

Boetebesluit

Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/ACNB/2009/201348

Zaaknummer: 09.0081.37

Datum: 17 Juni 2009

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op grond van artikel 15.4 juncto artikel 15.10 van de Telecommunicatiewet tot oplegging van boetes ter zake van overtredingen van artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet (spamverbod).

1 Inleiding

1. Dit besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) is gebaseerd op artikel 15.4, vierde lid, van de Telecommunicatiewet¹ (hierna: Tw). In dit besluit stelt het college een aantal overtredingen vast waarvoor een boete wordt opgelegd. De boete wordt opgelegd aan de heer XXX (hierna: XXX).
2. De gedragingen van XXX die als overtredingen zijn te kwalificeren, hebben betrekking op het verzenden van ongevraagde elektronische berichten met een commercieel doel zonder voorafgaande toestemming van de betreffende abonnee en zonder deze in voorkomende gevallen daadwerkelijk gelegenheid te bieden dergelijke communicatie te beëindigen. Deze gedragingen zijn in strijd met het zogenoemde spamverbod zoals neergelegd in artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw.
3. In de praktijk kwam het erop neer dat XXX in de verzonden e-mailberichten de website adverterenisgratis.nl adverteerde als onderdeel van de bedrijfsactiviteiten van Serinco Benelux (hierna: Serinco). Serinco is een eenmanszaak bestuurd door XXX. Op 18 maart 2005 heeft het college een officiële waarschuwing² gegeven aan XXX voor overtreding van het spamverbod. XXX heeft deze waarschuwing gekregen nadat via de website www.spamklacht.nl klachten zijn binnengekomen over e-mailberichten die in naam van Serinco zijn verzonden aan natuurlijke personen die hier geen toestemming voor hadden gegeven. Voorts is gebleken dat XXX hetzelfde e-mailbestand heeft gebruikt voor e-mailberichten ter promotie van een van zijn websites: www.fiestascaribes.nl.
4. In de e-mailberichten werden abonnees verwezen naar een link door middel waarvan zij zich konden afmelden voor de diensten van Serinco. Uit de klachten is echter gebleken dat afmelding via deze link niet naar behoren functioneerde.

¹ Wet van 19 oktober 1998, houdende regels inzake de telecommunicatie (*Stb.* 1998, 610); gewijzigd bij Wet van 22 april 2004 tot wijziging van de Telecommunicatiewet en enkele andere wetten in verband met de implementatie van een nieuw Europees geharmoniseerd regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten en de nieuwe dienstenrichtlijn van de Commissie van de Europese Gemeenschappen (*Stb.* 2004, 189).

² OPTA/IBT/2005/200817, bijlage 9 van het onderzoeksrapport.

Boetebesluit Openbaar

5. Aanleiding tot het onderhavige besluit vormt het rapport (in de zin van artikel 15.8, eerste lid, Tw) dat op 30 maart 2009 is opgemaakt door een toezichthoudend ambtenaar van het college (hierna: het onderzoeksrapport).
6. In het navolgende wordt eerst ingegaan op de achtergrond en het verloop van de procedure (paragraaf 2), de inhoud van het onderzoeksrapport (paragraaf 3) en de overige omstandigheden van feitelijke aard (paragraaf 4). Vervolgens wordt ingegaan op de zienswijze van XXX (paragraaf 5). Daarna worden het juridisch kader (paragraaf 6) en de overwegingen van het college (paragraaf 7) uiteengezet. In de daarop volgende paragrafen wordt ingegaan op de ernst van de overtredingen alsmede de vaststelling van de hoogte van de boete (paragraaf 8 en 9). Tenslotte volgt het dictum (paragraaf 10).

2 Achtergrond en verloop van de procedure

7. In de periode van 30 mei 2004 tot en met 23 februari 2009 zijn via de website <www.spamklacht.nl> een totaal van 379 klachten ingediend over ongevraagde commerciële berichten, welke verband houden met Serinco. Serinco is een eenmanszaak bestuurd door XXX. Feitelijk is Serinco dus een handelsnaam van XXX. Naar aanleiding van informatie verkregen via deze klachten werd bij toezichthoudend ambtenaren het vermoeden gewekt dat de verzender van de e-mailberichten in strijd heeft gehandeld met het zogenoemde spamverbod zoals neergelegd in artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw.
8. In de berichten werd in eerste instantie geadverteerd voor de website adverterenisgratis.nl als onderdeel van de bedrijfsactiviteiten van Serinco. Op 18 maart 2005 heeft XXX een waarschuwing gekregen van het college voor overtreding van het spamverbod.³ Het college heeft deze waarschuwing gegeven naar aanleiding van de e-mailberichten die XXX in naam van Serinco heeft verzonden aan natuurlijke personen die hier geen toestemming voor hadden gegeven.
9. Ondanks deze waarschuwing is het aantal klachten over e-mailberichten van XXX in de daaropvolgende maanden toegenomen. Naar aanleiding hiervan hebben toezichthoudend ambtenaren ambtshalve het onderzoek heropend.
10. In het kader van dit onderzoek hebben op 22 november 2007 medewerkers van het college op grond van hun bevoegdheden inzage gevorderd in digitale gegevensdragers uit de woning van XXX. Op deze dag is ook een gesprek gevoerd met XXX. Toezichthoudend ambtenaren hebben deze handelingen verricht met een beroep op artikel 18.7, eerste lid, Tw en artikel 5:16 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb).

³ Zie voetnoot 2.

Boetebesluit Openbaar

11. Op 23 november 2007 hebben toezichthoudend ambtenaren de database gevorderd met e-mailadressen die zijn gebruikt voor mailingcampagnes van XXX.⁴
12. Na bestudering van de gevorderde database heeft een toezichthoudend ambtenaar aan XXX gevraagd zijn zienswijze mondeling toe te lichten ten kantore van OPTA.
Naar aanleiding hiervan heeft XXX op 10 juli 2008 ten kantore van OPTA een tweede gesprek gevoerd met toezichthoudend ambtenaren.
13. Bij brief van 22 oktober 2008⁵ heeft een toezichthoudend ambtenaar aanvullende informatie gevorderd bij XXX. Op 28 oktober 2008⁶ heeft XXX gereageerd op deze informatievordering.
14. Een toezichthoudend ambtenaar heeft op 30 maart 2009 een onderzoeksrapport opgesteld. Dit onderzoeksrapport is op dezelfde datum per aangetekende post⁷ aan XXX en diens toenmalige gemachtigde mevrouw Selmeijer (hierna: Selmeijer) toegezonden.
15. Op 7 april 2009 is een brief⁸ met een uitnodiging voor een hoorzitting naar XXX gestuurd. In de periode van 7 april 2009 tot en met 17 april 2009 heeft het college getracht XXX telefonisch en via de e-mail te bereiken, omdat het college geen reactie van XXX had ontvangen op zijn uitnodiging. Het college heeft geen contact kunnen krijgen met XXX. Wel heeft het college telefonisch contact gehad met Selmeijer, de op dat moment bij het college bekende gemachtigde van XXX. Selmeijer heeft toen aangegeven ook geen contact te hebben met XXX.
16. Op 23 april 2009 zou de hoorzitting plaatsvinden. XXX is echter niet op komen dagen. XXX heeft op 12 mei 2009 via e-mail contact opgenomen met medewerkers van het college met het verzoek het boeterapport nogmaals naar hem op te sturen en hem in de gelegenheid te stellen om op een later tijdstip zijn zienswijze naar voren te brengen.
17. In reactie op zijn verzoek heeft het college op 14 mei 2009⁹ het boeterapport nogmaals naar XXX gestuurd en hem de mogelijkheid geboden om alsnog een schriftelijke zienswijze in te dienen. Bij e-mail van 19 mei 2009 heeft XXX hierop gereageerd.

⁴ Zie randnummer 16 van het onderzoeksrapport.

⁵ OPTA/ACNB/2008/202331.

⁶ Zie Bijlage 19 bij het onderzoeksrapport.

⁷ OPTA/ACNB/2009/200087.

⁸ OPTA/ACNB/2009/200812.

⁹ OPTA/ACNB/2009/201171.

Boetebesluit Openbaar

3 Het onderzoeksrapport

18. Aanleiding voor het onderhavige besluit vormen de overtredingen zoals vastgesteld in het onderzoeksrapport van 30 maart 2009. In het onderzoeksrapport wordt vastgesteld dat XXX het zogenoemde spamverbod, zoals neergelegd in artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw heeft overtreden.¹⁰
19. De overtredingen houden het volgende in: XXX heeft ongevraagde elektronische berichten (meer specifiek: e-mailberichten) verzonden aan abonnees die als natuurlijke persoon in de zin van artikel 11.8 Tw een overeenkomst hebben met aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten. Deze e-mailberichten zijn verzonden met commerciële doeleinden, zonder dat de desbetreffende abonnees daarvoor voorafgaand toestemming hebben verleend. Bovendien is uit de klachteninformatie gebleken dat ontvangers zich niet voor de e-mailberichten konden afmelden, ook niet na het volgen van de in het bericht opgenomen link.
20. In de praktijk kwam het erop neer dat XXX in de verzonden e-mailberichten de website <www.adverterenisgratis.nl> adverteerde als onderdeel van zijn bedrijfsactiviteiten. Op 18 maart 2005 heeft het college een waarschuwing gegeven aan XXX voor overtreding van het spamverbod. XXX heeft deze waarschuwing gekregen nadat via de website <www.spamklacht.nl> klachten zijn binnengekomen over e-mailberichten die XXX in naam van Serinco heeft verzonden aan natuurlijke personen die hier geen toestemming voor hadden gegeven. Voorts is gebleken dat XXX hetzelfde e-mailbestand heeft gebruikt voor e-mailberichten ter promotie van een van zijn websites: <www.fiestascaribes.nl>.
21. In het onderzoeksrapport verklaart de toezichthoudend ambtenaar dat zijn oordeel ten aanzien van de overtredingen onder meer is gebaseerd op de klachten die via de website <www.spamklacht.nl> zijn ontvangen en op informatie die is gevorderd bij een controle op locatie. De toezichthoudend ambtenaar verklaart verder dat XXX in de gelegenheid is gesteld om zijn zienswijze kenbaar te maken. XXX heeft hiervan gebruik gemaakt, maar dit heeft niet tot andere conclusies geleid.
22. Ten slotte concludeert de toezichthoudend ambtenaar dat XXX in de periode tussen 30 mei 2004 tot en met 23 februari 2009 artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw heeft overtreden.

4 Overige omstandigheden van feitelijke aard

4.1 XXX

23. XXX is een natuurlijke persoon. XXX is bestuurder van de eenmanszaak Serinco.

4.2 Gedragingen van XXX

24. XXX heeft e-mailberichten verstuurd ter promotie van zijn eigen websites en ter promotie van

¹⁰ Zie randnummer 102 van het onderzoeksrapport.

Boetebesluit Openbaar

producten en diensten van klanten van een van die websites: <www.internetpromoservice.nl>.

5 Zienswijze van XXX

25. Na voltooiing van het onderzoeksrapport heeft XXX niet gereageerd op de uitnodiging van 7 april 2009 van het college om mondeling zijn zienswijze naar voren te brengen. XXX is niet verschenen op de hoorzitting van 23 april 2009 ten kantore van OPTA.
26. Op de tweede uitnodiging van 14 mei 2009 van het college aan XXX om zijn zienswijze schriftelijk in te dienen, heeft XXX bij e-mailbericht van 19 mei 2009 gereageerd. XXX geeft in die e-mail aan van mening te zijn dat het college onzorgvuldig heeft gehandeld. Hij verwijt het college de procedure te hebben gestart en voort te zetten ondanks dat het college ervan op de hoogte is dat XXX onbereikbaar en niet beschikbaar is. XXX geeft in zijn e-mail aan nu niet inhoudelijk te zullen reageren op het onderzoeksrapport.

6 Juridisch kader

6.1 Ten aanzien van de overtreding

27. Het zogenoemde spamverbod is opgenomen in artikel 11.7 Tw. Artikel 11.7, eerste lid, Tw luidt, voor zover relevant:

“1. Het gebruik van elektronische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten¹¹ (voetnoot toegevoegd) 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 bepaald is in het tweede lid.”

28. Uit de nota naar aanleiding van het verslag bij de wijziging van de Telecommunicatiewet¹² blijkt dat het begrip “verzender” niet alleen degene die op de verzendknop drukt (de feitelijk verzender) omvat, maar ook “degene waarvan het bericht afkomstig is” (de materiële verzender).

¹¹ Blijkens de Memorie van Toelichting bij de Telecommunicatiewet doelt de wetgever met het begrip ‘elektronisch bericht’ op (onder meer) SMS-berichten. Zie *Kamerstukken II 2002/03*, 28 851, nr. 3, p. 153.

¹² *Kamerstukken II 2002/03*, 28 851 nr. 7, p. 41.

Boetebesluit Openbaar

29. Artikel 11.7, tweede lid, Tw luidt:

“2. Een ieder die elektronische contactgegevens voor elektronische berichten heeft verkregen in het kader van de verkoop van zijn product of dienst mag deze gegevens 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 gelegenheid 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. Artikel 41, tweede lid, van de Wet bescherming persoonsgegevens is van overeenkomstige toepassing.”

30. Artikel 11.7, derde lid, Tw luidt, voor zover relevant:

*“3. Bij gebruik van elektronische berichten voor de in het eerste lid genoemde doeleinden dienen te allen tijde de volgende gegevens te worden vermeld:
a. de werkelijke identiteit van degene namens wie de communicatie wordt overgebracht, en
b. een geldig postadres of nummer waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging kan richten.”*

31. Artikel 11.8 Tw luidt:

“De toepassing van de artikelen 11.6 en 11.7 is beperkt tot abonnees die natuurlijke personen zijn.”

32. Artikel 1, aanhef en onder p, Tw luidt, voor zover relevant:

“abonnee: natuurlijk persoon of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten.”

33. Artikel 11.1, aanhef en onder g, Tw luidt:

“g. toestemming van een gebruiker of abonnee: toestemming van een betrokkene als bedoeld in artikel 1, onder i, van de Wet bescherming persoonsgegevens, met dien verstande dat de toestemming mede betrekking kan hebben op gegevens van abonnees die geen natuurlijke personen zijn.”

Boetebesluit Openbaar

34. Artikel 11.1, aanhef en onder i, Tw luidt:

“i. elektronisch bericht: 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.”

6.2 Ten aanzien van de bevoegdheid

35. 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.”*¹³

36. Artikel 15.8, eerste lid, Tw luidt, voor zover relevant:

“Indien een ambtenaar als bedoeld in artikel 15.1, (...) derde lid, vaststelt dat een overtreding is begaan, maakt hij daarvan een rapport op.”

37. Artikel 15.4, vierde lid, Tw luidt, voor zover relevant:

“Ingeval van overtreding van bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde voorschriften (...), kan het college aan de overtreder een boete opleggen van ten hoogste € 450.000.”

38. Artikel 15.4, vijfde lid, Tw luidt:

“De hoogte van de boete wordt in ieder geval afgestemd op de ernst en de duur van de overtreding alsmede op de mate waarin de overtreder daarvan een verwijt kan worden gemaakt.”

6.3 Boetebeleidsregels en Handhavingsbeleid spam

39. Met de Boetebeleidsregels¹⁴ 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.

¹³ Zie ook het Besluit van het college van 29 januari 2008, *Stcrt.* 2008, nr. 22.

¹⁴ Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA), *Stcrt.* 2008. nr. 50.

Boetebesluit Openbaar

40. Met het Handhavingsbeleid spam¹⁵ verschaft het college inzicht in de criteria op basis waarvan hij overgaat tot het treffen van handhavende maatregelen wanneer het gaat om overtredingen van het spamverbod.

7 Overwegingen van het college

7.1 Reactie op zienswijze XXX

41. Anders dan XXX stelt, is het college van oordeel dat hem geen onzorgvuldigheid kan worden verweten. Het college heeft zich bij de vaststelling van onderhavig besluit als bedoeld in artikel 15.10 Tw gehouden aan de wettelijke voorschriften van de Tw en de Awb. Ook overigens heeft het college de nodige zorgvuldigheid betracht. Het college heeft immers meermalen en op verschillende manieren getracht met XXX in contact te treden om hem in de gelegenheid te stellen zijn zienswijze in te brengen. XXX heeft van die gelegenheden in eerste instantie geen gebruik gemaakt. Dat XXX gedurende langere tijd in het buitenland verbleef en daarbij praktisch onbereikbaar was, is een omstandigheid waarvan de gevolgen voor zijn risico komen en dienen te blijven. Immers, hij had voldoende middelen ter beschikking om tijdig en adequaat zijn zienswijze (schriftelijk, zoals per e-mail) in te brengen. XXX heeft daarnaast kennelijk niet voorzien in een goede afhandeling van zijn post. Ook die omstandigheid moet voor zijn risico blijven.
42. Niettemin heeft XXX uiteindelijk (zo blijkt uit zijn mail van 19 mei 2009) wel gereageerd en is hij derhalve in staat geweest om zijn zienswijze in te brengen. Het college begrijpt uit de e-mail van 19 mei verder, dat XXX er op meende te kunnen vertrouwen dat het college in zijn procedure rekening zou houden met langdurige afwezigheid van XXX. Dat vertrouwen is naar het oordeel van het college niet gerechtvaardigd. XXX verwijst in zijn e-mail van 19 mei naar een door hem verstuurde e-mail van 17 januari 2009. In deze e-mail geeft XXX uitsluitend aan langs welke weg hij bereikbaar is. Het college geeft in reactie daarop aan dat hij langs de door XXX aangegeven kanalen met hem in contact zal treden. Van een daaropvolgende toezegging van het college dat in het vervolg van de procedure rekening zou worden gehouden met mogelijke afwezigheid van XXX, is echter geenszins sprake.
43. Daar komt bij, dat het college (zo blijkt uit dezelfde e-mail van 19 mei 2009) vervolgens in april 2009 herhaaldelijk heeft geprobeerd met XXX in contact te treden. Ook al meende XXX te kunnen vertrouwen op een bepaalde handelswijze van het college, dan had het in ieder geval op zijn weg gelegen om naar aanleiding van de e-mailberichten en de berichten op zijn voicemail van april 2009 in contact te treden met het college. Die (e-mail- en voicemail)berichten lieten immers aan duidelijkheid niets te wensen over. Het niet-reageren op die berichten van het college is daarmee een omstandigheid die geheel aan XXX is te wijten en waarvan de gevolgen derhalve ook voor zijn rekening moeten blijven.

¹⁵ Beleidsregels met betrekking tot de handhaving van artikel 15.7 van de Telecommunicatiewet (Handhavingsbeleid spam), *Stcrt.* 2008, nr. 50.

Boetebesluit Openbaar

7.2 Overtreding 1: artikel 11.7, eerste lid, Tw

44. Het college zal hieronder voor de verzonden e-mailberichten beoordelen of XXX door het verzenden daarvan in strijd heeft gehandeld met artikel 11.7, eerste lid, Tw.

7.2.1 Elektronische berichten

45. Het college concludeert aan de hand van het onderzoeksrapport dat de door XXX verzonden e-mailberichten kunnen worden aangeduid als elektronische berichten in de zin van artikel 11.7 Tw. Specifiek betreft het tekstberichten die over een openbaar elektronisch communicatienetwerk worden verzonden en in het netwerk of in de randapparatuur van de ontvanger kunnen worden opgeslagen tot deze door de ontvanger worden opgehaald. Het gaat daarbij om communicatie tussen enerzijds XXX (in naam van Serinco) en anderzijds de abonnees.

7.2.2 Voorafgaande toestemming

46. Met betrekking tot het criterium 'voorafgaande toestemming' is het een vereiste dat XXX als verzender van de e-mailberichten kan bewijzen dat de desbetreffende abonnees als ontvangers van deze e-mailberichten hiervoor voorafgaande toestemming hebben verleend. De bewijslast ligt derhalve bij de verzender, in casu XXX.
47. Uit het onderzoeksrapport blijkt niet dat XXX heeft aangetoond te beschikken over voorafgaande toestemming voor het verzenden van e-mailberichten aan abonnees of anderszins dat hij beschikt over gegevens waaruit die toestemming zonder meer blijkt. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat voor het grootste deel van de mailadressen van de uiteindelijke verzendlijst de voorafgaande toestemming niet aannemelijk kan worden gemaakt. De conclusie van randnummer 55 van het onderzoeksrapport is dat voor ongeveer 204.000 mailadressen de herkomst niet kan worden vastgesteld en dat XXX evenmin kan aantonen dat hij van de houders van die mailadressen voorafgaande toestemming heeft voor het verzenden van ongevraagde berichten voor een commercieel doel.
48. Uit de klachtenformulieren die zijn binnengekomen via <www.spamklacht.nl> en de verificatieverklaringen¹⁶ is gebleken dat klagers geen voorafgaande toestemming hebben gegeven voor het ontvangen van e-mailberichten. Uit de klachten van abonnees die toezichthoudend ambtenaren op de computer van XXX hebben aangetroffen¹⁷ blijkt eveneens dat abonnees geen toestemming aan XXX hebben verleend voor het verzenden van e-mailberichten.

¹⁶ bijlage A van het onderzoeksrapport, verklaring klager overtreding spamverbod, volgnummer 64, 67 en 81.

¹⁷ bijlage 5 van het onderzoeksrapport.

Boetebesluit Openbaar

49. Het verkrijgen van *voorafgaande toestemming*, zoals bedoeld in artikel 11.7, eerste lid, Tw, houdt in dat een betrokkene vooraf actief toestemming geeft voor ongevraagde toezending van berichten voor een commercieel, charitatief of ideëel doel. Een dergelijke wijze van actief vragen om toestemming wordt ook wel aangeduid als een opt-in regeling.¹⁸ Daar staat de zogenaamde opt-out regeling tegenover. Uitgangspunt van een 'opt-out' systeem is dat een betrokkene actief moet aangeven géén gebruik te willen maken van de regeling waarvoor de opt-out geldt. In het onderzoeksrapport is vastgesteld dat XXX voor het vereiste van voorafgaande toestemming voor het versturen van e-mailberichten voor de mailadressen die hij verkreeg via zijn website <www.adverterenisgratis.nl> een zogenaamd 'opt-out'-systeem hanteerde. De opt-out regeling voor de mailadressen die XXX verkreeg via zijn website <www.adverterenisgratis.nl> verliep als volgt. Op het aanmeldscherm op de website <www.adverterenisgratis.nl> staat een hokje dat de houder van een mailadres moet aankruisen om geen e-mailberichten te ontvangen.¹⁹ XXX bevestigt dat hij toestemming verkrijgt via een opt-out regeling.²⁰ Op grond van het voorgaande staat vast dat XXX in strijd handelde met artikel 11.7, eerste lid van de Tw.
50. Artikel 11. 7, tweede lid, Tw betreft een specifieke voorziening voor het gebruik van elektronische contactgegevens die zijn verkregen in het kader van de verkoop van een product of dienst. Voor het gebruik van deze elektronische contactgegevens geldt een opt-out regime voor zover het gaat om het overbrengen van ongevraagde communicatie met betrekking tot eigen en gelijksoortige diensten en producten.
51. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat XXX een klein deel van de door hem gebruikte e-mailadressen heeft verkregen via aanmeldingen van bezoekers op zijn website <www.adverterenisgratis.nl>. Hierbij kan dus sprake kan zijn van een bestaande klantrelatie tussen XXX en deze bezoekers. XXX heeft deze e-mailadressen echter gebruikt voor het promoten van producten en diensten van klanten van een andere website, namelijk <www.internetpromoservice.nl>.²¹ In dat geval is er geen sprake van een bestaande klantrelatie noch van eigen en gelijksoortige producten en diensten. De voorziening in artikel 11.7, tweede lid, Tw is dus niet van toepassing.
52. Het college komt tot de conclusie dat XXX als verzender geen voorafgaande toestemming in de zin van artikel 11.7, eerste lid, Tw had van abonnees voor het verzenden van de elektronische berichten.

¹⁸ Vergelijk G.J. Zwenne, *Telecommunicatierecht. Tekst & Commentaar*, Deventer: Kluwer 2009, artikel 11.7, Aant 1 (p. 327).

¹⁹ Bijlage 13 van het onderzoeksrapport.

²⁰ Bijlage 11 Gespreksverslag XXX d.d. 10 juli 2008, p. 114.

²¹ Bijlage 8 Gespreksverslag XXX d.d. 22 november 2007, p. 80.

Boetebesluit Openbaar

7.2.3 Commerciële doeleinden

53. Naar het oordeel van het college staat vast dat de berichten zijn verzonden voor een commercieel doel. Daarbij wijst het college er in dit verband op dat artikel 11.7 Tw zijn grondslag vindt in artikel 8, eerste lid, van de Richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie 2002/58/EG (hierna: de Richtlijn).²² Zowel de tekst van dit artikel als overweging (40) van de Richtlijn spreekt van het verzenden van berichten voor “direct marketing” doeleinden.
54. Uit het onderzoeksrapport²³ blijkt dat XXX de berichten verzond enerzijds voor websites in eigen beheer, anderzijds in opdracht van derden. XXX heeft dat overigens ook in zijn verklaringen bevestigd.²⁴ Deze berichten dienden er voor om de producten en diensten van dan wel XXX zelf dan wel van diens opdrachtgevers onder de aandacht te brengen en om daarmee de afzet van XXX dan wel diens opdrachtgevers te vergroten.
55. Bovendien heeft XXX herhaaldelijk erkend dat van verzending voor commerciële doelen sprake is.²⁵ Ten slotte staat vast dat XXX op verschillende manieren geld verdiende met zijn mailcampagnes, zowel voor zijn eigen websites als in opdracht van derden, bijvoorbeeld door het vergroten van zijn naamsbekendheid of door het toepassen van betaalde banners op websites.²⁶ Op grond van het voorgaande staat het commerciële doel van de verzending van alle berichten vast.

7.2.4 Abonnees die natuurlijke personen zijn

56. Op grond van artikel 11.8 Tw geldt het verbod van artikel 11.7 Tw voor ongevraagde berichten die zijn verzonden aan abonnees die als natuurlijk persoon abonnee zijn. Het college zal in het navolgende vaststellen of de klagers die via <www.spamklacht.nl> hebben geklaagd over de ongevraagde e-mailberichten, abonnees en tevens natuurlijke personen zijn.
57. Klagers hebben een e-mail ter bevestiging van hun klacht ontvangen. Zij hebben de e-mail teruggestuurd voor akkoord aan de website <www.spamklacht.nl>. Hieruit blijkt dat de ingevulde e-mailadressen waarop de e-mailberichten zijn ontvangen, geldig en correct zijn en door de klagers zelf worden gebruikt.

²² Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie), *PbEG* 2002, L 201/37.

²³ Zie randnummer 47 van het onderzoeksrapport.

²⁴ Zie onder meer bijlage 8, p. 48 en bijlage 11, p. 96.

²⁵ Onderzoeksrapport: bijlage 8, p. 45 en bijlage 11, p. 97.

²⁶ Zie voetnoten 28 en 30 van het onderzoeksrapport.

Boetebesluit

Openbaar

58. De klachtenprocedure op de website <www.spamklacht.nl> voorziet erin dat klachten die worden ingediend door abonnees die geen natuurlijke personen zijn, buiten behandeling worden gesteld. De klachten die aanleiding hebben gegeven tot het onderzoek naar de activiteiten van XXX zijn dus uitsluitend klachten van natuurlijke personen, aangezien klagers dit zelf hebben aangegeven.
59. Hoewel het college geen aanleiding heeft om te twifelen aan de authenticiteit van de ingediende klachten of aan de integriteit van de klagers heeft het college – omwille van zorgvuldigheid – geverifieerd of de klagers natuurlijke personen zijn. Toezichthoudend ambtenaren hebben bij klagers geverifieerd of zij als natuurlijke personen gebruik maken van de e-mailadressen waaraan de e-mailberichten zijn verzonden. In de bijlage A van het onderzoeksrapport zijn daarvan verklaringen opgenomen.
60. Uit het boeterapport blijkt dat XXX bij verzending van e-mailberichten een onderscheid maakt tussen *particuliere* en *zakelijke* e-mailadressen. Het college overweegt hieromtrent het volgende. De Telecommunicatiewet kent dit onderscheid niet, maar maakt enkel onderscheid tussen natuurlijke personen en rechtspersonen²⁷.
61. Zoals uit het onderzoeksrapport blijkt, heeft XXX verklaard dat de *particuliere* e-mailadressen afkomstig zijn van abonnees die gebruik maken van zijn websites *fiestacaribes.nl*, *adverterenisgratis.nl*, *pixel4people.nl*, *pixel4people.be*, *eroticaoverzicht.nl*, *beneluxkrant.com* en *needmorevisitors.com*. Deze particuliere e-mailadressen zijn allemaal e-mailadressen die aan natuurlijke personen toebehoren.²⁸
62. Daarnaast hebben toezichthoudend ambtenaren steekproefsgewijs de verzendlijst met *zakelijke* e-mailadressen geanalyseerd om vast te stellen of daar ook e-mailadressen van natuurlijke personen op staan. Uit bijlage 15 bij het boeterapport blijkt dat 36% van de adressen van deze verzendlijst e-mailadressen van natuurlijke personen zijn.
63. Het college concludeert dat een aanzienlijk deel van de door XXX gebruikte verzendlijst voor het versturen van e-mailberichten uit abonnees bestaat, die tevens natuurlijke personen zijn, zoals vereist in artikel 11.8 Tw.

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

64. Het college stelt op grond van het voorgaande vast dat XXX in strijd met artikel 11.7, eerste lid, juncto artikel 11.8 Tw heeft gehandeld door grote aantallen ongevraagde e-mailberichten voor commerciële doeleinden te verzenden aan abonnees die tevens natuurlijke personen zijn, zonder voorafgaande toestemming.

²⁷ Artikel 11. 8 Tw.

²⁸ Zie randnummer 40 van het onderzoeksrapport.

Boetebesluit

Openbaar

7.3 Overtreding 2: artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw

65. Het college zal in het navolgende voor de verzonden e-mailberichten beoordelen of XXX door het verzenden daarvan in strijd heeft gehandeld met artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw.

7.3.1 Geldige afmeldmogelijkheid

66. Uit de klachten die het college heeft ontvangen via de website <www.spamklacht.nl> blijkt dat in de door XXX verstuurd e-mailberichten een link is opgenomen. Abonnees konden zich door middel van deze link afmelden voor de e-mailberichten van XXX. Naar het oordeel van het college omvat de verplichting tot het melden van een geldig afmeldadres dat een verzoek van de ontvanger tot beëindiging van de ongevraagde communicatie ook daadwerkelijk wordt opgevolgd. Uit de klachten binnengekomen via <www.spamklacht.nl> en klachten die toezichthoudend ambtenaren op de computer van XXX hebben aangetroffen blijkt dat het afmelden voor de e-mailberichten niet naar behoren functioneert.²⁹ Bovendien heeft XXX verklaard dat afmeldingen slechts één keer per jaar worden doorgevoerd.³⁰

7.3.2 Conclusie ten aanzien van overtreding van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw

67. Het college is van oordeel dat in de e-mailberichten geen geldig adres voor een verzoek tot beëindiging is vermeld. Op grond van het bovenstaande concludeert het college dat sprake is van overtreding van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw.

7.4 Overtreder

68. XXX wordt in casu door het college aangemerkt als overtreder van artikel 11.7, eerste lid, Tw, en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw.

7.4.1 Verzender

69. Naar het oordeel van het college staat vast dat XXX verzender is van de berichten, deels in opdracht van derden. Het bedrijf van XXX (Serinco Benelux) is een eenmanszaak.³¹ Dat betekent dat XXX als natuurlijk persoon verantwoordelijk is voor alle (rechts)handelingen die hij onder de handelsnaam Serinco verricht. Het college stelt verder vast dat XXX via de website <www.internetpromoservice.nl> mailingcampagnes aanbiedt.³² XXX heeft dat overigens ook zelf verklaard. XXX kan de afnemers van deze diensten ook adviseren over de samenstelling van

de berichten. De mailingcampagnes die besteld worden via <www.internetpromoservice.nl>

²⁹ Bijlage 5 Klachten van abonnees.

³⁰ Zie randnummer 63 van het onderzoeksrapport.

³¹ Zie onderzoeksrapport, p. 4, voetnoot 1 en Bijlage 2.

³² Zie onderzoeksrapport randnummers 25, 30 tot en met 33.

Boetebesluit Openbaar

worden verspreid onder de adressen in het databestand van XXX³³. De klanten van XXX kunnen kiezen tussen de particuliere lijst en/of de zakelijke lijst³⁴.

70. Vast staat in ieder geval dat XXX bepaalt aan wie de berichten worden verzonden. XXX heeft dat overigens zelf ook verklaard.³⁵ Voor dat doel heeft XXX een adressenlijst samengesteld, waarbij hij de mailadressen heeft verkregen via verschillende bronnen, onder meer van zijn eigen advertentiewebsite. XXX heeft een databestand met e-mailadressen opgesplitst in particulieren en bedrijven.³⁶ Particuliere adressen worden verzameld via advertentiesites³⁷. De adressen van de bedrijven zijn deels op dezelfde manier verkregen als de adressen van particulieren. Deels via het opkopen van een bedrijf.³⁸
71. Daarnaast blijkt uit de berichten zelf ook dat XXX de afzender is van de berichten. Zo staat als afzender van de e-mailberichten in de mailingcampagnes vermeld `noreply@adverterenisgratis.nl`.³⁹ Volgens XXX heeft dat een technische reden om de adressen die 'bouncen' op te vangen.⁴⁰ In een e-mailbericht verstuurd door XXX aan een klant van hem, en door toezichthoudend ambtenaren op de computer van XXX aangetroffen, schrijft XXX dat de ontvangers van de mailingcampagne klanten zijn van XXX.⁴¹
72. XXX heeft ook daadwerkelijk profijt van de verzending van de berichten. Uit de screenshot in het rapport blijkt dat XXX daarvoor elektronische facturatie stuurt.⁴² Bovendien heeft XXX verklaard opbrengsten te genereren met de mailingcampagnes.⁴³
73. Het college concludeert op grond van vorenstaande dat XXX kan worden aangemerkt als 'de verzender' van de e-mailberichten in de mailingcampagnes in de zin van artikel 11.7, eerste lid, Tw. Het feit dat XXX in opdracht van derden e-mailberichten heeft verstuurd doet daar niet aan af.
- ### 7.4.2 Conclusie ten aanzien van de overtreder
74. Het college acht het bewijs voldoende om te concluderen dat XXX kan worden aangemerkt als verzender van de e-mailberichten en daarmee als overtreder van het spamverbod uit artikel 11.7 Tw.

³³ p. 81 van het onderzoeksrapport, gesprek met XXX op 22 november 2007.

³⁴ p. 120 van het onderzoeksrapport, gesprek met XXX op 10 juli 2008.

³⁵ Onderzoeksrapport, bijlage 8, p. 81.

³⁶ Onderscheid gehanteerd door XXX.

³⁷ p. 45 van het onderzoeksrapport, gesprek met XXX op 22 november 2007.

³⁸ p. 58 van het onderzoeksrapport, gesprek met XXX op 22 november 2007.

³⁹ bijlage A van het onderzoeksrapport, klacht uit spamklacht database, volgnummer 1 t/m 50.

⁴⁰ p. 122 van het onderzoeksrapport, gesprek met XXX op 10 juli 2008.

⁴¹ bijlage 4 van het onderzoeksrapport.

⁴² bijlage 3.2 van het onderzoeksrapport.

⁴³ p. 219 van het onderzoeksrapport.

Boetebesluit Openbaar

8 Boete

8.1 Boetebeleid OPTA

75. 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 betrokkenen 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.
76. 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).
77. 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.
78. 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.
79. 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 boeteverzwarende 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.

8.2 De ernst van de overtredingen

80. Bij het bepalen van de zwaarte van de overtredingen neemt het college de doelstellingen van

Boetebesluit Openbaar

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 de Boetebeleidsregels de mogelijke overtredingen in abstracto in drie types in: zeer zware, zware en minder zware overtredingen. Wat betreft overtreding van het spamverbod overweegt het college in dit verband het volgende.

8.2.1 Zwaarte van de overtredingen

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

- Een belangrijk negatief neveneffect is dat door spam (eind)gebruikers hun vertrouwen in internet, e-mail en andere vormen van elektronische communicatie verliezen. Dit kan veel schade berokkenen voor de ontwikkeling van de markt;
- Spam is bovendien vaak gelieerd aan, of faciliterend voor, andere vormen van ongeoorloofde handelspraktijken (zoals illegale adressen- of telefoonnummerhandel en fraude).

82. De hiervoor genoemde feitelijkheden zijn de belangrijkste redenen waarom het college spam (in ruime zin) schadelijk acht. Ten algemene geldt immers dat door overtreding van het spamverbod de werking van elektronische communicatiemarkten en hun imago onder eindgebruikers worden aangetast. Daarbij komt dat de belangen van eindgebruikers ook daadwerkelijk worden geschaad. Het college typeert een overtreding van het spamverbod naar haar aard als een minder zware overtreding van de Telecommunicatiewet aangezien daardoor de belangen van eindgebruikers weliswaar worden geschaad, maar niet in die (aanzienlijke) mate dat deze als zware of zeer zware overtredingen kunnen worden aangemerkt.

83. Het college merkt de overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder a en b, Tw, aan als minder zware overtredingen van de Telecommunicatiewet.

Boetebesluit Openbaar

8.2.2 Economische context en bijzondere omstandigheden van het geval

84. 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. In de beleidsregels is voor overtredingen van het spamverbod bepaald dat de ernst van de overtreding mede wordt bepaald op basis van de volgende criteria:

- het aantal klachten;
- herhaalde overtreding (recidive);
- meerdere overtredingen;
- de bijzondere schadelijkheid van het bericht volgens eindgebruikers;
- het aantal verzonden berichten;
- 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.

85. Bovengenoemde criteria zijn niet cumulatief. Om de ernst van de overtredingen in dit concrete geval te bepalen, zal het college hieronder ingaan op de in het onderhavige geval relevante criteria. Daarnaast zullen tevens de door XXX gegenereerde inkomsten worden betrokken.

8.2.2.1 *Het aantal klachten*

86. Het college stelt vast dat er 379 klachten zijn ontvangen via <www.spamklacht.nl>. Dit is naar het oordeel van het college een bijzonder groot aantal klachten.

8.2.2.2 *Meerdere overtredingen*

87. Indien sprake is van overtreding van meerdere leden van artikel 11.7 Tw, dan is dit voor het college een verzwarende factor, zo blijkt uit de Bijlage bij de Boetebeleidsregels. In het rapport wordt geconstateerd dat in het onderhavige geval sprake is van overtreding van zowel het eerste als het derde lid, aanhef en onder b, van artikel 11.7 Tw.

8.2.2.3 *De bijzondere schadelijkheid van het bericht volgens eindgebruikers*

88. Het college stelt vast dat uit de klachten, aangetroffen op de computer van XXX⁴⁴, blijkt dat door de verzending van de ongevraagde e-mailberichten (immateriële) schade is veroorzaakt aan eindgebruikers, te weten ergernis. 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.

8.2.2.4 *Het aantal verzonden berichten*

89. Het college overweegt dat in het onderzoeksrapport wordt vastgesteld dat XXX in de periode

⁴⁴ Zie Bijlage 5 bij het onderzoeksrapport.

Boetebesluit

Openbaar

van 30 mei 2004 tot en met 23 februari 2009 minimaal 21.355.139 e-mailberichten heeft verstuurd. Het college stelt vast dat minimaal 21 miljoen berichten zijn verzonden en dat dit een exceptioneel groot aantal is.

8.2.2.5 Inkomsten

90. Voorts overweegt het college dat de ernst van de overtreding mede wordt bepaald door het door XXX behaalde voordeel bij de overtreding. XXX heeft verklaard dat hij gemiddeld € 600,- ontvangt per mailingcampagne.⁴⁵ Volgens zijn verklaring blijft per campagne € 525,- over.⁴⁶ Het minimaal behaalde voordeel van XXX is dan in totaal € 81.900. Dit is naar het oordeel van het college relatief laag.

8.2.2.6 Conclusie ten aanzien van de ernst van de overtredingen

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

9 De vaststelling van de hoogte van de boete

9.1 Duur van de overtredingen

92. Het college stelt vast dat XXX gedurende de periode van 30 mei 2004 tot en met 23 februari 2009 aangemerkt kan worden als feitelijk overtreder, van hetgeen bepaald is in artikel 11.7, eerste lid, Tw en in artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw. De totale duur van de overtredingen beslaat derhalve bijna vijf jaar. In vergelijking met andere gevallen waarin het college ter zake van overtreding van artikel 11.7 Tw een boete heeft opgelegd, is de duur van de overtredingen bijzonder lang.

9.2 Verwijtbaarheid van de overtreder

93. Het spamverbod is in mei 2004 in de Telecommunicatiewet opgenomen. Voorafgaand aan de inwerkingtreding van het spamverbod zijn de gevolgen ervan voor onder meer potentiële spammers uitgebreid voor het voetlicht gebracht. Zo is deze wetgeving belicht in brochures, in persberichten en dergelijke. Los daarvan zijn en worden door het Ministerie van Economische Zaken, Postbus 51 en ConsuWijzer ook concrete vragen beantwoord. OPTA heeft de website <www.spamklacht.nl> ingesteld, waarop veel informatie over spam is te vinden. Tevens geeft OPTA voorlichting op congressen, seminars, et cetera. Kortom, er wordt veel, zo niet alles, gedaan om een ieder de gelegenheid te geven kennis te nemen van het strengere regime en de nodige maatregelen te treffen om aan de wettelijke eisen te voldoen. Daarbij hoort onder

⁴⁵ Bijlage 20 bij het onderzoeksrapport.

⁴⁶ idem.

Boetebesluit Openbaar

andere ook dat het college boetebesluiten publiceert op de website van OPTA. Het college kan en mag er dan ook van uitgaan dat (toekomstige) overtreders overtredingen willens en wetens begaan.

94. Het college stelt bovendien vast, dat aan XXX op 18 maart 2005 een waarschuwing is gegeven voor het overtreden van het spamverbod van artikel 11.7 Tw. Desondanks heeft XXX daarna opnieuw ongevraagde elektronische berichten voor commerciële doeleinden verzonden aan natuurlijke personen, die daarvoor geen toestemming hadden gegeven. Bovendien blijkt uit het onderzoeksrapport dat XXX zelf kennis heeft genomen van het spamverbod uit artikel 11.7 Tw en door zijn omgeving is gewaarschuwd voor zijn handelswijze op internet.⁴⁷
95. Het college heeft in randnummer 63 vastgesteld dat XXX de e-mailberichten aan de abonnees heeft verzonden.
96. XXX is bestuurder van de eenmanszaak Serinco. Daarmee zijn de handelingen begaan onder de handelsnaam Serinco feitelijk en per definitie handelingen begaan door XXX. Het college concludeert derhalve dat de overtredingen van artikel 11.7, eerste en derde lid, aanhef en onder b, Tw zijn begaan door XXX.

9.3 Boeteverzwarende of -verlagende omstandigheden

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

9.4 Conclusie ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de boete

98. Het college stelt vast dat er sprake is van een aantal overtredingen van meerdere leden van artikel 11.7 Tw, die als ernstig moeten worden aangemerkt. Er is geen reden waarom de overtreder geen verwijt kan worden gemaakt van de overtredingen of waarom de overtredingen anderszins niet aan de overtreder kunnen worden toegerekend.
99. In beginsel zal het college in voorkomende gevallen voor iedere overtreding afzonderlijk een boete van maximaal € 450.000 per overtreding opleggen. Met toepassing van dit uitgangspunt stelt het college de op te leggen boetes vast voor elke afzonderlijke overtreding van respectievelijk artikel 11.7, eerste lid, Tw, artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder a, Tw, en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw.
100. Het college heeft hiervoor reeds vastgesteld dat, gelet op de zwaarte van de overtredingen en de economische context, alsmede de bijzondere omstandigheden waaronder deze hebben plaatsgevonden, er sprake is van een ernstige overtreding van de Telecommunicatiewet. De bandbreedte van de boetecategorie bestrijkt in dat geval maximaal € 300.000.
101. Naast het bijzonder groot aantal klachten, het exceptioneel groot aantal verzonden berichten,

⁴⁷ Zie randnummer 88, 90, 91, 92 en 93 van het onderzoeksrapport.

Boetebesluit Openbaar

de bijzonder lange duur van de overtredingen en de conclusie dat XXX de overtreding volledig kan worden verweten, neemt het college bij de vaststelling van de hoogte van de boetes in het onderhavige geval ook mee dat XXX door verzending van de e-mailberichten eindgebruikers immateriële schade heeft berokkend.

102. Het college overweegt tevens dat bij de vaststelling van de hoogte van de boetes in acht moet worden genomen dat de boetes XXX van volgende overtredingen dienen te weerhouden en tevens potentiële overtredders dienen af te schrikken (speciale en generale preventie).

103. 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.⁴⁸

104. De voorgaande bevindingen leiden tot vaststelling van een aantal overtredingen waarvoor het college, met inachtneming van de ernst van de overtreding, de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder, in totaal een bedrag van € 250.000 aan boetes oplegt aan XXX, bestaande uit twee boetes van respectievelijk € 150.000 en € 100.000.

De boetes worden opgelegd voor meervoudige overtredingen van respectievelijk artikel 11.7, eerste lid, Tw, artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw in de periode van 30 mei 2004 tot en met 23 februari 2009.

10 Dictum

105. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit stelt vast dat de gedragingen van de heer XXX zoals beschreven in het onderhavige besluit, overtredingen vormen van artikel 11.7, eerste lid, Tw en van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw. De gedragingen die als overtredingen kwalificeren, bestaan eruit dat de heer XXX in de periode van 30 mei 2004 tot en met 23 februari 2009:

- ongevraagde elektronische berichten heeft verzonden met een commercieel doel zonder voorafgaande toestemming van de betreffende abonnee (overtreding 1);
- waarbij tevens geen geldig postadres of nummer was vermeld waaraan een ontvanger van het bericht een effectief verzoek tot beëindiging van de communicatie kon richten (overtreding 2).

106. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit legt wegens de onder randnummer 104 bedoelde overtredingen aan de heer XXX boetes op van

- a. € 150.000 (overtreding 1) en
- b. € 100.000 (overtreding 2).

107. De hierboven in randnummer 106 vastgestelde boetes dienen overeenkomstig het bepaalde in artikel 15.13, eerste lid, Tw binnen zes weken nadat de beschikking waarbij de boetes zijn

⁴⁸ Zie artikel 3:4, tweede lid, Awb.

Boetebesluit Openbaar

opgelegd in werking is getreden, in euro's te worden betaald. Na het verstrijken van bovengenoemde termijn worden, overeenkomstig artikel 15.13, tweede lid, Tw, deze boetes vermeerderd met de wettelijke rente.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
Namens deze,

(was getekend)

w.g. mr. C.A. Fontein
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.