationale Postcode Loterij N.V., de BankGiro Loterij N.V. en de VriendenLoterij N.V. gezamenlijk een boete op van € 200.000.

147. De hierboven in randnummer 146 vastgestelde boete dient overeenkomstig het bepaalde in artikel 4:87, eerste lid, Awb 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, overeenkomstig artikel 4:98, eerste lid, Awb, deze boete vermeerderd met de wettelijke rente.

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

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

w.g.

mr. C. A. Fonteijn, voorzitter

#### **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  
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 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) over de overtreding, bevoegdheid van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie (hierna: het college) en de openbaarmaking van het besluit. Tevens zijn de belangrijkste punten weergegeven uit de Boetebeleidsregels 2008<sup>67</sup> en de Publicatiebeleidsregels 2011<sup>68</sup> van het college.

### Ten aanzien van de overtreding

#### Spamverbod

A1. Artikel 11.7, eerste lid, 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.”

A2. Artikel 11.7, derde lid, Tw<sup>69</sup> 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 wordt geboden om onder dezelfde voorwaarden verzet aan te tekenen tegen het verder gebruik van zijn elektronische contactgegevens.”

A3. Artikel 11.8, Tw<sup>70</sup> 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.”

A4. 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

<sup>67</sup> Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (hierna: Boetebeleidsregels), *Stcrt.* (11 maart) 2008, nr. 50.

<sup>68</sup> Wijziging beleidsregels openbaarmaking OPTA, *Stcrt.* 2011, nr. 9747. Wijziging beleidsregels openbaarmaking OPTA (integrale tekst) is gepubliceerd op <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=3423>.

<sup>69</sup> 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 tweede lid vernummerd tot het derde 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 geconstateerde overtreding te periode van 1 april 2008 tot en met 30 juni 2010 betreft, wordt gebruik gemaakt van de nieuwe nummering voor overtredingen gedurende de gehele periode.

<sup>70</sup> 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

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.

- A5. 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.
- A6. 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.
- A7. 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.
- A8. Artikel 3.15e, eerste lid, Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) geeft aan dat degene in wiens opdracht commerciële communicatie geschiedt, als deze commerciële communicatie deel uitmaakt van een dienst van de informatiemaatschappij of een dergelijke dienst vormt, zorgt dat de commerciële communicatie als zodanig herkenbaar is, zijn identiteit wordt vermeld, de commerciële communicatie, indien deze verkoopbevorderende aanbiedingen, wedstrijden of spelen omvat, een duidelijke en ondubbelzinnige vermelding bevat van de aard en de voorwaarden van de aanbieding of de deelneming en ook in geval van verzending via elektronische post reeds bij de ontvangst duidelijk en ondubbelzinnig als commerciële communicatie herkenbaar is.
- A9. Artikel 3.15e, derde lid, Bw bepaalt dat onder commerciële communicatie als bedoeld in dit artikel wordt verstaan elke vorm van communicatie bestemd voor het aanprijzen van de goederen, diensten of het imago van een onderneming, instelling of persoon die een commerciële, industriële of ambachtelijke activiteit of een gereguleerd beroep uitoefent, met uitzondering van informatie die rechtstreeks toegang geeft tot de activiteit van de onderneming, instelling of persoon, in het bijzonder een domeinnaam of een elektronisch postadres. Mededelingen over goederen of diensten of het imago van een onderneming, instelling of persoon die onafhankelijk van deze en in het bijzonder zonder financiële tegenprestatie zijn samengesteld, zijn geen commerciële communicatie.

## Besluit Openbaar

A10. Artikel 7:1 BW luidt, voor zover relevant:

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

A11. Artikel 41, tweede lid, van de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp) is van overeenkomstige toepassing verklaard bij artikel 11.7, derde lid, Tw; dat wil zeggen dat degene die de contactgegevens voor het hier bedoelde doel heeft aangewend, maatregelen dient te nemen om in het geval van verzet de verwerking van deze gegevens voor dat doel terstond te beëindigen.

### Toestemming

B1. 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.”

B2. 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.”

B3. Bij de totstandkoming van het spamverbod heeft de wetgever stilgestaan bij deze toestemmingseisen. In de Memorie van Toelichting (hierna: MvT) op artikel 11.1, onderdeel g, Tw herhaalt de wetgever de criteria uit artikel 1, onderdeel i, Wbp:<sup>71</sup>

“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).”

---

<sup>71</sup> Kamerstukken II 2002/2003, 28 851, nr. 3, p. 152-153.



## Besluit Openbaar

- B4. Ook in de MvT op artikel 1, onderdeel i, Wbp worden de begrippen “specifiek” en “op informatie berustend” toegelicht:

### *Specifiek:*

“Als tweede voorwaarde geldt dat de wilsuiting van de betrokkene betrekking moet hebben op 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.”<sup>72</sup>

### *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

---

<sup>72</sup> Kamerstukken II 1997/1998, 25 892, nr. 3, p. 65.

## Besluit Openbaar

gegevens, de verwerkingen die verantwoordelijke wil verrichten alsmede de context waarin deze verwerkingen zullen plaatsvinden, de eventuele derden aan wie de gegevens kunnen worden verstrekt enz., maar ook de maatschappelijke positie en onderlinge verhouding tussen de verantwoordelijke en de betrokkene alsmede de wijze waarop zij met elkaar in contact zijn getreden.”<sup>73</sup>

### Ten aanzien van de bevoegdheid

C1. 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.”<sup>74</sup>

C2. 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.”

C3. Artikel 5:41 Awb luidt:

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

C4. Artikel 5:45, eerste lid, Awb luidt (voor zover relevant):

“Indien artikel 5:53 van toepassing is, vervalt de bevoegdheid tot het opleggen van een bestuurlijke boete vijf jaren nadat de overtreding heeft plaatsgevonden.”

C5. 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.”

---

<sup>73</sup> *Kamerstukken II* 1997/1998, 25 892, nr. 3, p. 66.

<sup>74</sup> Besluit aanwijzing toezichthoudende ambtenaren OPTA 2009, *Stcrt.* 2009, nr. 72.

## **Besluit Openbaar**

C6. Artikel 5:48, eerste lid, Awb luidt:

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

C7. 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.”

### **Ten aanzien van de openbaarmaking**

D1. Artikel 8, eerste lid, Wet openbaarheid bestuur (hierna: Wob) luidt:

“Het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat, verschaft 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.”

D2. Artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, Wob stelt dat het verstrekken van informatie achterwege blijft voor zover dit:

“bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.”

D3. Ingevolge artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, Wob blijft openbaarmaking achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen:

“het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.”

D4. Op grond van artikel 18.7, zesde lid, Tw maakt het college:

“Met het oog op het bevorderen van een open en concurrerende markt in de elektronische communicatiesector maakt het college 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 van deze wet opgelegde verplichtingen. Van gegevens als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel c, van de Wet openbaarheid van bestuur wordt geen mededeling gedaan.”

## Besluit Openbaar

### Boetebeleidsregels

- E1. Met de Boetebeleidsregels geeft het college invulling aan zijn beleid ten aanzien van het vaststellen van de hoogte van boetes ingevolge artikel 15.4 Tw. Tevens verschaft het college in de Boetebeleidsregels inzicht in de factoren die hij meeweegt bij het bepalen van de hoogte van de boete.
- E2. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt het college overeenkomstig het bepaalde in artikel 15.4, vijfde lid, Tw in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding alsmede met de verwijtbaarheid van de overtreder. Blijkens de parlementaire geschiedenis van de Telecommunicatiewet kunnen afhankelijk van het geval ook andere factoren een rol spelen, zoals mogelijke recidive, de bereidheid van de betrokken ondernemers om mee te werken aan het beëindigen van de overtreding, het behaalde voordeel, en dergelijke. Bij iedere boetebeschikking moet worden afgewogen hoe hoog de boete in dat concrete geval moet zijn.
- E3. 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).
- E4. 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.
- E5. 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.
- E6. 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

### Publicatiebeleidsregels

- F1. Het college publiceert sinds 1999 openbare versies van zijn (handhavings)besluiten op zijn website [www.opta.nl](http://www.opta.nl). In zijn Beleidsregels openbaarmaking OPTA (hierna: publicatiebeleid) heeft het college het algemene belang van artikel 8 Wob, dat ertoe noopt openbaarheid te betrachten, geconcretiseerd door te wijzen op het belang van transparantie, het gelijkheidsbeginsel en de preventieve werking.<sup>75</sup> Verder neemt het college in aanmerking dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bij uitspraak van 10 november 2010 heeft bepaald dat op basis van de Wob sanctiebesluiten als onderdeel van de toezichthoudende taak volledig, met inbegrip van de namen van de betrokkenen mogen worden gepubliceerd.<sup>76</sup> 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.

---

<sup>75</sup> Wijziging beleidsregels openbaarmaking OPTA, *Stcrt* 2011, nr. 9747. Wijziging beleidsregels openbaarmaking OPTA (integrale tekst) is gepubliceerd op <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=3423>.

<sup>76</sup> ABRvS, 10 november 2010, *LJN:BO3468*; *AB Rechtspraak Bestuursrecht* 2010, 319 en *JB (Jurisprudentie Bestuursrecht)* 2010, 276.