Besluit
Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/AM/2009/203078
Zaaknummer: 08.0079.29
Datum: 10 november 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 een boete ter zake van overtredingen van artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet (spamverbod)

1 Samenvatting

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 Telecommunicatiewet[1] (hierna: Tw). Met dit besluit stelt het college een aantal overtredingen vast waarvoor boetes worden opgelegd. De boetes worden opgelegd aan de natuurlijke persoon [X] (hierna: [X]). De boete bedraagt in totaal een bedrag van € 12.000 bestaande uit twee boetes van € 5.000 en € 7.000. De boetes worden opgelegd voor herhaalde, meervoudige overtredingen van respectievelijk artikel 11.7, eerste lid, Tw, en artikel 11.7, derde lid, Tw.

2. De gedragingen van [X] 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. In het bericht stond bovendien niet de werkelijke identiteit van degene namens wie de communicatie is overgebracht vermeld. Tevens werd in het bericht geen geldig postadres of nummer vermeld, waaraan een ontvanger van het bericht een verzoek tot beëindiging van de communicatie kon richten. Deze gedragingen zijn in strijd met het zogenoemde spamverbod.[2]

3. In de praktijk kwam het erop neer dat [X] in het eerste kwartaal van 2008 zonder voorafgaande toestemming geautomatiseerd en op zeer grote schaal ongevraagde elektronische berichten (“krabbels”) heeft gestuurd aan gebruikers van de website <www.hyves.nl> van het online sociaal netwerk Hyves. In deze berichten adverteerde [X] voor zijn eigen website <www.infamousgangsters.com> waar men (deels tegen betaling) het spel ‘Infamous Gangsters’ kan spelen. Daarbij maakte [X] wederom zonder toestemming onder andere gebruik van namen van bekenden (“vrienden”) van deze gebruikers. Daarnaast heeft [X] door middel van zogenaamde ‘proxy servers’ en gefingeerde inlognamen zijn identiteit verhuld voor de ontvangers van de berichten.[3] De ongewenste elektronische berichten hebben voor veel overlast gezorgd bij de gebruikers van Hyves en bij de aanbieder van Hyves.

---

[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] Op de website <www.spamklacht.nl> wordt spam als volgt kort omschreven: ongevraagde berichten via e-mail, via uw mobiele telefoon (SMS of MMS) of via een ander elektronisch kanaal. Het versturen van spam is verboden, behalve als men daar zelf toestemming voor heeft gegeven.
[3] Zie Bijlage 1 bij het onderzoeksrapport (Bevindingen digitaal onderzoek ‘*Onderzoek infamousgangsters.com* ’ § 3.5.4.3).

4. Aanleiding tot het onderhavige besluit vormt het rapport zoals op 18 augustus 2009 is opgemaakt door een toezichthoudend ambtenaar van het college (hierna: het onderzoeksrapport).[4]

5. In dit besluit wordt in het navolgende eerst ingegaan op de achtergrond en verloop van de procedure (paragraaf 2), de inhoud van het onderzoeksrapport (paragraaf 3) en de feiten (paragraaf 4). Vervolgens wordt ingegaan op de zienswijze van [X] (paragraaf 5), het juridisch kader (paragraaf 6) en de overwegingen van het college (paragraaf 7). In de daarop volgende paragrafen wordt ingegaan op de ernst en duur van de overtredingen alsmede de vaststelling van de hoogte van de boete (paragraaf 8 en 9). Ten slotte volgt het dictum (paragraaf 10).

2 Achtergrond en verloop van de procedure

6. In maart 2008 heeft Hyves contact opgenomen met OPTA in verband met grote aantallen ongewenste berichten die op de profielen van gebruikers van Hyves geplaatst zouden zijn.

7. Toezichthoudend ambtenaren van OPTA hebben op 3 april 2008 een verkennend gesprek gevoerd met Hyves. Omdat er sprake was van een vermoeden van een overtreding is OPTA een onderzoek gestart.

8. Op 24 september 2008 hebben toezichthoudend ambtenaren van het college een (onaangekondigd) bezoek gebracht aan het woonadres van [X].[5] Op grond van hun bevoegdheden hebben zij van [X] inzage gevorderd in de gegevensdragers en de bankschriften over het jaar 2008. Tevens is een gesprek gevoerd met de betrokkene.[6]

9. Na bestudering van het gevorderde materiaal heeft een toezichthoudend ambtenaar aan [X] gevraagd zijn zienswijze mondeling toe te lichten ten kantore van OPTA. Op 29 januari 2009 heeft [X] in het bijzijn van zijn vader, [Y], ten kantore van OPTA zijn zienswijze naar voren gebracht. Een verslag van het gesprek is opgenomen in het dossier.[7]

10. Vervolgens is [X] in de gelegenheid gesteld om te reageren op de onderzoeksbevindingen.[8] Op 15 april 2009 is een schriftelijke reactie van [X] ontvangen.[9]

[4] Het onderzoeksrapport als bedoeld in artikel 15.8, eerste lid, Tw is bij aangetekende brief van 18 augustus 2009 aan [X] toegezonden (kenmerk OPTA/ACNB/2009/201255).
[5] Overige bijlagen, nr. 48.
[6] Overige bijlagen, nr. 87.
[7] Bevindingen digitaal onderzoek, bijlage nr. 17.
[8] Overige bijlagen, nr. 72.
[9] Overige bijlagen, nr. 81.

Besluit
Openbaar

11. Een toezichthoudend ambtenaar heeft op 18 augustus 2009 een onderzoeksrapport opgesteld. Dit onderzoeksrapport is op 18 augustus 2009 per aangetekende post (met bevestiging van ontvangst) aan [X] toegezonden.[10]

3 Het onderzoeksrapport

12. Aanleiding voor het onderhavige besluit vormen de overtredingen zoals vastgesteld in het onderzoeksrapport van 18 augustus 2009. In het onderzoeksrapport wordt vastgesteld dat [X] meerdere malen het zogenoemde spamverbod, zoals neergelegd in artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder a en b, Tw heeft overtreden.

13. De overtredingen houden het volgende in: [X] heeft ongevraagd elektronische berichten verzonden aan abonnees die als natuurlijke personen in de zin van artikel 11.8 Tw een overeenkomst hebben met aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten. Deze berichten zijn verzonden met commerciële doeleinden zonder dat de desbetreffende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend. Bovendien zijn de berichten onder valse namen verstuurd en heeft [X] niet zijn ware identiteit in de berichten vermeld. Daarnaast heeft [X] de ontvangers van deze berichten geen daadwerkelijke gelegenheid geboden om dergelijke communicatie te beëindigen door middel van het opnemen van een geldig afmeldadres in de berichten.

14. In de praktijk kwam het erop neer dat [X] geautomatiseerd en op zeer grote schaal ongewenste elektronische berichten heeft gestuurd aan gebruikers van de website <www.hyves.nl>. In deze berichten adverteerde [X] voor zijn website <www.infamousgangsters.com>. Daarbij maakte [X] onder andere gebruik van namen van bekenden van deze gebruikers. Daarnaast heeft [X] door middel van zogenaamde 'proxy servers' en gefingeerde inlognamen zijn identiteit verhuld voor de ontvangers van de berichten.[11]

15. In het onderzoeksrapport verklaart de toezichthoudend ambtenaar dat zijn oordeel ten aanzien van de overtredingen onder meer is gebaseerd op (1) de 1300 klachten die via Hyves zijn ontvangen, (2) de informatie die is gevorderd bij [X] en (3) de informatie die is gevorderd bij een controle op locatie. De toezichthoudend ambtenaar verklaart verder dat [X] gebruik heeft gemaakt van de gelegenheid om zijn zienswijze kenbaar te maken, maar dat dit - na onderzoek - niet tot andere conclusies heeft geleid.

16. Vervolgens concludeert de toezichthoudend ambtenaar dat [X] de volgende wetsartikelen heeft overtreden en gedurende welke periode die overtredingen hebben plaatsgevonden:

[10] Het onderzoeksrapport (bij brief met kenmerk OPTA/ACNB/2009/201255) is op verzoek van [X] verstuurd naar het adres van zijn vader. Dit adres geldt vanaf dat moment als het correspondentieadres van [X].
[11] Zie Bijlage 1bij het onderzoeksrapport (Bevindingen digitaal onderzoek '*Onderzoek infamousgangsters.com* ' § 3.5.4.3).

- [X] heeft in twee perioden van 28 januari 2008 tot en met 5 februari 2008 en van 5 maart 2008 tot en met 9 maart 2008 artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, Tw herhaaldelijk overtreden.[12]

4 Feiten

4.1 De natuurlijke persoon [X]

17. Uit de door het college opgevraagde informatie uit de basisadministratie van de gemeente […][13] is het college gebleken dat de in het onderzoeksrapport opgetekende gedragingen toegeschreven kunnen worden aan:

    [X]
    Geboren […] te […], Nederland

    Sedert […] ingeschreven […], […], Nederland.

18. Niet is gebleken dat [X] de opgetekende gedragingen heeft begaan onder verantwoordelijkheid (bijvoorbeeld in de hoedanigheid van directeur/grootaandeelhouder dan wel anderszins) van een rechtspersoon. Het college constateert hieruit dat de opgetekende gedragingen aan [X] kunnen worden toegerekend in de hoedanigheid van natuurlijk persoon.

4.2 Gedragingen van [X]

4.2.1 Algemeen Hyves

19. Op de website van Hyves kunnen gebruikers een profiel aanmaken in de vorm van een webpagina. Bij het aanmaken van een Hyves-profiel kiest een gebruiker voor een weergegeven naam (vaak de eigen naam) en vervolgens voor een gebruikersnaam en een wachtwoord voor het inloggen.

20. Onderdeel van dit aangemaakte profiel is een gedeelte waar gebruikers tekstberichten voor elkaar kunnen achterlaten. Deze tekstberichten worden op Hyves 'krabbels' genoemd. Een gebruiker kan zelf instellen of de voor hem -op zijn pagina- achtergelaten krabbels slechts voor hemzelf, voor zijn vrienden of voor iedereen zichtbaar zijn. Als een gebruiker de krabbels op een webpagina van een andere gebruiker kan lezen dan kan hij eveneens een krabbel op die webpagina plaatsen.

[12] In het onderzoeksrapport wordt abusievelijk een aantal keer 4 maart 2008 als uitgangspunt van de tweede spamrun genoemd. Het college hanteert 5 maart 2008 als uitgangspunt overeenkomstig de tabellen over het aantal verzonden tekstberichten zoals gepresenteerd in randnummer 94 van het onderzoeksrapport.
[13] Afschrift uit de basisadministratie van de Gemeente […] van 8 augustus 2008. OPTA kenmerk: 2008102453. Opgenomen als bijlage 25 bij het OPTA onderzoeksrapport.

4.2.2 De ongewenste krabbels

21. De krabbels waarover werd geklaagd door gebruikers van Hyves hadden de volgende vorm:

> *"infamousgangsters.com is een leuk mafia RPG spelletje"*

en

> *"Ik en <NAAM> spelen dit spel: infamousgangsters.com. Doe je ook mee? Dan kun je ons helpen? alvast bedankt :D"*

22. Uit het digitale onderzoek blijkt dat deze krabbels zijn verzonden via gefingeerde Hyves-profielen met onder andere de profielnaam Laura Hopsik en de gebruikersnaam `enhfweiufwe[nummer]`[14]; ofwel gefingeerde Hyves-profielen met een willekeurig gekozen profiel- en gebruikersnaam.[15]

4.2.3 De website infamous gangsters

23. De website <www.infamousgangsters.com> is een spelomgeving waarin (deels tegen betaling) fictieve misdaden gepleegd en spellen gespeeld kunnen worden. Deze website is, zo blijkt uit het onderzoek, eigendom van [X].[16]

24. Op de website <infamousgangsters.com>, waarnaar in de tekstberichten wordt verwezen, kunnen spelers het maffiaspel "Infamous Gangsters" spelen. Om verder te komen in het spel kunnen spelers punten kopen en deze inzetten als spelelement. Betalingen kunnen worden gedaan door geld te storten op de bankrekening met nummer NL36 RABO 0396 5417 of door het invoeren van een bedrag en vervolgens te klikken op de knop 'Buy!'. Na het klikken op Buy! wordt een code en het nummer 0900-6006002 weergegeven[17]. De betalingen komen ten goede aan [X].

[14] Zie Bijlage 1 – Bevindingen digitaal onderzoek '*Onderzoek infamousgangsters.com* ' § 3.5.4.2.
[15] Zie Bijlage 1 – Bevindingen digitaal onderzoek '*Onderzoek infamousgangsters.com* ' § 3.5.4.1.
[16] Zie Bijlage 1 – Bevindingen digitaal onderzoek '*Onderzoek infamousgangsters.com* ' § 3.6.3.1 en map 'Overige bijlagen' – nr. 9 en 21.
[17] Zie Bijlage 1 – Bevindingen digitaal onderzoek '*Onderzoek infamousgangsters.com* ' randnummers 58 en 59.

4.2.4 Gedragingen [X]

Het plaatsen van de krabbel

25. [X] gebruikte twee methoden om geautomatiseerd krabbels naar gebruikers van de website Hyves te sturen[18].

26. Ten eerste heeft [X] met het script[19] `hyvess` anonieme gebruikersprofielen op de website Hyves aangemaakt met de gebruikersnaam `enhfweiufwe[nummer]` en de profielnaam `Laura Hopsik[nummer]`. Vervolgens werd met hetzelfde script ingelogd op de aangemaakte accounts en een krabbel verzonden naar een willekeurige Hyves-gebruiker.

27. Ten tweede heeft [X] met het script `hyves-regsend` anonieme gebruikersprofielen op de website Hyves aangemaakt met een willekeurige gebruikersnaam en profielnaam. Vervolgens werd met hetzelfde script ingelogd op de aangemaakte accounts en een krabbel verzonden naar een willekeurige Hyves-gebruiker.

28. [X] heeft de betreffende scripts gebruikt in de periode 28 januari 2008 tot en met 5 februari 2008 en in de periode 4 maart 2008 tot en met 9 maart 2008.

29. In paragraaf 5.2.1 van het onderzoeksrapport wordt gemotiveerd weergegeven dat [X] uiteindelijk met zijn scripts, in de in het vorige randnummer genoemde perioden, een totaal van 3.094.568 krabbels heeft verstuurd.

30. De krabbels werden door de gebruikers van Hyves van zodanig hinderlijke aard bevonden dat na de verzending van de krabbels ruim 1300 klachten binnen zijn gekomen bij het bedrijf Hyves.[20]

Inhoud van de krabbels

31. [X] maakte in zijn scripts gebruik van twee teksten[21] die gebruikt werden in de te plaatsen krabbels. De eerste tekst kende de volgende inhoud:

"*infamousgangsters.com is een leuk mafia RPG spelletje*".

De inhoud van de tweede tekst was als volgt:

"*Ik en <NAAM> spelen dit spel: infamousgangsters.com. Doe je ook mee? Dan kun je ons helpen? alvast bedankt :D*"

[18] Zie Bijlage 1 – Bevindingen digitaal onderzoek '*Onderzoek infamousgangsters.com* ' § 3.6.
[19] Een *script* is een aantal regels broncode waardoor handelingen automatisch uitgevoerd kunnen worden. Een script is vergelijkbaar met een computerprogramma. (Zie ook Bijlage 1 – Bevindingen digitaal onderzoek, verklarende woordenlijst).
[20] Zie map 'Overige bijlagen' – nr. 66.
[21] Hierbij dient opgemerkt te worden dat de twee teksten niet tegelijk door hetzelfde script gebruikt werd; elk script had een eigen tekst.

32. Het door [X] gebruikte script, dat de inhoud van de tweede tekst gebruikte, verving de in het vorige randnummer weergegeven tekst <NAAM> door een naam welke het script automatisch koos uit de vriendenlijst van de betreffende Hyves gebruiker. Dit had als doel om bij de Hyves gebruiker, op wiens profiel de krabbel werd geplaatst, de schijn op te wekken dat een van zijn vrienden op de website van [X] het spel “Infamous Gangsters” speelt met als uiteindelijk doel deze Hyves gebruiker naar de website van [X] te lokken.

Het verbergen van de identiteit

33. Zoals hierboven reeds weergegeven verzond [X] de krabbels vanuit willekeurig aangemaakte profielen. In deze profielen, die voor andere Hyves gebruikers afgeschermd waren, maakte [X] gebruik van gefingeerde namen.[22] Ook in de krabbels zelf heeft [X] niet zijn werkelijke identiteit opgenomen.

34. Daarenboven heeft [X] op andere wijzen getracht zijn werkelijke identiteit te verhullen.

35. [X] heeft bijvoorbeeld gebruik gemaakt van zogenaamde ‘proxy servers’ [23] (om zijn IP-adres te maskeren) voor het aanmaken van de gefingeerde gebruikersnamen en voor het plaatsen van de tekstberichten bij willekeurige Hyves-gebruikers.[24] Door middel van ‘proxy servers’ heeft [X] zijn identiteit voor de abonnees weten te verhullen.

36. Het IP-adres waarop de website <www.infamousgangsters.com> draait wordt beheerd door Leaseweb; uit de registratiegegevens van dit IP-adres bij RIPE kan niet worden achterhaald dat het IP-adres wordt gebruikt door [X].[25]

37. [X] heeft het door hem gebruikte <www.infamousgangsters.com> geregistreerd via DomainsByProxy waarbij DomainsByProxy optreedt als tussenpersoon en er zorg voor draagt dat de gegevens van de werkelijke domeinhouder niet in de openbare domeinregistratiedatabase genoemd worden. Door het raadplegen van de domeinregistratiedatabase kan de identiteit van [X] hierom niet achterhaald worden.

38. Daarnaast heeft [X] aan de nummerhouder van het door hem voor de website infamousgangsters.com gebruikte 0900 nummer fictieve NAW-gegevens en een fictief telefoonnummer opgegeven. Ook via de nummerhouder was de identiteit van [X] niet te achterhalen.

39. Tenslotte heeft [X] gebruik gemaakt van diverse IP-adressen waar vanaf hij inlogde op het netwerk van Hyves om krabbels achter te laten. Door gebruik te maken van IP-adressen waar [X] geen gebruiksrecht van had en die niet op zijn naam geregistreerd stonden kon [X] zijn identiteit verhullen.

---

[22] Het betreft hier zowel de namen als gebruikt in het profiel als de inlognamen.
[23] Een proxy (of proxyserver) is een server die gebruik wordt als ‘tussenpersoon’ waardoor het lijkt alsof de verbinding die door de gebruiker wordt gelegd afkomstig is van het IP-adres van die proxyserver. In dit geval blijft het IP-adres van de gebruiker verborgen.
[24] Zie Bijlage 1 – Bevindingen digitaal onderzoek ‘*Onderzoek infamousgangsters.com* ’ § 3.5.4.3.
[25] Zie “bevindingen digitaal onderzoek” paragraaf 3.3.1.

5 Zienswijze van [X]

40. [X] is bij brief van 20 augustus 2009 door het college uitgenodigd om zijn zienswijze ten aanzien van het onderzoeksrapport mondeling dan wel schriftelijk naar voren te brengen.[26]

41. [X] heeft op 31 augustus 2009 bij monde van zijn vader, [Y], telefonisch laten weten zijn zienswijze mondeling naar voren te willen brengen.

42. Op 16 september 2009 is [X], in gezelschap van en vertegenwoordigd door zijn vader, door een ambtelijke afvaardiging van het college gehoord. Tijdens de hoorzitting heeft [X] -kort samengevat- het volgende naar voren gebracht.[27]

Het zich bewust zijn van de overtreding

43. [X] is van jongs af aan al handig met computers. Als er iets op computergebied te automatiseren viel dan automatiseerde hij dit. Zo zag hij ook een kans om op de site van Hyves een en ander te automatiseren. Dat heeft geresulteerd in het uiteindelijke onderzoeksrapport. [X] heeft echter niet bewust de intentie gehad om de Tw te overtreden.

44. [X] wist dat het versturen van spam verboden is, maar spam is ook van alle dag. Bovendien, op Hyves zijn het krabbels die je verstuurt, het zijn niet echt e-mail spamberichten. [X] heeft er dan ook niet direct bij stil gestaan dat het versturen van krabbels ook onder het spamverbod valt.

Verhullen identiteit

45. [X] geeft aan niet geprobeerd te hebben om door middel van een proxyserver zijn identiteit te verhullen. Het gebruik van verschillende IP-adressen was alleen maar om de blokkades van Hyves te omzeilen. [X] geeft hierbij aan dat het min of meer een spelletje was, een uitdaging, om de beveiliging van Hyves te omzeilen. De gebruikte IP-adressen konden door Hyves worden getraceerd. Dit zijn gedragingen die je niet doet als je je identiteit wilt verhullen.

Het aantal klachten

46. [X] zet vraagtekens bij het aantal van ruim 1300 klachten. Veel gebruikers sturen immers reacties op de door [X] achtergelaten krabbel aan hun vrienden waarin zij hun beklag doen, of gebruikers vernemen via-via (bijvoorbeeld via een forum) van de inhoud van de krabbel en reageren daarop. De krabbel wordt onderwerp van discussie waar dus ook gebruikers die de krabbel niet (zelf) hebben ontvangen aan meedoen. Ook laatstgenoemde gebruikers zullen hun ongenoegen over de krabbel uiten (op Hyves dan wel op andere fora). Het aantal klachten zal dan ook beneden de 1300 liggen.

47. [X] geeft vervolgens aan dat 1300 klachten op een totaal van 3 miljoen berichten wel weinig is. Dit pleit er dan ook voor dat er minder dan 3 miljoen berichten zijn verstuurd.

[26] Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2009/202188.
[27] Van de hoorzitting is een verslag gemaakt dat tezamen met het onderhavige besluit aan [X] is toegezonden.

Het aantal krabbels

48. [X] geeft aan dat uit het onderzoek van OPTA en Hyves naar voren komt dat er meer dan 3 miljoen krabbels verstuurd zijn. Hij weet niet zo precies hoeveel hij er feitelijk verstuurd heeft omdat er in de door hem gebruikte scripts nog wat bugs zaten. Bovendien blokkeerde Hyves na een zekere periode het IP-adres van waaraf het script draaide. Hij moest dan op zoek naar een nieuw IP-adres en dat kost tijd. Ook zijn er heel veel uren geweest waarin het script gelopen heeft waarin er feitelijk geen krabbels zijn verzonden; bijvoorbeeld omdat er nog een foutje in de gebruikte scripts zat of Hyves het op dat moment gebruikte IP-adres reeds had geblokkeerd.

49. Bovendien geeft het versturen van grote aantallen krabbels op een sociale site als Hyves natuurlijk heel veel reacties waarin dan natuurlijk ook weer de naam van de website <www.infamousgangsters.com> wordt genoemd. Als er dan krabbels geteld worden waarin het woord infamousgangsters.com voorkomt, dan zijn dat er waarschijnlijk vele malen meer dan dat er werkelijk verstuurd zijn.

Het commerciële doel

50. <www.infamousgangsters.com> is in eerste instantie een gratis spel. Mensen kunnen erop inloggen en kunnen gaan spelen. Willen spelers echter (sneller) verder komen in het spel dan kunnen zij op een gegeven moment speelpunten bijkopen. Het doel van [X] was niet om zoveel mogelijk winst te maken, echter, globaal is het verband met het commerciële doel er natuurlijk wel.

De inkomsten

51. [X] krijgt op twee manieren inkomsten binnen uit de door hem onderhouden website: (1) Spelers kunnen een bedrag op de bankrekening van [X] storten en (2) spelers kunnen een 0900 nummer bellen. Voor de inkomsten uit het 0900 geldt dat deze met een vertraging van twee maanden op de rekening van [X] worden overgemaakt.

52. OPTA heeft de maand december als referentiemaand gebruikt voor het aantonen van de extra inkomsten van [X] uit de verstuurde krabbels. [X] zet vraagtekens bij het gebruik van de maand december als referentiemaand. Zeker omdat er in de maand december - in vergelijking met de maanden januari tot en met maart - lagere inkomsten waren. De maanden januari tot en met maart waren ook maanden waarin geen extra inkomsten uit het versturen van krabbels te noteren waren. Als de maanden januari tot en met maart waren gebruikt als referentie dan waren de in latere maanden genoten *extra* inkomsten lager geweest omdat in die voorgaande maanden de inkomsten al aan het groeien waren zonder dat daar krabbels aan ten grondslag lagen. Door december als referentiemaand te gebruiken lijken de extra inkomsten van [X], door het versturen van de krabbels, groter te zijn.

53. Bovendien, zo betoogt [X], is het niet per definitie zo dat de groei van de inkomsten alleen te danken was aan de verstuurde krabbels; het kan ook zijn dat de inkomsten stegen omdat het spel verbeterd werd en er elementen aan het spel werden toegevoegd waardoor ook meer spelers aangetrokken werden.

De toestemming om krabbels te versturen

54. [X] ontkent niet dat hij geen toestemming had van de gebruikers om de krabbel te sturen. Wel vraagt hij zich wel af of je op Hyves die toestemming wel nodig hebt. Op Hyves kun je immers heel makkelijk iemand opzoeken en hem een krabbel sturen. Een gebruiker van Hyves die geen krabbels wil ontvangen kan zijn profiel van ongewenste krabbels afsluiten. Doet een gebruiker dat niet dan acht [X] het verdedigbaar dat de gebruiker impliciet toestemming geeft om krabbels te plaatsen.

De opgetreden schade

55. Hyves heeft aangegeven veel schade te hebben geleden. Onder andere in de verklaring van de schade geeft Hyves aan veel tijd te hebben moeten besteden aan het verbeteren van de beveiliging. [X] is van mening dat Hyves dat toch op voorhand al had moeten doen.

Medewerking bij het onderzoek

56. [X] geeft aan dat hem steeds is gezegd dat wanneer hij meewerkt aan het onderzoek dit als een positieve factor wordt gezien. Dat meewerken is op alle fronten gebeurd maar uit het onderzoeksrapport blijkt uit niets dat dit meewerken iets heeft opgeleverd. [X] geeft aan dat een aantal dingen die ook als verzachtende omstandigheden kunnen worden uitgelegd, en die ook wel genoemd en besproken zijn, niet in het rapport worden genoemd.

6 Juridisch kader[28]

6.1 Ten aanzien van de overtreding

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

> *"1. Het gebruik van elektronische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten*[29] *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] Per 1 juli 2009 is het derde lid van artikel 11.7 Tw vernummerd tot artikel 11.7, lid 4 Tw. Daar de overtredingen hebben plaatsgevonden vóór 1 juli 2009 zal in dit onderhavige boetebesluit – net zoals in het onderzoeksrapport – steeds worden verwezen naar lid 3. Daar de overtreding heeft plaatsgevonden voor het tijdstip van inwerkingtreding van de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (namelijk 1 juli 2009), blijft het Awb recht van toepassing op dit besluit zoals dat gold voor 1 juli 2009 (artikel IV Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht, Staatsblad 2009, 264).

[29] Zoals blijkt uit de Memorie van Toelichting bij Telecommunicatiewet doelt de wetgever met het begrip "elektronisch bericht" op (onder meer) e-mailberichten. Zie kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 153.

58. Artikel 11.7, derde lid, Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:

    "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[30] *waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging kan richten."*

59. Artikel 11.8 Tw luidt als volgt:

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

60. Artikel 1.1, aanhef en onder p, Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:

    "abonnee: natuurlijk persoon (…) die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten."

61. Artikel 11.1, onder e, Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:

    "communicatie: informatie die wordt uitgewisseld of overgebracht tussen een eindig aantal partijen door middel van een openbare elektronische communicatiedienst.)"

62. Artikel 11.1, aanhef en onder g, Tw bepaalt dat onder toestemming van een gebruiker of abonnee wordt verstaan: toestemming van een betrokkene als bedoeld in artikel 1, onder i, Wet bescherming persoonsgegevens[31], met dien verstande dat de toestemming mede betrekking kan hebben op gegevens van abonnees die geen natuurlijke personen zijn.

63. Artikel 11.1**,** aanhef en onder i, Tw bepaalt dat onder elektronisch bericht wordt verstaan: tekst-, spraak-, geluids- of beeldbericht dat over een openbaar elektronisch communicatienetwerk wordt verzonden en in het netwerk of in de randapparatuur van de ontvanger kan worden opgeslagen tot het door de ontvanger wordt opgehaald.

[30] Onder het begrip "nummer" vallen niet alleen nummers van netwerkaansluitpunten, maar bijvoorbeeld ook elektronische postadressen ("e-mailadressen"). Zie Kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 160-161.
[31] Artikel 1, aanhef en onder i, van de Wet bescherming persoonsgegevens bepaalt dat onder toestemming van de betrokkene wordt verstaan: elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat hem betreffende persoonsgegevens worden verwerkt (Wet van 6 juli 2000, houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens; Stb. 2000, 302).

6.2 Ten aanzien van de bevoegdheid

64. Artikel 15.1, derde lid, Tw luidt als volgt:

> *"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."* [32]

65. Artikel 15.8, eerste lid, Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:

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

66. Artikel 15.4, vierde lid, Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:

> *"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."*

67. Artikel 15.4, vijfde lid, Tw luidt als volgt:

> *"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[33] en Handhavingsbeleid spam[34]

68. Met de Boetebeleidsregels geeft het college invulling aan zijn bevoegdheid 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.

69. Met het Handhavingsbeleid spam 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

70. Het college zal hieronder voor de verzonden berichten beoordelen of met verzending van de betreffende berichten door [X] in strijd is gehandeld met artikel 11.7 Tw.

---

[32] Zie ook het Besluit van het college van 29 januari 2008, Stcrt. 2008, nr. 22.
[33] Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA), Stcrt. nr. 50 van 11 maart 2008.
[34] Beleidsregels met betrekking tot de handhaving van artikel 15.7 van de Telecommunicatiewet (Handhavingsbeleid spam), Stcrt. nr. 50 van 11 maart 2008.

Besluit
Openbaar

7.1 Overtreding 1: artikel 11.7, eerste lid, Tw

7.1.1 Elektronische berichten

71. Het college overweegt dat in het onderzoeksrapport[35] voldoende is vastgesteld dat bij de verzending van krabbels aan abonnees sprake is geweest van elektronische berichten in de zin van artikel 11.7 Tw.

72. De door [X] verzonden krabbels betreffen tekstberichten, die in het algemeen kunnen worden aangeduid als elektronische berichten. Specifiek betreft het tekstberichten die worden verzonden over een openbaar elektronisch communicatienetwerk en in het netwerk of in de randapparatuur van de ontvanger kunnen worden opgeslagen tot deze door de ontvanger wordt opgehaald. Het gaat daarbij om communicatie tussen enerzijds [X] - in naam van onder andere Laura Hopsik - en anderzijds de abonnees.

73. Het begrip communicatie wordt in artikel 11.1, onder e, Tw gedefinieerd als: informatie die wordt uitgewisseld of overgebracht tussen een *eindig* aantal partijen door middel van een openbare elektronische communicatiedienst. De ontvanger kan de krabbel pas lezen door in te loggen op zijn profiel. De informatie die middels de krabbel wordt uitgewisseld is alleen te lezen door abonnees die zich op Hyves hebben geregistreerd. Dus door een eindig aantal partijen. Derhalve kan er worden gesproken van communicatie in de zin van artikel 11.7 Tw tussen [X] en de abonnees.

74. [X] heeft in zijn zienswijze aangegeven dat hij zich niet had gerealiseerd dat een krabbel onder het spamverbod valt, omdat het geen e-mailbericht is. Dat een e-mail het meest duidelijke voorbeeld is van een elektronisch bericht, doet niets af aan het feit dat ook een krabbel onder de definitie van een elektronisch bericht valt. Naast e-mail vallen ook bijvoorbeeld een SMS- en MMS-bericht[36] onder de definitie van ‘elektronisch bericht’.

75. Het college concludeert op grond van het bovenstaande dat bij de door [X] verzonden berichten sprake is van elektronische berichten in de zin van artikel 11.7 Tw. Dit wordt overigens niet betwist door [X].

7.1.2 Verzender

76. Artikel 11.7, eerste lid, Tw, richt zich tot de verzender, die als overtreder van het spamverbod moet worden aangemerkt. Uit de Nota naar aanleiding van het verslag bij de wijziging van de Telecommunicatiewet[37] blijkt dat het begrip “verzender” zowel degene omvat die op de verzendknop drukt (de feitelijke verzender), alsook “degene waarvan het bericht afkomstig is” (de materiële verzender).

[35] Zie randnummers 32 - 34 van het onderzoeksrapport.
[36] MMS staat voor Multimedia Messaging Service en is een uitgebreide vorm van SMS en biedt de gebruiker de mogelijkheid om zowel plaatjes, foto’s, audio en zelfs videobeelden te versturen.
[37] Kamerstukken II, 2002/2003, 28 851 nr. 7, p. 41.

77. Uit het onderzoeksrapport blijkt volgens het college dat [X] als verzender van de berichten kan worden aangemerkt. [X] is zowel de feitelijke als de materiële verzender.

78. Dit blijkt onder andere uit de digitale bescheiden die op de laptop bij [X] zijn aangetroffen. Zo heeft [X] middels diverse scripts automatisch de krabbels verzonden.[38] In deze scripts zijn de originele tekstberichten[39] van de krabbels teruggevonden. Uit digitaal onderzoek blijkt verder dat [X] meerdere IP-adressen[40] heeft gebruikt voor het verzenden van de berichten. Deze adressen waren in alle gevallen direct of indirect te herleiden tot het gebruik voor verzendingen van betreffende krabbels door [X].[41] Tevens schrijft [X] zelf in diverse chatlogs, die zijn gevonden op zijn laptop, dat hij de verzender is.[42]

79. Dat [X] aangeeft niet bewust de intentie te hebben gehad om de Telecommunicatiewet te overtreden doet verder niet ter zake. Voor de vaststelling wie als overtreder van artikel 11.7 Tw kan worden aangemerkt is niet vereist dat bewezen is dat de overtreder opzettelijk heeft gehandeld. Artikel 11.7 Tw richt zich tot de verzender van elektronische berichten. Zoals hiervoor uiteengezet heeft het college overtuigend bewezen dat [X] de verzender is geweest van de krabbels.

80. Bovendien heeft [X] in het gesprek van 29 januari 2009 met toezichthoudend ambtenaren van het college verklaard de verzender te zijn geweest van de berichten.[43] Dit heeft hij opnieuw verklaard tijdens de hoorzitting van 16 september 2009.

81. Het college concludeert dat [X] de verzender is geweest van de berichten en dat dit niet wordt betwist door [X].

7.1.3 Voorafgaande toestemming

82. Met betrekking tot het criterium “voorafgaande toestemming” gaat het erom of [X] als verzender van de berichten kan aantonen dat de desbetreffende abonnees als ontvangers van deze berichten hiertoe voorafgaande toestemming hebben verleend. Artikel 11.7 Tw gebiedt de verzender immers aan te tonen dat hij over voorafgaande toestemming beschikt. De bewijslast ligt dus bij de verzender, in casu [X].

83. Uit de klachten die zijn gevonden op internetfora[44] en de klachten die zijn ingediend bij Hyves[45], kan worden afgeleid dat klagers geen voorafgaande toestemming hebben verleend voor het toezenden van de krabbels. Tevens hebben een aantal klagers desgevraagd

[38] Zie bijlage 1 bij het onderzoeksrapport – Bevindingen digitaal onderzoek, p. 40-48.
[39] Zie paragraaf 7.1.4.
[40] Elke computer die is aangesloten op het internet of netwerk heeft een nummer waarmee deze zichtbaar is voor alle andere computers op het internet. Om het mogelijk te maken dat computers elkaar kunnen vinden en identificeren hebben deze hun eigen nummer nodig. Deze nummers zijn de IP-adressen. Bijdragen op het Internet zijn door het IP-adres bijna nooit werkelijk anoniem.
[41] Zie bijlage 1 bij het onderzoeksrapport – Bevindingen digitaal onderzoek, p. 56-59.
[42] Zie bijlage 1 bij het onderzoeksrapport – Bevindingen digitaal onderzoek, p. 33-36.
[43] Zie bijlage 17 – Gespreksverslag 29-01-2009.
[44] Zie Digitale bijlage CDRom 1, bijlage 9-30.
[45] Zie overige bijlagen, bijlage 66.

schriftelijk aan OPTA verklaard geen toestemming te hebben gegeven aan [X] voor het verzenden van de krabbels.[46]

84. Bovendien heeft [X] in het gesprek van 29 januari 2009 met toezichthoudend ambtenaren van het college verklaard dat hij geen toestemming heeft verkregen voor het verzenden van zijn krabbels.[47] Dit heeft hij wederom verklaard tijdens de hoorzitting van 16 september 2009. Wel heeft hij aangegeven dat hij niet op de hoogte was van het feit dat in dit geval toestemming noodzakelijk was. Een gebruiker van Hyves die namelijk geen krabbels wil ontvangen kan dit op zijn profiel instellen. Toestemming op grond van artikel 11.7, eerste lid, Tw dient echter te zijn gebaseerd op een *vrije*, *specifieke* en op *informatie berustende wilsuiting*. Dit betekent volgens de wetgever dat bijvoorbeeld het opnemen van de toestemming in de algemene voorwaarden niet voldoende is.[48] Om dezelfde reden wordt ook een reeds standaard aangevinkt vakje bij de vraag om toestemming niet voldoende geacht. Derhalve is het enkele feit dat een gebruiker krabbels *kan* ontvangen, niet voldoende om te spreken van toestemming op grond van artikel 11.7, eerste lid, Tw.

85. Het college komt op grond van het vorenstaande tot de conclusie dat [X] als verzender geen voorafgaande toestemming had van de betreffende abonnees voor het verzenden van de elektronische berichten. Dit wordt overigens niet betwist door [X].

7.1.4 Commerciële doeleinden

86. Ten aanzien van de inhoud van de berichten overweegt het college als volgt. Het betreft berichten die door [X] zijn verstuurd met een commercieel doel.

87. In de krabbels wordt door [X] geadverteerd voor de website <www.infamousgangsters.com>. De teksten in de krabbels luidden onder andere:

Infamousgangsters.com is een leuk mafia RPG spelletje![49]



en

[46] Zie overige bijlagen, bijlage 69, 74 en 86.
[47] Zie bijlage 17 – Gespreksverslag 29-01-2009 en in het bijzonder het onderzoeksrapport, randnummer 57.
[48] Kamerstukken II, 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 152-153.
[49] Zie Digitale bijlage CDRom 1, bijlage 25.

Hey, ik en <naam> spelen dit spel: infamousgangsters.com. Doe je ook mee? Dan kun je ons helpen? Alvast bedankt![50]



88. De teksten in de krabbels zijn dusdanig wervend dat deze de ontvanger van de krabbel tracht te verleiden een bezoek te brengen aan de website www.infamousgangsters.com; een website waarvan het college overigens niet is gebleken dat deze ongeoorloofd is. Op de website kon men na registratie een gratis spel spelen. Wil men echter verder komen in het spel dan moeten er tegen betaling speluitbreidingen worden aangeschaft.[51] Deze betalingen komen volledig ten goede aan [X].[52] Wanneer het aantal spelers toeneemt, zullen daarmee in het algemeen ook de inkomsten toenemen. Hetgeen [X] zelf ook heeft bevestigd tijdens de hoorzitting. [X] is dus gebaat bij een stijging van het aantal leden van zijn website. Dit doel is commercieel.

89. Het college komt tot de conclusie dat sprake is geweest van het verzenden van elektronische berichten voor commerciële doeleinden. Dit wordt overigens niet betwist door [X].

7.1.5 Abonnees die natuurlijke personen zijn

90. Hieronder stelt het college vast dat de krabbels die [X] heeft verstuurd, tevens zijn verstuurd aan abonnees die natuurlijke personen zijn. Daartoe zal het college allereerst vaststellen of de klagers die via Hyves hebben geklaagd over de ongevraagde berichten, abonnees zijn die natuurlijke personen zijn.

7.1.5.1 Natuurlijke personen

91. De website Hyves is de grootste sociale netwerksite van Nederland met meer dan 6 miljoen leden halverwege 2008. Een sociale netwerksite is een website die gebruikers een profiel laat aanmaken dat ze kunnen koppelen aan profielen van anderen binnen hun sociale netwerk. Veel sociale netwerksites richten zich op vermaak en het in contact blijven met vrienden.[53]

[50] Zie Digitale bijlage CDRom 1, bijlage 24. Op grond van artikel 10, tweede lid, onder e, van de Wet Openbaarheid van Bestuur (eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer) is de naam de vriend van deze abonnee onleesbaar gemaakt.
[51] Zie Digitale bijlage CDRom 1, bijlage 17.
[52] [X] is eigenaar van de website www.infamousgangsters.com en houder van het rekeningnummer waarop de inkomsten van het spel werden gestort. Zie bijlage 1 bij het onderzoeksrapport – Bevindingen digitaal onderzoek, p. 27.
[53] Zie: http://nl.wikipedia.org/wiki/Sociale_netwerksite.

Hyves richt zich naar eigen zeggen op de particuliere gebruiker en niet op de zakelijke markt. De volgende quote illustreert dit[54]:

"Het gaat er om waar je vrienden, klasgenoten en collega's zitten en die zitten nu allemaal op Hyves."

92. Op verzoek van het college hebben vier klagers schriftelijk verklaard als natuurlijk persoon zonder voorafgaande toestemming de betreffende krabbel te hebben ontvangen.[55] Dat deze klagers ten tijde van de overtreding als natuurlijk persoon een krabbel hebben ontvangen blijkt ook uit het contract dat zij hadden met een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst.[56]

7.1.5.2 Abonnees

93. De in het vorige randnummer vermelde klagers hadden ten tijde van de overtreding een abonnement bij een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst. De aanbieders hebben de abonneestatus van de klagers bevestigd.[57]

7.1.5.3 Tussenconclusie met betrekking tot abonnees die natuurlijke personen zijn

94. Het college komt op grond van vorenstaande tot de conclusie dat bij de verzending van de berichten sprake is geweest van verzending aan abonnees die natuurlijke personen zijn in de zin van artikel 11.8 Tw en dat ontvangers van de berichten als abonnee in de zin van de Telecommunicatiewet moeten worden aangemerkt. Ook dit wordt overigens niet betwist door [X].

7.1.6 Overige aspecten zienswijze [X]

95. Het college zal hieronder ingaan op de relevante onderdelen van [X]s zienswijze, voor zover deze nog niet aan de orde zijn geweest. Het college overweegt het volgende.

96. [X] betwist het aantal van 3.213.568 verzonden krabbels. Hij geeft aan dat onder meer door fouten in de programmatuur een deel van de berichten niet is verzonden, althans de ontvangers niet heeft bereikt. [X] heeft dit echter niet met concrete bewijzen kunnen staven of anderszins aannemelijk gemaakt.

97. Verder zet [X] vraagtekens bij het aantal van 1300 klachten ontvangen door Hyves. Veel klachten zouden volgens [X] niet direct betrekking hebben op klachten van de ontvanger van de krabbel maar bijvoorbeeld van iemand die hierover zou hebben gehoord van een ontvanger. Voor deze stelling wordt door [X] echter geen bewijs geleverd. Het college acht deze uitleg dan ook niet aannemelijk. Wel acht het college het mogelijk dat een abonnee meerdere klachten heeft ingediend. Daarnaast zijn echter ook op diverse internetfora klachten

[54] Paul Blok, internetconsultant, op adformatie.nl (14-02-2008). Zie: http://blog.adformatie.nl/index.php/entries/myspace-straks-groter-dan-hyves.
[55] Zie overige bijlagen, bijlage 67, 69, 74 en 86.
[56] Zie overige bijlagen, bijlage 51, 73, 77 en 82.
[57] Zie overige bijlagen, bijlage 51, 73, 77 en 82.

over deze krabbels geplaatst door verontruste Hyvesgebruikers.[58] Deze klachten zijn niet meegeteld bij de 1300 door Hyves ontvangen klachten.

98. [X] betwist verder dat de inkomsten verkregen naar aanleiding van de verzonden krabbels zoals genoemd in het onderzoeksrapport niet correct zijn. Het college is van mening dat het behaalde voordeel bij de overtreding inderdaad niet exact is vast te stellen. Wel acht het college bewezen dat het doel van het verzenden van de krabbels was om middels reclame voor de website <www.infamousgangsters.com> inkomsten te genereren (zie ook randnummer 88).

99. Verder acht [X] het feit dat Hyves heeft aangegeven schade te hebben geleden ten gevolge van zijn acties niet relevant omdat deze de benodigde beveiliging op voorhand had moeten realiseren. Het college acht de berekening van de schade van € 25.000 geleden door Hyves aannemelijk.[59] Het feit dat Hyves wellicht deze activiteiten op voorhand had moeten realiseren zodat [X] geen schade had kunnen veroorzaken doet hier verder niets aan af. Daarnaast heeft [X] zelf aangegeven het een uitdaging te vinden om obstakels bij Hyves te ontlopen.[60] Bij een adequatere beveiliging had [X] wellicht een andere manier gevonden om de krabbels te versturen.

100. Ten slotte geeft [X] aan dat hem tijdens het onderzoek is voorgehouden dat meewerken aan het onderzoek hem iets zou opleveren. Al stelt het college vast dat [X] met zijn coöperatieve houding het onderzoek en de vaststelling van feiten heeft bespoedigd,[61] uit het onderzoeksrapport is echter niet gebleken dat [X] meer heeft gedaan dan waartoe hij wettelijk verplicht was op grond van artikel 5:20 Awb.

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

101. Het college komt tot de conclusie dat [X] in strijd met artikel 11.7, eerste lid, Tw heeft gehandeld door elektronische berichten te verzenden, die gebruikt zijn voor het toezenden van ongevraagde communicatie voor commerciële doeleinden aan abonnees die natuurlijke personen zijn, zonder dat er voor het versturen van de berichten door de betreffende abonnees voorafgaande toestemming is verleend.

7.2 Overtreding 2: artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder a, Tw

7.2.1 De werkelijke identiteit

102. Bij het gebruik van elektronische berichten voor het toezenden van ongevraagde communicatie voor commerciële doeleinden dient te allen tijde de werkelijke identiteit van degene namens wie de communicatie wordt overgebracht te worden vermeld.

[58] Zie bijvoorbeeld http://www.kindjeopkomstforum.nl/viewtopic.php?p=2303664&sid=59d1837534ccb2dd85272c9106e25a82, http://domeinbalie.nl/weblog/2008/02/03/hyves-doelwit-van-geautomatiseerde-reclamebots/ en http://security.nl/artikel/22455/1/infamousgangsters.com.html.
[59] Zie overige bijlagen, bijlage 79.
[60] Zie verslag hoorzitting van 16 september 2009, pagina 4.
[61] Zo heeft [X] zich niet op zijn zwijgrecht beroepen en de gedragingen die tot de overtredingen van het spamverbod hebben geleid niet betwist of weersproken.

103. In het gespreksverslag van 29 januari 2009[62] zegt [X] dat de krabbels niet zijn verzonden onder zijn eigen naam ([X]) maar onder een willekeurige gefingeerde naam van een niet bestaand persoon. Het gaat daarbij onder andere om de naam Laura Hopsik.

104. In het onderzoeksrapport wordt verder vastgesteld dat de naam Laura Hopsik terugkomt in klachten die zijn ingediend via Hyves.[63] Daarnaast zijn in het onderzoeksrapport ook voorbeelden opgenomen van berichten, die zijn verstuurd zonder dat de werkelijke identiteit van de verzender daarin is gemeld.[64]

105. Dat [X] in zijn zienswijze benadrukt dat het verhullen van zijn identiteit alleen was bedoeld om eventuele blokkades van Hyves te voorkomen en niet om onzichtbaar te zijn voor de autoriteiten, doet niets af aan het feit dat hij niet aan de verplichtingen uit de Telecommunicatiewet voldeed, namelijk het vermelden van de werkelijke identiteit van degene namens wie de communicatie wordt overgebracht.

106. Het gebruik van fictieve namen door [X] in de berichten - als zijnde de werkelijke namen van de verzenders - heeft ervoor gezorgd dat de werkelijke identiteit van [X] verborgen bleef voor abonnees, hetgeen niet wordt betwist door [X].

7.2.2 Conclusie ten aanzien van overtreding van artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder a, Tw

107. Het college komt tot de conclusie dat [X] zijn werkelijke identiteit niet vermeldde in de berichten en dat daarmee sprake is van handelen in strijd met artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder a, Tw.

7.3 Overtreding 3: artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw

7.3.1 Een geldige afmeldmogelijkheid

108. Uit de klachten die zijn gevonden op internetfora[65] en de klachten die zijn ingediend bij Hyves,[66] blijkt dat in de berichten geen geldig postadres of nummer werd vermeld waaraan de abonnee een verzoek tot beëindiging van het ontvangen van dergelijke berichten kan richten (zie voor de teksten randnummer 87 van dit besluit). Dit wordt overigens niet betwist door [X].

109. In de tekstberichten staat weliswaar een verwijzing naar de website <www.infamousgangsters.com> maar deze website biedt geen mogelijkheid aan abonnees om zich af te melden voor het ontvangen van dergelijke berichten.[67]

[62] Zie bijlage 17 – Gespreksverslag 29-01-2009.
[63] Zie overige bijlagen, bijlage 66.
[64] Zie Digitale bijlage CDRom 1, onder andere bijlage 24 en 25.
[65] Zie Digitale bijlage CDRom 1, bijlage 9-30.
[66] Zie overige bijlagen, bijlage 66.
[67] Zie onderzoeksrapport, randnummer 49.

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

110. Het college komt tot de conclusie dat bij de verzending van berichten, voor de abonnees, geen sprake is geweest van een geldige afmeldmogelijkheid en dat daarmee sprake is van handelen in strijd met artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, Tw.

7.4 Overtreders

111. De gedragingen van [X] zoals hierboven omschreven zijn aan te merken als herhaaldelijke, meervoudige overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, en artikel 11.7, derde lid, Tw.

112. [X] wordt in casu door het college aangemerkt als overtreder van artikel 11.7, eerste lid, en artikel 11.7, derde lid, Tw.

8 Boete

8.1 Boetebeleid OPTA

113. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt het college overeenkomstig het bepaalde in artikel 15.4, vijfde lid, Tw in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding alsmede met de verwijtbaarheid van de overtreder. Blijkens de parlementaire geschiedenis van de Telecommunicatiewet kunnen afhankelijk van het geval ook andere factoren een rol spelen, zoals mogelijke recidive, de bereidheid van de betrokken ondernemers om mee te werken aan het beëindigen van de overtreding, het behaalde voordeel, en dergelijke. Bij iedere boetebeschikking moet worden afgewogen hoe hoog de boete in dat concrete geval moet zijn.

114. 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).

115. 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.

116. 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.

117. Aan elke kwalificatie is voorts een boetecategorie met een maximum boete verbonden. Binnen de bandbreedte per boetecategorie dient met inachtneming van de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder de hoogte van de boete te worden vastgesteld. Hierdoor kan de boete worden gedifferentieerd naar gelang de ernst van de overtreding. Ter bepaling van de uiteindelijke hoogte van de boete kunnen nog boeteverhogende en/of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking worden genomen. Het college stelt de boete vast conform de Boetebeleidsregels met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

8.2 De ernst van de overtredingen

118. Bij het bepalen van de zwaarte van de overtredingen[68] neemt het college de doelstellingen van de Telecommunicatiewet, te weten het bevorderen van concurrentie, de ontwikkeling van een interne markt en het bevorderen van de belangen van eindgebruikers, als uitgangspunt. Aan de hand van deze doelstellingen deelt het college in zijn Boetebeleidsregels de mogelijke overtredingen in abstracto in drie types in: zeer zware, zware en minder zware overtredingen. Wat betreft overtreding van het spamverbod overweegt het college in dit verband het volgende.

8.2.1 Zwaarte van de overtredingen

119. 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[69];
- Spam is bovendien vaak gelieerd aan, of faciliterend voor, oneerlijke handelspraktijken of andere vormen van wederrechtelijk gedrag (zoals illegale adressen- of telefoonnummerhandel en fraude).

120. 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 door een

[68] Zie paragraaf 3 van de Boetebeleidsregels OPTA.
[69] Zie in dit verband ook: *Damages from internet security incidents: a framework and toolkit for assessing the economic costs of security breaches*, Michel van Eeten e.a., februari 2009.

dergelijke overtreding de belangen van eindgebruikers weliswaar worden geschaad, maar niet in die (aanzienlijke) mate dat deze als zware of zeer zware overtredingen kunnen worden aangemerkt.

121. 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.

8.2.2 Economische context en bijzondere omstandigheden van het geval

122. 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 waarin 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.

123. Bovengenoemde criteria zijn niet cumulatief of limitatief. 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.

8.2.2.1 Het aantal klachten

124. Het college stelt vast dat er meer dan 1300 klachten zijn ontvangen via Hyves.[70] Dit is naar het oordeel van het college een relatief groot aantal klachten. Dit geldt ook indien in aanmerking wordt genomen dat een aantal klachten mogelijk meer dan één keer is meegeteld, omdat dezelfde klager meerdere klachten zou hebben ingediend. Overigens kan dat laatste er ook op wijzen dat de tekstberichten door een aantal klagers als bijzonderlijk hinderlijk of risicovol is ervaren. Daarnaast zijn op diverse internetfora waarschuwingsberichten en klachten geplaatst van verontruste Hyvesgebruikers.[71] Via <www.spamklacht.nl> zijn echter geen klachten ontvangen.

8.2.2.2 Meerdere en herhaalde overtredingen

125. Indien sprake is van overtreding van meerdere leden van artikel 11.7 Tw, dan kan dit voor het college een verzwarende factor zijn bij de bepaling van de ernst van de overtreding.

[70] Zie randnummer 103 van het onderzoeksrapport
[71] Zie bijvoorbeeld http://www.kindjeopkomstforum.nl/viewtopic.php?p=2303664&sid=59d1837534ccb2dd85272c9106e25a82, http://domeinbalie.nl/weblog/2008/02/03/hyves-doelwit-van-geautomatiseerde-reclamebots/ en http://security.nl/artikel/22455/1/infamousgangsters.com.html.

126. Het college heeft vastgesteld dat er sprake is van herhaaldelijke overtredingen van meerdere leden van artikel 11.7 Tw. [X] heeft ongevraagd elektronische berichten verzonden met een commercieel doel zonder voorafgaande toestemming van de betreffende abonnee (overtreding 1), waarbij de werkelijke identiteit van degene namens wie de communicatie wordt overgebracht niet was vermeld (overtreding 2) en waarbij tevens geen geldig postadres of nummer was vermeld waaraan een ontvanger van het bericht een verzoek tot beëindiging van de communicatie kon richten (overtreding 3)

8.2.2.3 De bijzondere schadelijkheid van het bericht volgens eindgebruikers

127. Het college stelt vast dat er behalve de immateriële schade door de berichten (zoals overlast, ergernis) geen sprake is van directe materiële schade voor eindgebruikers veroorzaakt met de verzonden berichten. Het college overweegt voorts dat de nadelen van de e-mailberichten voor eindgebruikers als gevolg van de overtreding niet of nauwelijks kwantitatief zijn uit te drukken.

128. Het college stelt daarnaast vast dat er gezien het onderzoeksrapport redenen zijn om aan te nemen dat er wel sprake is van indirecte (materiële) schade voor eindgebruikers, maar dat deze relatief beperkt is; een beperkt deel van de ontvangers van de krabbels zal immers daadwerkelijk de website <www.infamousgangsters.com> bezocht hebben om het spel te spelen en zal ook spelpunten hebben gekocht; een handeling die zij overigens zonder de ontvangen krabbel niet verricht zouden hebben.

129. Het college acht het verder aannemelijk dat het vertrouwen van internetgebruikers in sociale netwerksites door de overtredingen is geschaad. Het feit dat gebruikers als gevolg van de overtredingen van dergelijke sites minder snel geneigd zullen zijn hun profiel open te zetten, kan afbreuk doen aan het doel en functioneren van deze sites.

130. Het college merkt tot slot op dat met het aanbieden van het spel *an sich* niets onregelmatigs aan de orde lijkt.

8.2.2.4 Veroorzaakte schade door het bericht volgens Internet Service Providers en/of hostingproviders

131. Volgens het onderzoeksrapport bedraagt de geschatte schade die Hyves door de gedragingen van [X] heeft geleden naar eigen zeggen circa € 25 000[72]. Deze schade, voor zover al voldoende aannemelijk gemaakt, zal het college in geringe mate betrekken bij het bepalen van de ernst van de overtreding. Indien er zoals Hyves betoogt inderdaad een aantoonbaar rechtstreeks oorzakelijk verband is tussen de gedragingen van [X] en de door Hyves geleden schade, dan ligt het in de rede dat Hyves de schade langs civiele weg op [X] verhaalt.

[72] Zie randnummer 105 van het onderzoeksrapport.

8.2.2.5 Het aantal verzonden berichten

132. Het college overweegt dat in het onderzoeksrapport wordt vastgesteld dat met zekerheid 3.213.568 tekstberichten zijn verstuurd in de perioden 28 januari 2008 tot en met 5 februari 2008 en van 5 maart 2008 tot en met 9 maart 2008. Dit aantal is door [X] weersproken.

133. [X] heeft betoogd dat onder meer door fouten in de programmatuur een deel van de berichten niet verzonden is, althans de ontvangers niet heeft bereikt. [X] heeft dit echter niet met concrete bewijzen kunnen staven of anderszins aannemelijk gemaakt.

134. Het college stelt derhalve vast dat 3.213.568 berichten zijn verzonden en dat dit een groot aantal is.

8.2.2.6 Inkomsten

135. Voorts overweegt het college dat de ernst van de overtreding mede wordt bepaald door het door overtreders behaalde voordeel bij de overtreding. Het behaalde voordeel is echter lastig vast te stellen. Het is niet exact bekend welk deel van de door [X] met zijn website <www.infamousgangsters.com> behaalde omzet is gegenereerd met het verzenden van ongevraagde e-mailberichten.

136. Het college komt tot de conclusie dat het aannemelijk is dat [X] weliswaar daadwerkelijk heeft geprofiteerd van de verzending van de elektronische berichten maar dat niet gesproken kan worden van een (aantoonbaar) substantieel behaald voordeel.

8.2.2.7 *Overige omstandigheden*

137. Het college merkt op dat hij conform de door hem gehanteerde Boetebeleidsregels[73] de omvang van de onderneming[74] meeweegt bij het bepalen van de ernst van de overtreding. Het college overweegt in dit kader dat [X] de berichten als natuurlijk persoon heeft verzonden. Als natuurlijk persoon drijft [X] met de website <www.infamousgangsters.com> een onderneming met een beperkte omvang. Het college merkt daarbij op dat, zoals [X] ter hoorzitting ook heeft aangegeven, de onderneming meer uit hobbyisme werd gedreven dan (uitsluitend) beroeps- of bedrijfsmatig met een winstoogmerk.[75] Het college acht het dan ook aannemelijk dat het verzenden van de krabbels vooral moest bijdragen aan de studentikoze beeldvorming rond de persoon [X] als “spammer” en niet zo zeer aan de resultaten van de onderneming.

8.2.3 Conclusie ten aanzien van de ernst van de overtredingen

138. Het bovenstaande in acht nemende, concludeert het college, gelet op de aard van de overtredingen en de bijzondere omstandigheden waarin deze hebben plaatsgevonden, het volgende. Enerzijds is er sprake van een relatief groot aantal klachten en verzonden berichten, alsmede van meerdere, herhaaldelijke overtredingen van meerdere leden van artikel 11.7 Tw. Anderzijds is er sprake van zeer geringe extra inkomsten en beperkte schade voor

[73] Staatscourant 11 maart 2008, nr. 50 / pag. 27
[74] Het begrip onderneming omvat elke eenheid die een economische activiteit uitoefent, ongeacht haar rechtsvorm en de wijze waarop zij wordt gefinancierd.
[75] [X] staat met zijn onderneming niet ingeschreven in het Handelsregister van de Kamer van Koophandel.

eindgebruikers. Gezien het vorenstaande is er naar het oordeel van het college al met al sprake van minder ernstige overtredingen. Dit indiceert volgens de Boetebeleidsregels een boete van maximaal € 100.000 per overtreding.

9 De vaststelling van de hoogte van de boete

9.1 Duur van de overtredingen

139. Het college stelt vast dat de overtredingen van 28 januari 2008 tot en met 5 februari 2008 en van 5 maart 2008 tot en met 9 maart 2008, in totaal 14 dagen, hebben geduurd.[76] Het college merkt dit aan als een relatief korte periode van in totaal 14 dagen.

9.2 Verwijtbaarheid van de overtreders

140. Het spamverbod is sinds mei 2004 in de Telecommunicatiewet opgenomen. Voorafgaand aan de inwerkingtreding van het spamverbod zijn de gevolgen ervan voor onder meer (potentiële) spammers uitgebreid voor het voetlicht gebracht. Zo is de nieuwe wetgeving belicht in brochures, in persberichten en dergelijke. Los daarvan zijn en worden door het Ministerie van Economische Zaken[77], Postbus 51[78] en ConsuWijzer[79] ook concrete vragen beantwoord. OPTA heeft ook de website <www.spamklacht.nl> ingesteld, waarop veel informatie te vinden is.

141. Tevens geeft OPTA voorlichting op congressen, seminars en dergelijke. Kortom, een ieder heeft via zeer veel verschillende kanalen de gelegenheid om kennis te nemen van het regime en de nodige maatregelen te treffen om aan de wettelijke eisen te voldoen. Het is staand beleid van het college om een openbare versie van zijn boetebesluiten tevens op de website van OPTA te publiceren. Het college gaat er in het algemeen dan ook van uit dat (toekomstige) overtreders de overtreding willens en wetens begaan, tenzij het tegendeel blijkt.

142. Naar het oordeel van het college zijn de overtredingen volledig aan [X] toe te rekenen. Zeker als ict-deskundige en internetondernemer wordt hij geacht van de regels op de hoogte te zijn en daar naar te handelen.

143. Ten aanzien van de in het onderhavige besluit geconstateerde overtredingen bij de verzending van de berichten overweegt het college dat, naar zijn oordeel, de overtredingen [X] volledig kunnen worden verweten. Het college stelt vast dat [X] bekend was met de gevolgen van zijn handelingen. Al met al concludeert het college dat [X] de gevolgen van zijn daden overzag of ten minste had moeten overzien. Er is derhalve geen aanleiding om [X] van de overtredingen geen of in mindere mate verwijt te maken. Ook overigens zijn het college geen

[76] In het onderzoeksrapport wordt abusievelijk een aantal keer 4 maart 2008 als uitgangspunt van de tweede spamrun genoemd. Het college hanteert 5 maart 2008 als uitgangspunt overeenkomstig de tabellen over het aantal verzonden tekstberichten zoals gepresenteerd in randnummer 94 van het onderzoeksrapport.
[77] Zie <www.minez.nl>.
[78] Zie <www.postbus51.nl>.
[79] Zie <www.consuwijzer.nl>.

omstandigheden gebleken die hem aanleiding geven te concluderen dat de (ten aanzien van de berichten) geconstateerde overtredingen [X] niet kunnen worden verweten.

144. Het college is van mening dat deze overtredingen [X] volledig kunnen worden verweten en rekent hem deze herhaalde, meervoudige overtredingen van het spamverbod aan. Het college concludeert dat de overtredingen van artikel 11.7, eerste en derde lid, Tw zijn begaan door de natuurlijk persoon [X] en dat de overtredingen aan hem kunnen worden toegerekend.

9.3 Boeteverzwarende of -verlagende omstandigheden

145. Het college acht wel een boeteverlagende omstandigheid aanwezig die betrokken moet worden bij de vaststelling van de hoogte van de boete. Het gaat hier om de omstandigheid dat de overtreder de overtredingen uit eigen beweging heeft beëindigd voor of bij de eerste bekendwording met het onderzoek van het college. Hierbij komt meer gewicht toe aan het uit eigen beweging beëindigen van de overtreding voordat OPTA het onderzoek is begonnen dan nadat het onderzoek is gestart. Het college heeft geconstateerd dat tussen de laatste spam run in maart 2008 en de bekendwording van het onderzoek in september 2008 [X] geen overtredingen meer heeft begaan. Het college acht het derhalve aannemelijk dat [X], weliswaar pas na de start van het onderzoek in april 2008, uit eigener beweging de overtredingen heeft gestaakt.

146. Op grond van bovengenoemde omstandigheden acht het college een matiging van de op te leggen boete gepast.

147. Het college acht voorts geen overige boeteverlagende of boeteverzwarende 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

148. Het college heeft hiervoor reeds vastgesteld dat, gelet op de zwaarte van de overtredingen en de economische context alsmede de specifieke omstandigheden waarbinnen deze hebben plaatsgevonden, sprake is van minder ernstige overtredingen van de Telecommunicatiewet. Er is geen reden waarom [X] geen verwijt kan worden gemaakt van de overtredingen of waarom de overtredingen anderszins niet aan hem kunnen worden toegerekend.

149. In beginsel zal het college in voorkomende gevallen voor iedere overtreding afzonderlijk een boete van maximaal € 450.000 per overtreding kunnen opleggen. Het college kan evenwel - indien er, zoals in casu, sprake is van meerdere overtredingen - in plaats van elke overtreding afzonderlijk te beboeten, een boete opleggen voor het geheel van deze overtredingen.[80] Nu het in deze zaak gaat om een zeer groot aantal overtredingen die in hoge mate vergelijkbaar zijn en die in hun onderling verband moeten worden beschouwd, ligt het niet in de rede per overtreding een aparte boete op te leggen. Bij de vaststelling van de boete is het college er van uitgegaan dat de overtredingen zijn aan te merken als één grote, samenhangende

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

overtreding. Met toepassing van dit uitgangspunt stelt het college afzonderlijk de op te leggen boetes vast voor het geheel van de overtredingen van respectievelijk artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, derde lid, Tw.

150. De ernst en de duur van de overtredingen alsmede de verwijtbaarheid van de overtreder vragen naar het oordeel van het college om de oplegging van een boete waarvan de hoogte onder in de bandbreedte van de boetecategorie ligt, waarmee tot uitdrukking komt dat er sprake is van minder ernstige en relatief kort durende overtredingen. De bandbreedte van de boetecategorie bestrijkt in dat geval €0 tot maximaal €100.000.

151. Naast het grote aantal klachten (1300), het grote aantal verzonden tekstberichten (3 213 568) en de conclusie dat [X] 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 er weliswaar voordeel is behaald door [X] maar dat moeilijk is vast te stellen hoeveel van dat voordeel valt aan te merken als verkregen ten gevolge van de overtreding. Daarbij komt, zoals het college eerder heeft aangegeven in randnummer 128, dat de schade die eindgebruikers hebben geleden, aangemerkt dient te worden als geringe, deels indirecte, schade. Verder weegt voor het college in ontlastende zin mee dat de gedragingen niet primair plaatsvonden in een beroeps- of bedrijfsmatige sfeer maar dat zij eerder uit een, weliswaar naïef, hobbyisme voortkwamen. Ten slotte acht het college zoals hiervoor reeds aangegeven wegens zelfstandige beëindiging van de overtredingen een zekere matiging van de uiteindelijk op te leggen boete gepast.

152. Het college overweegt tevens dat bij de vaststelling van de hoogte van de boetes in acht moet worden genomen dat de boetes [X] van volgende overtredingen dienen te weerhouden en tevens potentiële overtreders dienen af te schrikken (speciale en generale preventie).

153. 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.[81]

154. Tot slot neemt het college in overweging dat hij in eerdere boetebesluiten met betrekking tot min of meer vergelijkbare overtredingen boetes heeft opgelegd variërend van €2.000 tot €10.000 per vastgestelde overtreding.[82]

155. Het college concludeert dat hij een overtreding van het spamverbod op basis van de Boetebeleidsregels in beginsel kwalificeert als een minder zware overtreding. Het voorgaande, alsmede de eerder in dit besluit genoemde specifieke omstandigheden afwegende, zullen de boetebedragen een relatief licht karakter dienen te hebben in verhouding tot de maximaal op te leggen boetes. Als zodanig kunnen worden aangemerkt boetes van €5.000 voor overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw en €7.000 voor de overtredingen van artikel 11.7, derde lid, Tw.

[81] Zie artikel 3:4, tweede lid, Awb.
[82] Zie bijvoorbeeld de boetebesluiten van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit inzake overtreding van het spamverbod ex artikel 11.7 Tw van 9 december 2004 met kenmerk OPTA/JUZ/2004/204326 (zaaknr. JBOE4002) en van 23 december 2004 met kenmerk OPTA/JUZ/2004/204409 (zaaknr. JBOE04005).

Besluit
Openbaar

156. De voorgaande bevindingen hebben geleid tot vaststelling van een aantal overtredingen waarvoor, met inachtneming van de ernst van de overtreding, de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder, in totaal een bedrag van € 12.000 aan boetes wordt opgelegd aan [X] bestaande uit twee boetes van respectievelijk € 5.000 en € 7.000. De boetes worden opgelegd voor meervoudige overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw respectievelijk artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder a en b, Tw in de perioden tussen 28 januari 2008 tot en met 5 februari 2008 en 5 maart 2008 tot en met 9 maart 2008.

10 Dictum

157. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit stelt vast dat de gedragingen van de natuurlijke persoon [X] 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 a en b, Tw. De gedragingen die als overtredingen kwalificeren, bestaan eruit dat [X] in de perioden van 28 januari 2008 tot en met 5 februari 2008 en van 5 maart 2008 tot en met 9 maart 2008:

- ongevraagde elektronische berichten heeft verzonden met een commercieel doel zonder voorafgaande toestemming van de betreffende abonnee (overtreding 1);
- waarbij de werkelijke identiteit van degene namens wie de communicatie wordt overgebracht niet was vermeld (overtreding 2);
- waarbij tevens geen geldig postadres of nummer was vermeld waaraan een ontvanger van het bericht een verzoek tot beëindiging van de communicatie kon richten (overtreding 3).

158. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit legt wegens de onder randnummer 157 bedoelde overtredingen aan de natuurlijke persoon [X] boetes op van € 5.000 (overtreding 1) en € 7.000 (overtreding 2 en 3 tezamen).

159. De hierboven in randnummer 158 vastgestelde boetes dienen overeenkomstig het bepaalde in artikel 15.13, eerste lid, Tw binnen zes weken nadat de beschikking waarbij de boetes zijn 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.

Besluit
Openbaar

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

w.g.
prof.dr. M.W. de Jong, plv. 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.