

Ons kenmerk: OPTA/COL/2011/202247_OV en OPTA/COL/2011/202248_OV

Zaaknummer: 11.0041.37.1.01 en 11.0042.37.1.01

Datum: 5 oktober 2011

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op het bezwaar van Digital Magazines B.V. en Rivièra Vastgoed B.V. alsmede op het bezwaar van [I], en [II] handelend onder de naam Mail Garage gericht tegen zijn besluit van 19 april 2011, inzake boetes wegens overtreding van artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet (het spamverbod).

1 Samenvatting

1. Op 19 april 2011 heeft het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) een besluit¹ genomen waarin aan Digital Magazines B.V. (hierna: Digital Magazines), Rivièra Vastgoed B.V. (hierna: Rivièra Vastgoed), [I], en [II] handelend onder de naam Mail Garage (hierna: Mail Garage) (gezamenlijk hierna: partijen) boetes zijn opgelegd wegens overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: de Tw) en artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, van de Tw.
2. [I] en Mail Garage hebben op 24 mei bezwaar gemaakt tegen dit besluit. Digital Magazines en Rivièra Vastgoed hebben op 27 mei 2011 bezwaar gemaakt tegen dit besluit. Het college verklaart de bezwaren van partijen ten aanzien van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw ongegrond en de bezwaren van partijen ten aanzien van artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, van de Tw als gegrond.

2 Verloop van de procedure

3. Voor de procedure tot 19 april 2011 verwijst het college naar het feitencomplex van het boetebesluit van 19 april 2011.
4. Bij besluit van 19 april 2011 heeft het college aan partijen boetes opgelegd wegens het overtreden van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw en artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, van de Tw.
5. Bij brief van 25 mei 2011² heeft de gemachtigde van [I] en Mail Garage pro forma bezwaar ingediend tegen het besluit van het college van 19 april 2011. Bij brief van 27 mei 2011³ heeft ook de gemachtigde van Digital Magazines en Rivièra Vastgoed pro forma bezwaar ingediend tegen ditzelfde besluit.
6. Op 31 mei 2011 heeft het college zijn besluit van 19 april 2011 gepubliceerd op de website van het college.⁴
7. Bij brieven van 14 juni 2011⁵ heeft het college partijen tot 1 augustus 2011 in de gelegenheid gesteld de bezwaarschriften aan te vullen.

¹ Kenmerk OPTA/ACNB/2011/200904.

² Kenmerk BV/KB 10.0359. Het pro forma bezwaarschrift is tevens op 24 mei 2010 per e-mail door het college ontvangen.

³ Kenmerk Digital Magazine / OPTA (00004887).

⁴ <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=3418>

⁵ Kenmerk OPTA/ACNB/2011/201340 en OPTA/ACNB/2011/201341.

8. Bij e-mail van 12 juli 2011⁶ heeft de gemachtigde van [I] en Mail Garage het college verzocht om uitstel te verlenen van de termijn waarin het pro forma bezwaarschrift aangevuld diende te worden met gronden. Het college heeft bij brief van 18 juli 2011⁷ geoordeeld dat hij het verzochte uitstel niet toekent nu er geen sprake is van gewichtige redenen die dit uitstel rechtvaardigen.
9. Bij fax van 29 juli 2011⁸ heeft de gemachtigde van [I] en Mail Garage de gronden bij het ingediende bezwaarschrift aangevuld. Bij brief van 1 augustus 2011⁹ heeft ook de gemachtigde van Digital Magazines en Rivièra Vastgoed de aanvullende gronden ingediend.
10. Bij brieven van 8 augustus 2011¹⁰ heeft het college aan partijen kenbaar gemaakt dat Digital Magazines en Rivièra Vastgoed als belanghebbenden worden aanmerkt in de bezwaarschriftprocedure van [I] en Mail Garage en vice versa. In dit kader heeft het college beide bezwaarschriften, met uitsluiting van door partijen als vertrouwelijk aangemerkte passages, uitgewisseld en partijen uitgenodigd om in elkaars aanwezigheid te worden gehoord.
11. Op 15 augustus 2011 heeft ten kantore van het college een hoorzitting plaatsgevonden waarin Digital Magazines en Rivièra Vastgoed, alsmede [I] en Mail Garage in de gelegenheid zijn gesteld hun bezwaar mondeling toe te lichten. Partijen zijn vervolgens in de gelegenheid gesteld om als belanghebbende te reageren op elkaars mondeling toegelichte bezwaren.

3 Het bestreden besluit

12. In het bestreden besluit heeft het college aan partijen boetes opgelegd voor overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw en artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, van de Tw. Hiervoor heeft het college in totaal een bedrag van €660.000 aan boetes opgelegd, bestaande uit:
 - Een boete van €330.000 aan Digital Magazines en Rivièra Vastgoed in gezamenlijkheid en hoofdelijk;
 - Een boete van €220.000 aan [I];
 - Een boete van €110.000 aan Mail Garage.
13. De boetes zijn opgelegd voor het versturen, of laten versturen, van ongevraagde commerciële berichten, zonder voorafgaande toestemming van de abonnees en zonder de betreffende abonnees een goed functionerende afmeldmogelijkheid te bieden.

⁶ Kenmerk BV/IB 10.0359.

⁷ Kenmerk OPTA/ACNB/2011/201637.

⁸ Kenmerk 43579 / VSU / 745495.

⁹ Kenmerk Digital Magazine / OPTA (0004887).

¹⁰ Kenmerk OPTA/ACNB/2011/201756 en OPTA/ACNB/2011/201757.

4 Bezwaren

4.1 Digital Magazines en Rivièra Vastgoed

14. Digital Magazines en Rivièra Vastgoed hebben bezwaar gemaakt tegen het besluit van het college van 19 april 2011. Zij stellen zich op het standpunt dat het boetebesluit is genomen in strijd met het recht en het gelijkheidsbeginsel. Volgens Digital Magazines en Rivièra Vastgoed is het boetebesluit onvoldoende en onjuist gemotiveerd, onzorgvuldig voorbereid en uitgewerkt en niet gegrond op een zorgvuldige afweging van alle bij het boetebesluit betrokken belangen.
15. Digital Magazines en Rivièra Vastgoed geven aan dat de rol- en taakverdeling binnen Digital Magazines in het boetebesluit door het college niet correct is weergegeven. Rivièra Vastgoed was enkel formeel bestuurder en aandeelhouder en bemoeide zich niet met de bedrijfsvoering, anders dan het uitvoeren van de betalingen en het beheer van de financiën. [I] was feitelijk bestuurder en had de kennis, ervaring en expertise. Rivièra Vastgoed is van mening dat ze geen invloed heeft gehad op de wijze waarop Digital magazines en/of [I] hun werkzaamheden uitoefenden en benadrukt dat ze geen wetenschap heeft gehad van de mogelijkheid dat de wet werd overtreden.
16. Digital Magazines en Rivièra Vastgoed stellen zich verder op het standpunt dat Rivièra Vastgoed geen medeverzender, mededader of materieel verzender is. Door deze omstandigheid bestaat er geen wettelijke grondslag of andere rechtvaardiging om Rivièra Vastgoed te beboeten.
17. Voorts geven Digital Magazines en Rivièra Vastgoed aan dat er geen sprake is van overtreding van het spamverbod. Nu Rivièra Vastgoed beweerdelijk geen inzicht heeft in de werkzaamheden van Digital Magazines en/of [I] op dit onderdeel, verwijzen ze naar het bezwaar van [I] en Mail Garage op dit punt.
18. Digital Magazines en Rivièra Vastgoed zijn verder van mening dat het college in het boetebesluit "jongleert" met het aantal ontvangen klachten. Voor hen is het onduidelijk hoeveel klachten nu precies betrekking hebben op Digital Magazines en dus ook op Rivièra Vastgoed.
19. Ten slotte maken Digital Magazines en Rivièra Vastgoed onafhankelijk van het voorgaande bezwaar tegen de omvang van de totaal opgelegde boetes. Ze zijn van mening dat het aantal klachten dat het college heeft ontvangen schril afsteekt tegen het aantal verzonden mailings en deelt het oordeel van het college dat dit aantal klachten 'groot' is en dat er sprake is van een grote maatschappelijke overlast dan ook niet. Gelet op het feit dat partijen niet eerder een waarschuwing hebben gekregen, Rivièra Vastgoed geen financieel voordeel heeft gehad bij de verboden gedragingen en Rivièra Vastgoed voor het volledige bedrag wordt beboet (in tegenstelling tot [I]) zijn Digital Magazines en Rivièra Vastgoed van mening dat de hun opgelegde boetes niet in verhouding staan tot de beweerdelijke overtredingen.

4.2 [I] en Mail Garage

20. [I] en Mail Garage hebben tevens bezwaar gemaakt tegen het besluit van het college van 19 april 2011. Zij stellen zich op het standpunt dat het boetebesluit in strijd is genomen met het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel. [I] en Mail Garage zijn van mening dat aan hen geen boete dient te worden opgelegd, dan wel dat deze boete aanzienlijk verminderd dient te worden. Tenslotte verzoeken [I] en Mail Garage om vergoeding van de juridische kosten van de bezwaarschriftprocedure.

21. Ten eerste hebben [I] en Mail Garage gesteld dat het college een verkeerde invulling geeft aan de rol van [I]. Binnen Digital Magazines voerde hij zijn werkzaamheden uit onder leiding en toezicht van de grootaandeelhouders van Digital Magazines. Van enige betrokkenheid bij [V] en [VI] was geen sprake; [I] heeft bij [V] en [VI] enkel een beperkte rol als intermediair gespeeld.
22. [I] en Mail Garage maken bezwaar tegen de uitleg die het college geeft van het begrip 'toestemming' zoals omschreven in artikel 11.7, eerste lid, van de Tw. Volgens partijen heeft het college dit begrip zelfstandig geïnterpreteerd en hanteert een strengere uitleg dan tot nu toe als gangbaar werd gezien. Nu het college uitgaat van 'uitdrukkelijke toestemming' in plaats van 'gewone toestemming' zoals deze in de wet is omschreven, handelt hij in strijd met het vertrouwensbeginsel en het rechtszekerheidsbeginsel. Daarnaast is de uitleg van het college aan het begrip 'toestemming' niet in lijn met de interpretatie van het College bescherming persoonsgegevens (hierna: Cbp).
23. [I] en Mail Garage merken in dit kader verder op dat er door het aanvinken van een vakje sprake is van een wilsuïting. Volgens partijen was de toestemming steeds specifiek aangezien de mogelijke ontvanger duidelijk op de hoogte werd gebracht wie de mogelijke ontvangers van zijn gegevens waren en voor welke doeleinden de gegevens gebruikt zouden worden. Daarnaast was er sprake van geïnformeerde toestemming nu er bij de toestemming steeds is verwezen naar het privacystatement of de algemene voorwaarden. Hierin is steeds op gebruiksvriendelijke wijze nadere informatie aangeboden waardoor kan worden verondersteld dat de abonnee op de hoogte was of zich op de hoogte kon stellen van het feit dat hij promotionele boodschappen van Digital Magazines en Mail Garage kon ontvangen. Volgens partijen is bovenstaande werkwijze geheel in overeenstemming met de Gedragscode Online Gegevensverwerking van de FEDMA, welke door de Artikel 29 werkgroep is goedgekeurd
24. Vervolgens stellen [I] en Mail Garage zich op het standpunt dat er wel altijd een geldige afmeldmogelijkheid is vermeld. Eenmalig bleek de afmeldlink van Digital Magazines niet te werken wegens een 'bug'. De afmeldlink van Mail Garage heeft volgens hen altijd correct gefunctioneerd. Daarnaast zijn [I] en Mail Garage van mening dat de verplichting om een afmeldlink te bieden geen verplichting voor de verzender impliceert om de desbetreffende ontvanger uit alle bestanden die dezelfde bestandseigenaar bezit te schrappen.
25. Voorts zijn [I] en Mail Garage van mening dat het college niet zorgvuldig is geweest in zijn onderzoek en boetebesluit. In dit kader merken [I] en Mail Garage op dat het college de bestanden met e-mailadressen van Digital Magazines en Mail Garage ten onrechte als één geheel heeft gezien, terwijl het hier vier afzonderlijke bestanden betreft. Ook heeft het college volgens [I] en Mail Garage niet aangetoond dat de ontvangers van de e-mails natuurlijke personen zijn. Daarnaast was niet enkel Mail Garage materieel verzender, maar waren ook diverse andere opdrachtgevers als zodanig aan te merken. Ten slotte stellen [I] en Mail Garage dat er geen nader onderzoek is gedaan naar de klachten die het college heeft ontvangen. Nu er ook geen inzicht in deze klachten is geboden aan partijen, handelt het college hiermee tevens in strijd met artikel 6 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (hierna: EVRM).
26. [I] en Mail Garage maken ten slotte bezwaar tegen de aan hen opgelegde boetes. Op grond van bovenstaande argumenten zou oplegging van de boetes onterecht zijn. Daarnaast zijn [I] en Mail Garage van mening dat de boetes onredelijk en buitenproportioneel zijn aangezien [I] feitelijk driemaal wordt beboet

voor dezelfde feiten en [I] is beboet op basis van een onjuiste interpretatie van door hem verstrekte gegevens. Ook zou er sprake zijn van boeteverlagende omstandigheden.

5 Onbetwiste feiten

27. De volgende feiten zijn in bezwaar niet door partijen weersproken of betwist en worden door het college als vaststaand beschouwd.

5.1 Digital Magazines

28. Digital Magazines is op 16 augustus 2005 opgericht en houdt zich bezig met het verzenden van grote aantallen commerciële e-mailberichten voor verschillende opdrachtgevers (direct marketing). In dit kader heeft Digital Magazines vanaf januari 2007 tot 7 april 2010 minimaal 345.600.197 e-mailberichten verstuurd vanaf haar domeinen en systemen. Hiermee is Digital Magazines aan te merken als feitelijk verzender voor deze e-mails.
29. Gedurende de onderzoeksperiode waren zowel [I] als Rivièra Vastgoed aandeelhouder en (formeel) bestuurder van Digital Magazines. Rivièra Vastgoed wordt bestuurd door [III] en [IV]. [I] is sinds juni 2010 niet meer betrokken bij Digital Magazines, vanaf dat moment heeft [I] zijn aandelen in Digital Magazines overgedragen aan Rivièra Vastgoed en heeft [I] zijn bestuursfunctie neergelegd.
30. Ten aanzien van de rolverdeling binnen Digital Magazines staat vast dat [I] door de bestuurders van Rivièra Vastgoed is aangetrokken voor zijn werkzaamheden binnen Digital Magazines. Hij had gedurende de onderzoeksperiode een rol bij de dagelijkse bedrijfsuitvoering van Digital Magazines. [I] heeft in zijn rol als aandeelhouder gedurende de onderzoeksperiode financieel voordeel behaald uit Digital Magazines. Verder staat vast dat Rivièra Vastgoed in ieder geval het beheer van de financiën van Digital Magazines deed.

5.2 Mail Garage

31. Op 8 september 2008 is de eenmanszaak Mail Garage opgericht, een onderneming die tijdens de onderzoeksperiode werd gedreven voor rekening van [II].
32. Mail Garage heeft in de periode van april 2009 tot 7 april 2010 59.752.013 e-mailberichten laten verzenden vanaf haar domeinen en systemen. De werkzaamheden voor Mail Garage werden door de werknemers van Digital Magazines verricht. Mail Garage heeft daarnaast aan Digital Magazines opdracht gegeven voor het verzenden van 5.124.621 berichten via het domein en de systemen van Digital Magazines. In beide gevallen is Digital Magazines aan te merken als de feitelijk verzender en Mail Garage als de materieel verzender van deze e-mailberichten.

5.3 [V] en [VI]

33. [V] is een in Spanje gevestigde onderneming en [VI] is een in Zweden gevestigde onderneming. Beide ondernemingen richten zich op de verzending van commerciële e-mailberichten naar Nederlandse abonnees. In de onderzoeksperiode is een onbepaald aantal commerciële e-mailberichten verzonden naar e-mailadressen uit de adressenbestanden van [V] en [VI].

34. [V] en [VI] zijn in het boetebesluit niet als overtreders aangemerkt. Nu partijen hiertegen geen bezwaar hebben gemaakt, zullen de gedragingen van [V] en [VI] in deze beslissing op bezwaar derhalve buiten beschouwing worden gelaten.

5.4 Werkwijze

35. Digital Magazines en Mail Garage zijn ondernemingen die in opdracht van verschillende adverteerders e-mailberichten met een commercieel doel verzonden of lieten verzenden aan hun adressenbestanden.
36. De e-mailadressen werden door Digital Magazines en Mail Garage verkregen middels de methoden zoals besproken in randnummers (hierna: rn.) 39-43 van het boetebesluit. Na verkrijging van de e-mailadressen werden deze opgenomen in de adressenbestanden waarvoor, volgens partijen, toestemming was verleend door de abonnee. Ten aanzien van deze beweerdelijke toestemming staat vast dat de vrije wil van consumenten aanwezig was.
37. Wanneer Digital Magazines en/of Mail Garage een adverteerder had gevonden die een mailing wilde verzenden, dan werd de mailing van deze adverteerder verstuurd in blokken van 25.000 of 50.000 e-mailadressen, al naar gelang het aantal e-mailberichten dat de adverteerder wilde verzenden. De inhoud van de mailings was vaak afkomstig van de adverteerder.
38. Bij de verzending van commerciële berichten aan adressenbestanden werd geen onderscheid gemaakt in de wijze waarop de betreffende e-mailadressen in het adressenbestand waren beland of de vorm waarin beweerdelijke toestemming van de abonnee was verleend.
39. In de commerciële e-mailberichten van Digital Magazines en Mail Garage stond, voor zover het college dat kan beoordelen, altijd een afmeldlink vermeld. De afmeldlink van Digital Magazines heeft niet in alle gevallen technisch gefunctioneerd wegens een 'bug'.¹¹

6 Juridisch Kader

40. Voor het juridisch kader verwijst het college korthedshalve naar bijlage 1. Deze bijlage bevat de relevante wetsartikelen uit de Tw over de regelgeving omtrent het versturen van commerciële e-mailberichten, de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) over de bevoegdheden van het college en de Wet openbaarheid bestuur (hierna: Wob), over de openbaarmaking. Tevens bevat deze bijlage de voor dit besluit relevante passages uit de Memories van Toelichting bij de Tw en de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp). Ten slotte zijn de belangrijkste punten uit de boetebeleidsregels weergegeven.

7 Overwegingen

7.1 Overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw

41. [I] en Mail Garage stellen dat de uitleg van het college aan het begrip 'toestemming' niet in lijn is met de interpretatie van het Cbp. Daarnaast vermelden [I] en Mail Garage diverse malen dat de werkwijze die zij aanhouden geheel in overeenstemming is met de Gedragscode Online Gegevensverwerking van de FEDMA, welke door de Artikel 29 werkgroep is goedgekeurd.

¹¹ Zie woordelijk verslag hoorzitting, p. 39 en bezwaarschrift van [I] en Mail Garage, rn. 46.

42. Het college blijft bij zijn oordeel dat zijn uitleg van het begrip 'toestemming' in grote lijnen overeenstemt met de uitleg van zowel het Cbp, als voornoemde FEDMA gedragscode. Dit blijkt des te meer uit rn. 106 van het boetebesluit, waarin staat dat het Cbp instemt met de uitleg van het college op dit punt.
43. Partijen stellen zich op het standpunt dat het college een te strenge uitleg van het begrip toestemming geeft en dat zij een rechtsgeldige toestemming van de abonnees hadden aan wie zij vervolgens de mailberichten hebben gestuurd.¹²
44. Partijen onderbouwen bovengenoemd standpunt door een toelichting te geven op de werkwijze die zij aanhouden om toestemming van de abonnees te verkrijgen voor het verzenden van ongevraagde commerciële e-mailberichten. Het college stelt echter vast dat partijen hiermee niet hebben aangetoond dat er voor iedere abonnee toestemming is verkregen. Uit de wet blijkt onomwonden dat de verzender van de e-mailberichten dit aan moet tonen.¹³ Dat verzender zijn adressen (deels) verkrijgt via een derde partij doet niets af aan deze verplichting.¹⁴ Het college is van oordeel dat verzenders van ongevraagde e-mail berichten per abonnee in ieder geval moeten kunnen aantonen wanneer de toestemming is gegeven, aan wie de toestemming is gegeven, waarvoor de toestemming is gegeven en inzage moet kunnen geven in de wijze van verkrijgen van de toestemming. Partijen hebben dit, behoudens een inzage in de wijze van verkrijgen van toestemming, niet aangetoond. Naar het oordeel van het college staat niet vast dat met deze werkwijze ook daadwerkelijk toestemming van alle abonnees is verkregen voor het verzenden van ongevraagde commerciële e-mailberichten.
45. Ondanks het feit dat partijen niet hebben aangetoond dat zij bovengenoemde toestemming daadwerkelijk hebben verkregen van iedere abonnee in het adressenbestand, zal hierna verder worden ingegaan op de werkwijze van partijen om de toestemming van abonnees te verkrijgen.
46. Artikel 11.1, aanhef en sub g, van de 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".¹⁵ Na heroverweging blijft het college van oordeel dat de werkwijze van partijen geen rechtsgeldige toestemming oplevert. Hij verwijst hiervoor naar zijn eerdere toelichting in rn. 81 tot en met 91 van het boetebesluit.
47. Een belangrijk aspect van de werkwijze van partijen is de manier waarop zij de e-mailadressen verworven die zij vervolgens in hun adressenbestand(en) opnamen. Voor het verkrijgen van de e-mailadressen hanteerden partijen drie verschillende methoden (methode A, B en C). Een toelichting op deze verschillende methoden is terug te vinden in rn. 38-44 van het boetebesluit. Ter aanvulling hierop overweegt het college het volgende.

¹² Zie hiervoor tevens rn. 23 van dit besluit.

¹³ Zie bijlage 1 bij dit besluit, rn. B1.

¹⁴ Overigens is dit ook in de FEDMA Gedragscode Online Gegevensverwerking opgenomen, p. 2.3.2.

¹⁵ Zie bijlage 1 bij dit besluit, rn. B4 en B5.

Methode A

48. Bij methode A hebben abonnees volgens partijen toestemming gegeven om 'partnermailings van Digital Magazines' te ontvangen. Het college is van oordeel dat hiermee nog geen geldige toestemming is verkregen. Naar het oordeel van het college moet het begrip 'partnermailing van Digital Magazines' zodanig uitgelegd worden dat het ofwel een mailing van Digital Magazines betreft ofwel een mailing van een partner. Gelet op het bovenstaande kan de volgende conclusie getrokken worden :

- Als het een mailing van Digital Magazines betreft dan is naar het oordeel van het college de toestemming van de abonnee niet op informatie berustend. De inhoud van de mailings kan immers niet beschouwd worden als een mailing van Digital Magazines zelf nu deze slechts bestaat uit reclame voor derden.
- Als het een mailing van een partner betreft dan is naar het oordeel van het college de toestemming van de abonnee niet specifiek. Het is voor abonnees niet duidelijk van wie zij mailings kunnen verwachten, het wordt immers niet duidelijk wie de partners van Digital Magazines zijn. Hiermee zou een zeer brede en onbepaalde machtiging tot het verwerken van gegevens worden verkregen die volgens de wetsgeschiedenis¹⁶ niet als een geldige toestemming kan worden aangemerkt. Dat het voor abonnees niet duidelijk kan zijn van wie zij partnermailings mogen ontvangen blijkt ook uit het gegeven dat ongeveer 80% van de namen van partners te achterhalen waren voor abonnees¹⁷ en dus ongeveer 20% niet. Abonnees konden dan ook nooit volledig achterhalen van welke partners zij mailings konden verwachten.

In beide gevallen kan dit naar het oordeel van het college geen rechtsgeldige toestemming opleveren.

Methode B

49. Bij het eerste voorbeeld van methode B geven abonnees toestemming om e-mail nieuwsbrieven van ondermeer Mail Garage en Digital Magazines te ontvangen. Als de abonnees ook daadwerkelijk nieuwsbrieven van deze partijen zouden ontvangen dan zou naar het oordeel van het college hiermee voldoende duidelijkheid zijn gegeven van welke partijen zij e-mail nieuwsbrieven mochten ontvangen. Naar het oordeel van het college is echter uit de gegevens van het onderzoeksrapport gebleken dat de volgens partijen verzonden e-mail nieuwsbrieven van Digital Magazines en Mail Garage in de praktijk alleen reclameboodschappen van andere partijen betrof.¹⁸ Het college beschouwt deze reclameboodschappen niet als nieuwsbrieven van Digital Magazines en Mail Garage. Naar het oordeel van het college is deze wijze van verkrijgen van toestemming dan ook niet op informatie berustend en kan dan ook geen geldige toestemming opleveren.

50. Bij het tweede voorbeeld van methode B geven abonnees toestemming om per mail benaderd te worden voor commerciële aanbiedingen door de deelnemende aanbieders. Abonnees zouden vervolgens door het aanklikken van een link in staat zijn om te achterhalen welke de deelnemende partijen zijn. Uit de gegevens

¹⁶ Zie bijlage 1 bij dit besluit, m. B7.

¹⁷ Zie woordelijk verslag hoorzitting, p. 34.

¹⁸ Zie bijvoorbeeld de reclame voor [VII] in figuur 1 op pagina 6 van het boetebesluit.

van het onderzoeksrapport blijkt dat vervolgens een lijst met een groot aantal bedrijfsnamen, waaronder Digital Magazines en Mail Garage, werd gegeven. Het college is van oordeel dat abonnees in staat waren om te achterhalen dat zij e-mail nieuwsbrieven van Digital Magazines en Mail Garage mochten ontvangen. Omdat de lijst met deelnemende bedrijfsnamen eindigde met "...en mogelijk andere derden" konden abonnees echter nooit volledig achterhalen van wie zij mailings mochten verwachten. Gelet op het bovenstaande is het college van oordeel dat deze wijze van verkrijging van toestemming in het algemeen niet specifiek is en derhalve geen rechtsgeldige toestemming kan opleveren.

51. Maar ook al zou de toestemming via het tweede voorbeeld van methode B wel als specifiek aan te merken zijn, dan nog zou een eventuele toestemming voor het versturen van commerciële boodschappen door Digital Magazines en Mail Garage geen rechtsgeldige toestemming opgeleverd hebben. Immers, het college heeft uit de gegevens van het onderzoeksrapport geen commerciële aanbiedingen voor online marketing dienstverlening of direct marketing van Digital Magazines of Mail Garage aangetroffen, terwijl je die wel zou mogen verwachten. De verzonden commerciële aanbiedingen van Digital Magazines en Mail Garage betroffen in de praktijk alleen commerciële aanbiedingen voor andere partijen zoals bijvoorbeeld energiemaatschappijen¹⁹. Naar het oordeel van het college levert de wijze van verkrijgen van toestemming van het tweede voorbeeld van methode B dan ook geen op informatie berustende toestemming en daarmee ook geen geldige toestemming op.

Methode C

52. Bij methode C geven abonnees toestemming voor aanbiedingen van Digital Magazines door middel van een verwijzing naar een privacy statement. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat verwijzing naar algemene voorwaarden niet aan te merken is als een toestemming in de zin van de Wbp en dus ook van hoofdstuk 11 Tw.²⁰ Naar het oordeel van het college kan in dit kader een verwijzing naar algemene voorwaarden goed vergeleken worden met een verwijzing naar een privacy statement. Deze methode levert dan ook geen geldige toestemming op.

Verkoop van opt-in adressen

53. Uit de werkwijze van partijen is gebleken dat zij hun bestand met "opt-in adressen", ongeacht de methode waarop zij deze adressen hadden verkregen, commercieel exploiteerde. Dit betekende dat zij aan potentiële klanten aanboden dit bestand te gebruiken voor verzenden van ongevraagde communicatieberichten. [I] stelt in dit kader dat "als ze toch opt-in zijn dan kan ik ze net zo goed verhuren aan [VIII] en [IX] natuurlijk. Om er nog meer geld uit te halen".²¹ Naar het oordeel van het college verhoudt deze werkwijze zich niet met het wettelijke toestemmingsbegrip. De inherente consequentie van deze werkwijze is immers dat abonnees ongevraagde communicatieberichten ontvangen van partijen die zij nooit toestemming hebben kunnen geven.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld de reclame voor [VII] in figuur 1 op pagina 6 van het boetebesluit.

²⁰ Zie bijlage 1 bij dit besluit, rn. B6.

²¹ Zie onderzoeksrapport Rivièra Vastgoed, zaaknummer 08.0114.29, rn. 100.

Uitdrukkelijke toestemming

54. Naar de mening van partijen gebruikt het college op de website www.spamklacht.nl bij antwoorden op veelgestelde vragen onterecht het begrip “uitdrukkelijke” toestemming. Het college is van oordeel dat de website www.spamklacht.nl primair voor het informeren van consumenten is. Dat het college op deze website het begrip “uitdrukkelijke” toestemming gebruikt is ter ondersteuning van consumentenvoorlichting. Partijen hebben een eigen verantwoordelijkheid om zich te houden aan de wettelijke vereisten van artikel 11.7 van de Tw. Het gebruik van het begrip “uitdrukkelijk” op de website www.spamklacht.nl doet daar naar het oordeel van het college verder niets aan af. Aangezien het college in zijn boetebesluit geen gebruik heeft gemaakt van het begrip “uitdrukkelijk” en zijn uitleg van het begrip toestemming conform de wetgeving is, beschouwt hij het bezwaar op dit punt ongegrond.
55. Overigens merkt het college op dat partijen niet hebben aangetoond dat het college in andere uitingen uitgaat van “uitdrukkelijke” toestemming, betreffende ongevraagde commerciële e-mailberichten. Dat de term “uitdrukkelijk” in geval van telemarketing wel gebezigd wordt, doet hier niet ter zake. Dit sterkt het college in bovenstaand oordeel.

In de markt gangbare uitleg

56. Partijen geven voorts aan dat het college een strengere uitleg aan het begrip toestemming geeft dan tot nu toe gangbaar werd gezien. Het college is van oordeel dat hetgeen tot nu toe al dan niet als gangbaar werd gezien bij marktpartijen, niet relevant is voor zijn interpretatie van het desbetreffende wetsartikel. Iedere partij heeft zijn eigen verantwoordelijkheid om zich aan de wettelijke vereisten van het toestemmingsbegrip te houden. Het college is tevens van oordeel dat partijen verder geen conclusies kunnen verbinden aan mogelijk niet direct optreden door het college tegen bepaalde overtredingen. Daarnaast is door het college geenszins het vertrouwen gewekt dat de door partijen geschetste gangbare marktpraktijk conform wetgeving was.

Natuurlijke personen

57. [I] en Mail Garage stellen in hun bezwaarschrift dat het college niet heeft aangetoond dat de ontvangers van de e-mailberichten natuurlijke personen zijn. Uit artikel 1.1, onder q, Tw blijkt dat binnen de telecommunicatiewetgeving onder een consument een natuurlijke persoon dient te worden verstaan. [I] heeft in de onderzoeksfase verklaard dat Digital Magazines en Mail Garage zich alleen op particulieren richten en dat de consumentenmarkt voor hen interessant is. Ook [III] stelt dat het hier gaat om particulieren.²² Uit alle voor het college bekende feiten en omstandigheden blijkt dat de e-mailbestanden uitsluitend zijn samengesteld met als doel het werven van consumenten. Het college duidt deze consumenten aan als natuurlijke personen. [I] en Mail Garage hebben onvoldoende aannemelijk gemaakt dat dit standpunt niet juist is. Het college ziet daarom geen reden om te twijfelen aan zijn standpunt en acht het aannemelijk dat de e-mailbestanden van Digital Magazines en Mail Garage gebruikt werden voor benadering van abonnees die natuurlijke personen zijn.

²² Zie onderzoeksrapport [I], zaaknummer 08.0114.29, rn. 59 en 60.

Meerdere adressenbestanden

58. [I] en Mail Garage zijn van mening dat het college onterecht de conclusie heeft getrokken dat de bestanden met e-mail adressen van Digital Magazines en Mail Garage als één geheel werden gezien. Volgens [I] en Mail Garage zou het college voor ieder afzonderlijk bestand moeten onderzoeken hoe het opt-in systeem was ingericht en voor ieder e-mail adres moeten concluderen dat de vereiste toestemming niet was verkregen. Zoals al hierboven is gebleken is het college van oordeel dat [I] en Mail Garage voor iedere abonnee de toestemming had moeten aantonen. Of het college bij de overwegingen over de werkwijze van verkrijgen van toestemming de bestanden met e-mail adressen apart of als één geheel ziet doet hier verder niets aan af. Dit bezwaar treft geen doel.

7.1.1 Conclusie ten aanzien van de overwegingen met betrekking tot het verzenden van ongevraagde commerciële e-mailberichten

59. Gelet op al het bovenstaande is het college van oordeel dat partijen geen rechtsgeldige toestemming hebben verkregen van de abonnees aan wie zij ongevraagde commerciële e-mailberichten hebben verzonden. Alle bezwaren van partijen ten aanzien van de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw treffen geen doel.

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

60. [I] en Mail Garage stellen zich op het standpunt dat de afmeldlink van Digital Magazines, afgezien van een eenmalige 'bug', wel heeft gewerkt. Ze zijn van mening dat OPTA niet genoegzaam heeft aangetoond dat de afmeldlink niet werkte.

61. Het college is van oordeel dat de verplichting die voortvloeit uit artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, van de Tw, inhoudt dat niet alleen in een bericht een afmeldadres moet worden gemeld, maar dat ook gevolg moet worden gegeven aan de afmelding.

62. Het college is na heroverweging van oordeel dat hij onvoldoende heeft aangetoond dat de afmeldmogelijkheid voor de overige gevallen niet werkte. Op grond van bovenstaande overwegingen treft het bezwaar van partijen dat het college niet genoegzaam heeft aangetoond dat de afmeldmogelijkheid in de meeste gevallen niet werkte doel en wordt het gegrond verklaard.

63. Over het feit dat de afmeldlink van Digital Magazines eenmalig niet heeft gewerkt ten gevolge van een 'bug' overweegt het college dat dit leidt tot een overtreding van artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, van de Tw.

7.2.1 Conclusie ten aanzien van de overwegingen met betrekking tot de afmeldmogelijkheid

64. Op grond van het bovenstaande oordeelt het college dat de afmeldmogelijkheid in de mailberichten van Digital Magazines eenmalig niet heeft gewerkt. Dit leidt tot de conclusie dat in dat geval artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, van de Tw is overtreden. Voorts is het college van oordeel dat hij voor het overige onvoldoende heeft aangetoond dat de afmeldmogelijkheid niet werkte. Derhalve wordt dit bezwaar gegrond verklaard.

7.3 Overtreders

65. Digital Magazines is in de onbetwiste feiten (zie nr. 28 van dit besluit) reeds aangemerkt als feitelijk verzender van alle verzonden e-mailberichten en kan dus worden aangemerkt als overtreder.
66. In de onbetwiste feiten is weergegeven dat Rivière Vastgoed aandeelhouder en (formeel) bestuurder van Digital Magazines was (zie nr. 29 van dit besluit).
67. In zijn bezwaren geeft Rivière Vastgoed aan dat zij enkel een formele rol als bestuurder had binnen Digital Magazines. Die formele rol hield in dat Rivière Vastgoed slechts betalingen uitvoerde en de financiën beheerde.
68. Uit de onderzoeksrapporten en de hoorzitting²³ is gebleken dat Rivière Vastgoed naast aandeelhouder en bestuurder ook opdrachtgever van Digital Magazines is geweest. Rivière Vastgoed is van mening dat het feit dat zij opdrachtgever is, haar niet automatisch tot materieel verzender maakt.
69. Het begrip 'verzender' moet volgens het college ruim worden uitgelegd.²⁴ Het college sluit in haar overwegingen aan bij de uitleg van dit begrip volgens de wetsgeschiedenis. De verzender kan degene zijn die op de verzendknop drukt (de feitelijk verzender), maar kan ook de opdrachtgever zijn (de materieel verzender).²⁵ Nu Rivière Vastgoed kan worden aangemerkt als opdrachtgever, kan zij volgens ons college ook worden gezien als materieel verzender.
70. Voorts wordt Rivière Vastgoed in het boetebesluit aangemerkt als functioneel dader in haar hoedanigheid als bestuurder van Digital Magazines. Zoals in nr. 116 van het boetebesluit wordt aangegeven kan een overtreding ook gepleegd worden 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. Deze jurisprudentie wordt ook in het bestuurs(straf)recht gevolgd.²⁶
71. Uit alle feiten en omstandigheden is gebleken dat Rivière Vastgoed bij machte was om betalingen van Digital Magazines ten uitvoer te brengen. In het algemeen wordt verwacht dat de bestuurder die betalingen uitvoert, dit niet zonder enige wetenschap doet. Het college is van oordeel dat Rivière Vastgoed op de hoogte zou moeten zijn geweest van de gedragingen die Digital Magazines beging en in de gelegenheid moet zijn geweest om de wederrechtelijke gedragingen te voorkomen. Ten overvloede merkt het college op dat, zelfs als Rivière Vastgoed niets zou hebben geweten, zij wel behoorde te weten wat er zich in haar eigen onderneming afspeelde. Een (formeel) bestuurder van een onderneming placht de verrichte handelingen van deze onderneming te aanvaarden, te meer nu zij hier zelf de facturen voor heeft ondertekend. Nu zij niets heeft gedaan ter controle op de activiteiten van [I], nam zij willens en wetens het risico dat de wetgeving niet nageleefd zou kunnen worden.

²³ Zie woordelijk verslag hoorzitting, p. 3.

²⁴ Rechtbank Rotterdam, 26 mei 2011, *LJN* BQ 6210.

²⁵ Kamerstukken II, 2005-2006, 30661, nr. 3, p. 11.

²⁶ Rechtbank Rotterdam 15 juli 2002, *LJN* AE 8111.

72. De omtrent dit onderwerp door Rivièra Vastgoed ingediende bezwaren treffen geen doel. Rivièra Vastgoed kan door haar gedragingen binnen Digital Magazines worden gezien als functioneel dader.
73. [I] is binnen Digital Magazines werkzaam geweest, nadat hij was aangetrokken vanwege zijn expertise op het gebied van direct mailing. Hij had gedurende de onderzoeksperiode een rol in de dagelijkse leiding van Digital Magazines (zie rn. 30 van dit besluit).
74. In zijn bezwaarschrift geeft [I] aan dat hij inderdaad een rol had binnen Digital Magazines en dat hij dagelijks fysiek aanwezig was om te zorgen dat mailings werden verzonden. [I] is echter ook van mening dat hij niet de grootste rol had bij de dagelijkse leiding van Digital Magazines.
75. Het college is van oordeel dat de rol die [I] vervulde binnen de dagelijkse bedrijfsvoering van Digital Magazines in ieder geval zodanig groot was dat hij wist of kon weten dat de gedragingen van Digital Magazines wederrechtelijk waren. Daarnaast was hij in de gelegenheid om de wederrechtelijke gedragingen te voorkomen, hetgeen hij heeft verzuimd te doen. Hiermee kan [I] worden aangemerkt als functioneel dader en dus als overtreder. De ingediende bezwaargronden op dit punt treffen geen doel.
76. Overigens geeft [I] in zijn bezwaarschrift aan dat niet alleen Mail Garage opdrachtgever was voor door Digital Magazines uitgevoerde opdrachten, maar dat er meer opdrachtgevers waren gedurende de onderzoeksperiode, die door het college geen boete opgelegd hebben gekregen.
77. Het college overweegt dat in het onderzoeksrapport geen andere partijen zijn aangemerkt als overtreder dan Digital Magazines, Rivièra Vastgoed, Mail Garage en [I]. Daar geen onderzoek is gepleegd naar andere partijen, is het college ook niet in staat deze andere opdrachtgevers als overtreder aan te merken. Bovendien merkt het college op dat een mogelijk overtrederschap van andere opdrachtgevers niets afdoet aan de overtreding die het college Mail Garage aanrekent.
78. [I] geeft in zijn bezwaarschrift aan dat het college ten onrechte is uitgegaan van zijn betrokkenheid bij [V] en [VI]. Of [I] al dan niet betrokken was bij [V] en/of [VI] doet in dit geval niet ter zake. Hoewel [V] en [VI] in de onderzoeksrapporten ook als overtreder worden aangemerkt, is in het boetebesluit besloten deze beide bedrijven en hun eventuele overtredingen buiten beschouwing te laten²⁷. Aldus is eventuele betrokkenheid van [I] bij [V] en [VI] niet meegewogen in het boetebesluit.

7.3.1 Conclusie ten aanzien van de overwegingen met betrekking tot de overtreeders

79. Gelet op hetgeen hiervoor door het college is overwogen blijft het college bij zijn eerdere oordeel dat Digital Magazines kan worden aangemerkt als overtreder door zijn rol als feitelijk verzender binnen de wederrechtelijke gedragingen. Rivièra Vastgoed kan worden aangemerkt als overtreder door zijn rol als opdrachtgever (materieel verzender) van de mailings. Daarnaast kan Rivièra Vastgoed worden aangemerkt als overtreder doordat zij kan worden aangemerkt als functioneel dader van de wederrechtelijke gedragingen. [I] wordt door het college aangemerkt als overtreder in de vorm van functioneel dader van de wederrechtelijke gedragingen binnen Digital Magazines en Mail Garage. Mail Garage op zich wordt

²⁷ Dit blijkt ook uit rn. 118 van het boetebesluit.

aangemerkt als overtreder door zijn rol als opdrachtgever (materieel verzender). Gelet op al het voorgaande is het college van oordeel dat de door partijen op dit punt aangevoerde gronden geen doel treffen.

7.4 Klachten

80. [I] en Mail Garage zijn in hun bezwaarschrift van mening dat door het college onterecht geen nader onderzoek is gedaan naar de klachten die het college heeft ontvangen. Verder geven zij in hun bezwaarschrift aan dat door het college in strijd met artikel 6 EVRM is gehandeld, nu hen geen inzicht is geboden in de klachten.
81. Ten aanzien van dit punt oordeelt het college dat de klachten aanleiding zijn geweest tot het doen van een onderzoek. Hiervoor is naar het oordeel van het college niet nodig dat de klachten eerst geverifieerd worden. De klachten vormen immers geen bewijsmateriaal. Verder brengt artikel 6 ERVM volgens het college niet met zich mee dat aan overtredders inzicht moet worden geboden in de personalia van de klagers.
82. In hun bezwaarschrift geven Digital Magazines en Riviera Vastgoed aan dat voor hen de omvang van het aantal klachten zeer onduidelijk is. Dit bezwaar vindt het college zeer opmerkelijk nu deze getallen rechtstreeks uit het onderzoeksrapport zijn overgenomen. Ten overvloede hierbij nogmaals de uitleg.
83. In totaal zijn 775 klachten ontvangen over commerciële e-mailberichten die zijn verzonden via de systemen van Digital Magazines. Van deze klachten waren er 346 klachten over e-mailberichten die afkomstig waren van Digital Magazines. 123 klachten van het totaal aantal klachten ging over e-mailberichten die afkomstig waren van Mail Garage. De overige 306 klachten gingen over e-mailberichten die afkomstig waren van [V] en [VI]. Zie de tabel hieronder:

	Digital Magazines	Mail Garage	[VI]	[V]
Totaal aantal verzonden berichten	346	123	87	219

7.4.1 Conclusie ten aanzien van de overwegingen met betrekking tot de klachten

84. Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, is het college van oordeel dat hij terecht geen inzage in de klachten heeft verstrekt, nu deze slechts hebben geleid tot een onderzoek en niet hebben meegewogen als bewijsmateriaal voor het boetebesluit. Voorts is het college van oordeel dat hij niet heeft gehandeld in strijd met artikel 6 EVRM. Het college is van oordeel dat de door partijen op dit punt aangevoerde gronden geen doel treffen.

7.5 Opgelegde boetes

85. Het college heeft in zijn overweging aangegeven dat onvoldoende is aangetoond dat artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, van de Tw is overtreden. Dit betekent dat er geen sprake meer is van een overtreding van meerdere leden van artikel 11.7 van de Tw en op dit punt geen verzwarende factor bij de bepaling van de ernst is.

86. Bij de bepaling van de ernst heeft het college in het boetebesluit overwogen dat het aantal van 64 miljoen door Mail Garage verzonden van berichten als een groot aantal werd beschouwd. Na heroverweging beschouwd het college dit aantal als een zeer groot aantal.
87. Rivièra Vastgoed en Digital Magazines zijn van mening dat de door het college opgelegde boetes niet in verhouding staan tot de overtredingen en dat er sprake is van willekeur. Rivièra Vastgoed en Digital Magazines stellen dat het percentage klachten in relatie tot het totaal aantal verzonden berichten zeer klein zou zijn en dat dit niet geleid zou hebben tot grote maatschappelijke overlast. Het college is van oordeel dat de bij het college ingediende klachten staan voor het spreekwoordelijke topje van de ijsberg en dat de maatschappelijke overlast zich moeilijk direct laat meten met alleen de ingediende klachten. De directe vergelijking die Rivièra Vastgoed en Digital Magazines maken tussen aan de ene kant de 775 klachten die betrekking hebben op dit boetebesluit aan de ene kant en de totale hoeveelheid bij spamklacht.nl ontvangen klachten en totale hoeveelheid door het college opgelegde spamboetes aan de andere kant, is naar het oordeel van het college niet relevant. Klachten hebben voor het college bovenal de functie van signalering ten behoeve van de handhaving. Dit bezwaar treft dan ook geen doel.
88. Over het feit dat de afmeldlink van Digital Magazines eenmalig niet heeft gewerkt ten gevolge van een 'bug' overweegt het college dat dit leidt tot een overtreding van artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, van de Tw. Gezien het feit dat deze overtreding zich maar één maal heeft voorgedaan legt het college voor deze overtreding geen boete op. Het college volstaat in dit geval met het geven van een waarschuwing aan Rivièra Vastgoed en Digital Magazines en gebiedt partijen ervoor te zorgen dat een dergelijke overtreding niet meer plaatsvindt.
89. [I] stelt zich verder op het standpunt dat hij feitelijk driemaal wordt beboet voor dezelfde feiten. [I] is deze mening toegedaan nu hij de facto zaakvoerder van Mail Garage is, ten tijde van de overtredingen bestuurder van Digital Magazines was en het college daarnaast een boete op zijn eigen naam heeft opgelegd. Het college stelt vast dat [I] in het boetebesluit voor beide geconstateerde overtredingen slechts één maal daadwerkelijk wordt beboet.²⁸ Het is niet aan het college om rekening te houden met de uitkomst van een (mogelijke) civiele aansprakelijkheidsprocedure. Het college merkt het bezwaar op dit punt aan als ongegrond.
90. Ten aanzien van het bezwaar van [I] en Mail Garage omtrent de aanwezigheid van boeteverlagende omstandigheden overweegt het college het volgende. [I] voert als eerste boeteverlagende omstandigheid aan dat hij alle medewerking heeft verleend tijdens het onderzoek en hierbij buitengewoon veel informatie beschikbaar heeft gesteld. Het college bevestigt dat [I] medewerking heeft verleend tijdens het onderzoek en hiertoe informatie beschikbaar heeft gesteld. Tegelijkertijd merkt het college hierbij op dat [I] hieraan was gehouden op grond van artikel 5:20, eerste lid, van de Awb. De medewerkingsplicht impliceert mede een plicht tot het verstrekken van inlichtingen en tot afgifte van gevorderde gegevens en bescheiden.²⁹ Het college is van oordeel dat [I] niet daadwerkelijk verdergaande medewerking aan het onderzoek van het

²⁸ Zie boetebesluit, nr. 177.

²⁹ Memorie van Toelichting (hierna: MvT), Kamerstukken II 23 700, nr. 3, p. 147.

college heeft verleend dan waartoe hij wettelijk was gehouden.³⁰ Het feit dat [I] “zijn meest mogelijke best doet om het college te informeren”³¹ en “heel graag de problemen wil oplossen”³² maken dit niet anders. Het college is van oordeel dat dit verzoek conform zijn boetebeleidsregels niet is aan te merken als een boeteverlagende omstandigheid en merkt dit bezwaar aan als ongegrond.

91. Als tweede boeteverlagende omstandigheid stelt [I] dat hij het college herhaaldelijk en tevergeefs heeft verzocht om duidelijkheid te verschaffen omtrent de juiste toepassing van de relevante regelgeving. Het college wijst [I] erop dat hij dit verzoek niet heeft gedaan voorafgaand aan zijn activiteiten, dan wel gedurende het uitvoeren van zijn activiteiten in de onderzoeksperiode. Pas nadat [I] in kennis was gesteld van het feit dat hij subject van onderzoek was, heeft hij in een laat stadium van het onderzoekproces³³ in indirecte bewoordingen gevraagd “of dat ook mag volgens de OPTA voorwaarden”. Het college merkt dit niet aan als een herhaaldelijk verzoek om duidelijkheid. Overigens merkt het college op dat partijen een eigen verantwoordelijkheid hebben om de wet correct na te leven. Het college is van oordeel dat dit verzoek conform zijn boetebeleidsregels niet is aan te merken als een boeteverlagende omstandigheid en merkt het bezwaar op dit punt aan als ongegrond.
92. Tot slot stelt [I] zich op het standpunt dat het college ten onrechte heeft gemeend dat [I] niets heeft ondernomen om de wederrechtelijke gedraging te beëindigen. Ondanks het feit dat [I] de overeenkomst met [V] op heeft gezegd, bemerkt het college dat [I] niet op een andere wijze actie heeft ondernomen om de mogelijk wederrechtelijke gedragingen te beëindigen. Het college concludeert dat [I], met het opzeggen van de overeenkomst van [V], wellicht iets heeft ondernomen om de wederrechtelijke gedraging te beëindigen. Deze actie van [I] is naar het oordeel van het college echter onvoldoende geweest en heeft op een te laat tijdstip plaatsgevonden. Het college oordeelt dat hij terecht geen rekening heeft gehouden met deze omstandigheid en acht het bezwaar op dit punt ongegrond.

7.5.1 Conclusie ten aanzien van de overwegingen met betrekking tot de opgelegde boetes

93. Gelet op alle bovengenoemde omstandigheden is het college van oordeel dat de opgelegde boetes deels in stand kunnen blijven. Nu het college van oordeel is dat onvoldoende is aangetoond dat artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, van de Tw is overtreden, is er geen sprake meer van een overtreding van meerdere leden van 11.7 van de Tw. Hierdoor vervalt deze verzwarende factor bij het bepalen van de ernst van de overtreding. Gelet op de overige feiten en omstandigheden zoals omschreven in m 132-152³⁴ van het boetebesluit leidt dit echter niet tot een ander oordeel van het college ten aanzien van de ernst van de overtreding. Daarnaast is het college bij deze heroverweging van oordeel dat het aantal verzonden berichten door Mail Garage als zeer groot moet worden beschouwd. Gelet op de overige feiten en omstandigheden zoals omschreven in bovengenoemde randnummers van het boetebesluit leidt dit eveneens niet tot een ander oordeel van het college ten aanzien van de ernst van de overtreding.

³⁰ Zie Boetebeleidsregels OPTA 2010, *Stcrt* 2 april 2010, nr. 5163, artikel 6.4.

³¹ Zie aanvullend bezwaarschrift van [I] en Mail Garage, productie 15, p. 114.

³² Zie aanvullend bezwaarschrift van [I] en Mail Garage, productie 15, p. 116.

³³ Gedurende het verhoor van 7 april 2010. Zie bezwaarschrift van [I] en Mail Garage, productie 13.

³⁴ Met uitzondering van m. 140 van het boetebesluit.

94. Voorts oordeelt het college dat de boetes die zijn opgelegd voor de overtredingen van artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, van de Tw geen stand kunnen houden en de boetes voor overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw in stand blijven. Gelet op al het bovenstaande wijzigt de hoogte van de opgelegde boetes voor overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw niet. De bezwaren hiertegen hebben niet tot een ander oordeel van het college kunnen leiden.

8 Conclusie

95. Gezien het feit dat de door partijen aangevoerde gronden tegen de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw geen doel treffen, concludeert het college dat het bezwaarschrift op dat punt ongegrond dient te worden verklaard.
96. Ten aanzien van de overtreding van artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, van de Tw heeft het college geoordeeld dat deze niet voldoende is aangetoond. De bezwaren leiden tot een ander oordeel van het college dan hij heeft geveld in het boetebesluit en worden aldus gegrond verklaard.
97. Voor het deel van de overtreding van artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, van de Tw waarvan partijen hebben toegegeven dat de overtreding is begaan, is het college van oordeel dat deze overtreding zodanig klein van aard is dat dit niet kan leiden tot een boete. Het college volstaat met het geven van een waarschuwing.
98. Indien Digital Magazines of Mail Garage ondanks deze waarschuwing artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, van de Tw nogmaals overtreden, dan kan het college aan Digital Magazines en Mail Garage op grond van artikel 15.4, vierde lid, aanhef en onder b, van de Tw een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste €450.000 per overtreding. In dat geval kan het feit dat Digital Magazines en Mail Garage door dit besluit zijn gewaarschuwd, bij het vaststellen van de hoogte van de boete als een boeteverhogende omstandigheid worden aangemerkt.

9 Besluit tot Publicatie

99. Het college publiceert sinds 1999 openbare versies van zijn (handhavings)besluiten op haar website www.opta.nl. In zijn Beleidsregels openbaarmaking OPTA (hierna: publicatiebeleid) heeft het college het algemene belang van artikel 8 Wob dat ertoe noopt openbaarheid te betrachten, geconcretiseerd door te wijzen op het belang van transparantie, het gelijkheidsbeginsel en de preventieve werking.³⁵ 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.³⁶ 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.
100. 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 heeft gehandeld met het in artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, en artikel 11.7, twaalfde lid, Tw bepaalde en dat aan hem een sanctie is opgelegd. Consumenten worden zo gewaarschuwd voor dit soort overtredingen. Consumenten die hierdoor al zijn getroffen of hierover zelfs al hebben geklaagd komen op deze manier te weten dat er effectief is gehandhaafd om hun belang te beschermen. Daarnaast is het ook in het belang van marktloterijen om kennis te nemen van de ten aanzien van andere marktdeelnemers genomen (sanctie)besluiten. Afnemers en leveranciers worden zo gewaarschuwd en concurrenten komen zo te weten dat er ter bescherming van hun belang is opgetreden. Ook gaat er een algemeen preventief effect van uit richting potentiële andere overtreders evenals een preventief effect richting de overtreder zelf, die hierdoor meer geprikkeld zal worden om herhaling in de toekomst te voorkomen. Deze belangen dienen naar het oordeel van het college zwaarder te wegen dan het belang van de loterijen. Van overige belangen of omstandigheden, op grond waarvan zou moeten worden afgezien van publicatie, is het college niet gebleken.

³⁵ Beleidsregels openbaarmaking OPTA van 1 april 2009, *Stcrt* 2009, nr. 63, tevens gepubliceerd op www.opta.nl.

³⁶ www.rechtspraak.nl, *LJN:BO3468*; *AB* 2010, 319 en *JB* 2010, 276.

10 Dictum

101. Het college verklaart de bezwaren van partijen tegen zijn besluit van 19 april 2011 inzake de oplegging van boetes aan Digital Magazines B.V., Rivièra Vastgoed B.V., [I], en [II], handelend onder de naam Mail Garage, voor overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw ongegrond en voor overtreding van artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, van de Tw gegrond.

102. Het bestreden besluit blijft hierdoor slechts ten dele in stand. Gelet op al het bovenstaande wijzigen de eerder opgelegde boetes. Het college:

- legt aan de rechtspersonen Digital Magazines B.V. en Rivièra Vastgoed B.V. gezamenlijk een boete op van €300.000 wegens overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw waarvoor zij ieder hoofdelijk aansprakelijk zijn;
- legt aan de natuurlijke persoon [II], handelend onder de naam Mail Garage een boete op van €100.000 wegens overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw;
- legt aan de natuurlijke persoon [I] een boete op van €200.000 wegens overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw.

103. Het college geeft aan Digital Magazines B.V., Rivièra Vastgoed B.V. en [I] een waarschuwing voor de overtreding ten aanzien van artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, van de Tw.

W.G.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
prof. dr. M.W. de Jong, plv. voorzitter

Beroepsmogelijkheid

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij de Rechtbank Rotterdam.

Het postadres is: Rechtbank Rotterdam, sector Bestuursrecht, Postbus 50591, 3007 BM Rotterdam. Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet tenminste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden.

Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van de Rechtbank, telefonisch bereikbaar op (010) 297 12 34.