

Besluit OPENBAAR

Ons kenmerk: OPTA/IPB/2007/202311

Zaaknummer: 07.0190.29, 07.0191.29, 07.0193.29, 07.0194.29 en 07.0195.29

Datum 5 november 2007

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 het gestelde bij of krachtens de Telecommunicatiewet.

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, juncto artikel 15.10, eerste lid, onder b, van de Telecommunicatiewet¹ (hierna: Tw). Met dit besluit stelt het college een aantal overtredingen vast waarvoor boetes worden opgelegd. De boetes worden opgelegd aan [A] (hierna: [A])², [B] (hierna: [B])³ en [C] (hierna: [C])⁴, [X] (hierna: [X]) en [Y] (hierna: [Y]). Het betreft overtredingen van artikel 4.1, eerste lid, aanhef en onder a en b, van het Besluit Universele Dienstverlening en Eindgebruikersbelangen⁵ (hierna: Bude).
2. De gedragingen van [A], [B], [C], [Y] en [X] (hierna gezamenlijk ook: partijen) die als overtredingen kwalificeren, hebben betrekking op het plaatsen van software op computers van eindgebruikers zonder deze eindgebruikers duidelijk en nauwkeurig te informeren over de doeleinden van de plaatsing. De eindgebruikers werd niet op een voldoende kenbare manier een gelegenheid geboden om de installatie van software te weigeren. Voorts verschaft de software zich toegang tot gegevens die zich in de randapparatuur van eindgebruikers bevonden, eveneens zonder duidelijke en nauwkeurige informatie omtrent de doeleinden van de plaatsing en een kenbare manier om de toegang te weigeren. Deze gedragingen vonden plaats in het kader van een samenwerkingsverband tussen partijen met de naam DollarRevenue.

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 De rechtspersoon [A], statutair gevestigd te [...], drijft een onderneming die onder meer handelt onder de naam [A] en DollarRevenue. De bedrijfsomschrijving van de onderneming luidt als volgt: [...]. Enig en alleen/zelfstandig bevoegd bestuurder is [Y]. Er zijn twee personen werkzaam binnen de onderneming (Bron: Uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel voor [...]).

³ De rechtspersoon [B], statutair gevestigd te [...], drijft een onderneming die onder meer handelt onder de naam [B]. De bedrijfsomschrijving van de onderneming luidt als volgt: [...]. Directeur alsmede enig en alleen/zelfstandig bevoegd bestuurder is [X]. Er zijn vier personen werkzaam binnen de onderneming (Bron: Uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel voor [...]).

⁴ De rechtspersoon [C], statutair gevestigd te [...], drijft een onderneming die onder meer handelt onder de naam [C]. De bedrijfsomschrijving van de onderneming luidt als volgt: [...]. Alleen/zelfstandig bevoegd bestuurder is [X]. Er zijn vijf personen werkzaam binnen de onderneming (Bron: Uittreksel uit het handelsregister van de Kamer van Koophandel voor [...]).

⁵ Besluit van 7 mei 2004, Stb. 203, houdende regels met betrekking tot universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen, zoals gewijzigd bij Besluit van 8 september 2004, Stb. 458.

Besluit OPENBAAR

3. Aanleiding tot het onderhavige besluit vormt het rapport zoals op 15 augustus 2007 opgemaakt door een toezichthoudend ambtenaar van het college (hierna: het boeterapport)⁶.
4. In dit besluit wordt eerst ingegaan op de achtergrond, de feiten en het verloop van de procedure. Vervolgens wordt ingegaan op het juridisch kader en de zienswijze van partijen. Daarna volgen de overwegingen van het college en de beoordeling. In het laatste onderdeel wordt ten slotte ingegaan op de ernst en duur van de overtredingen alsmede de hoogte van de boete.

2 Achtergrond

5. Mede naar aanleiding van informatie verkregen via diverse tips en berichten op het internet, werd bij toezichthoudend ambtenaren het vermoeden gewekt dat onder de naam DollarRevenue in strijd met artikel 4.1 Bude toegang werd verkregen tot, en gegevens werden geplaatst op, de computers van internetgebruikers⁷. Het college heeft naar aanleiding hiervan ambtshalve onderzoek gedaan.

3 Verloop van de procedure

6. Toezichthoudend ambtenaren hebben op 15 november 2006 een (onaangekondigd) controlebezoek gebracht aan de bedrijfsruimte van [C] en [B], het woonhuis van diens directeur/bestuurder [X], het kantooradres van [A] (tevens het woonhuis van diens directeur/bestuurder [Y]), alsmede de ruimten waar de betrokken rechtspersonen computerservers voor de verspreiding van software hadden geplaatst. Toezichthoudend ambtenaren hebben daarbij inzage gekregen in de administratie en de aanwezige computersystemen op de betreffende locaties. Tijdens de bezoeken en ook nadien hebben de directeurs/bestuurders en een enkele medewerker van de betrokken rechtspersonen verklaringen afgelegd.⁸ Deze verklaringen zijn als bijlagen toegevoegd aan het boeterapport.⁹
7. Een digitaal deskundige van OPTA heeft bepaalde handelingen uitgevoerd op de gegevens en bescheiden waarin inzage is gekregen. Hiervan zijn verslagen opgesteld¹⁰. Deze verslagen zijn eveneens als bijlagen toegevoegd aan het boeterapport.
8. Op 30 januari 2007 heeft het college aan partijen vooraankondigingen van een last onder

⁶ Het boeterapport als bedoeld in artikel 15.8, eerste lid, Tw is bij aangetekende brief van 15 augustus 2007 (kenmerk: OPTA/IPB/2007/201506) aan partijen toegezonden. De onderhavige procedure is geregistreerd onder zaaknummer 07.0193.29.

⁷ Tenzij uitdrukkelijk anders vermeld, worden daar waar in dit besluit wordt gesproken van (internet- of eind-)gebruikers, tevens abonnees in de zin van artikel 1.1, aanhef en onder p, Tw bedoeld. Daar waar in dit besluit wordt gesproken van computers wordt tevens randapparatuur in de zin van artikel 4.1 Bude bedoeld.

⁸ Zie bijlage nummer 059 e.v. van het boeterapport.

⁹ Zie bijlage nummer 057 e.v. van het boeterapport.

¹⁰ Rapportage Media Analyse Gegevensdragers DollarRevenue.

Besluit OPENBAAR

dwangsom gestuurd. De last hield in dat partijen iedere verspreiding of ontwikkeling van software, in strijd met artikel 4.1, eerste lid, onder a en b, Bude, dienden te staken.

9. Op 26 februari 2007 hebben partijen, vertegenwoordigd door hun respectievelijke gemachtigden, schriftelijke zienswijzen over de vooraankondiging ingebracht. Op 28 februari 2007 hebben partijen, vergezeld van hun gemachtigden, gebruik gemaakt van de gelegenheid hun zienswijzen mondeling naar voren te brengen.
10. Op 15 augustus 2007 heeft het college een last onder dwangsom¹¹ opgelegd aan partijen.

Boeterapport

11. Naar aanleiding van de bevindingen uit het onderzoek is door een toezichthoudend ambtenaar van het college op 15 augustus 2007 het boeterapport opgemaakt dat bij aangetekende brief¹² van 15 augustus 2007 aan partijen is verzonden. In het boeterapport worden door de toezichthoudend ambtenaar de volgende overtredingen geconstateerd:
 - Partijen informeerden internetgebruikers niet op een duidelijke en nauwkeurige wijze over de doeleinden van de software die zij plaatsten. Artikel 4.1 Bude vereist dat degene die gegevens wenst te plaatsen, duidelijk en nauwkeurig beschrijft hetgeen men beoogt te bereiken. Geconcludeerd is dat de wijze van plaatsing van de DollarRevenue-software in strijd is met artikel 4.1 Bude;
 - Partijen informeerden internetgebruikers niet op een duidelijke en nauwkeurige wijze over de doeleinden waarvoor zij beoogden toegang te verkrijgen tot gegevens die zich in de randapparatuur van internetgebruikers bevonden. Geconcludeerd is dat de wijze waarop de DollarRevenue-software zich toegang verschafte tot gegevens die zich in de computer van een internetgebruiker bevonden, in strijd is met artikel 4.1 Bude;
 - De software werd geplaatst zonder internetgebruikers voor de plaatsing een adequate mogelijkheid te bieden de plaatsing te weigeren. Geconcludeerd is dat dit in strijd is met artikel 4.1 Bude;
 - De software verschafte partijen toegang tot gegevens die zich bevonden op de computers van internetgebruikers, zonder dat die laatste een adequate mogelijkheid wordt geboden de toegang te weigeren. Geconcludeerd is dat dit in strijd is met artikel 4.1 Bude;
 - Internetgebruikers werden niet geïnformeerd dat de software zich alleen met deskundige hulp laat verwijderen. De toezichthoudend ambtenaar beschouwt deze gedraging als een afzonderlijke overtreding en merkt deze niet op voorhand aan als een omstandigheid die de ernst van de overtredingen verzwaart. Geconcludeerd is dat deze gedraging op zichzelf genomen een gedraging oplevert die verwijtbaar is in het licht van artikel 4.1 Bude.

¹¹ Kenmerk OPTA/IPB/2007/200635.

¹² Kenmerk OPTA/IPB/2007/201505.

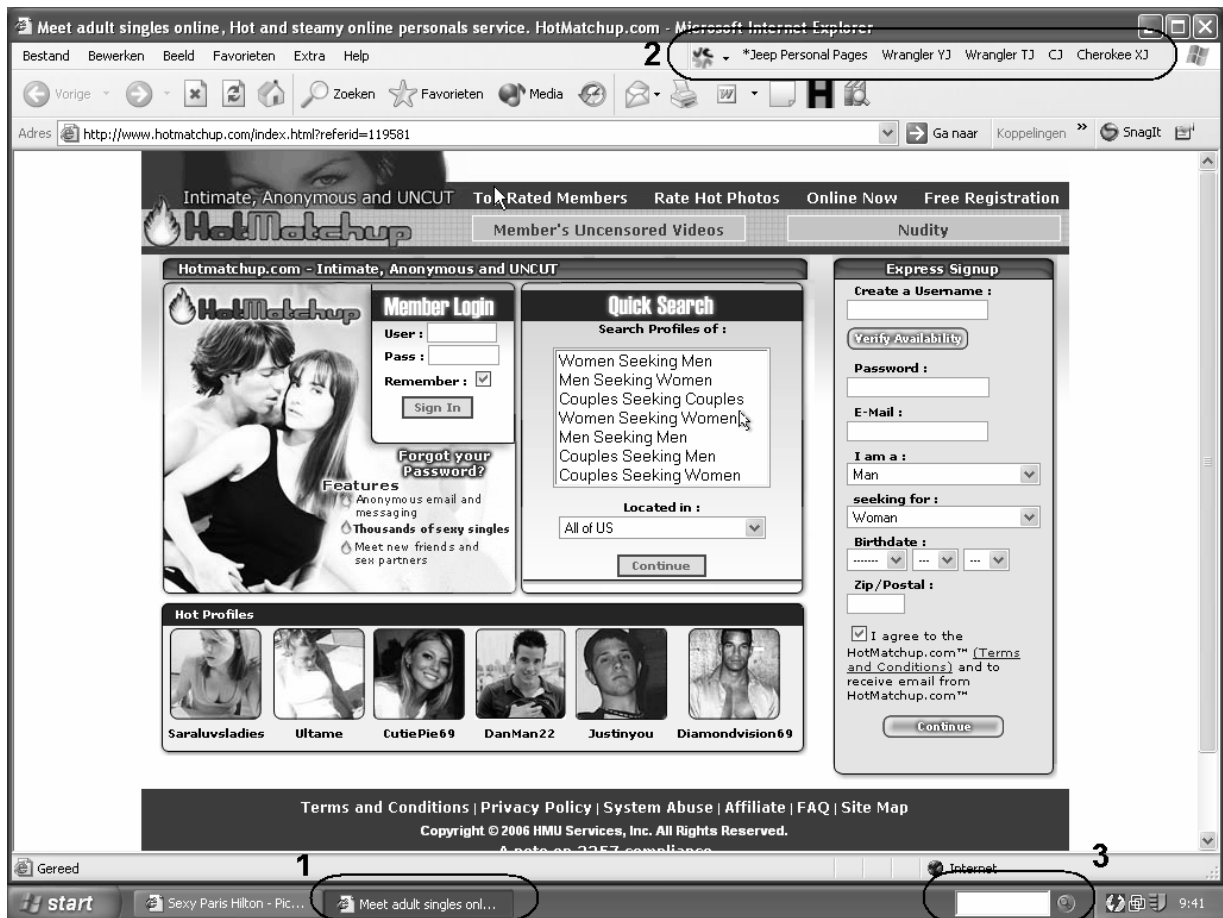
Besluit OPENBAAR

4 Feiten

12. DollarRevenue is een handelsnaam van [A]. In de jaarrekening over 2005 van [A] staat: “[A] \$Revenue [is] een samenwerkingsverband met een software ontwikkelaar in [...]”. De directeuren/bestuurders van [A] enerzijds en [B] en [C] anderzijds hebben hieromtrent verklaard dat DollarRevenue een samenwerkingsverband is zonder rechtspersoonlijkheid tussen rechtspersonen. Dagelijkse werkzaamheden vonden plaats in [...], ten kantore van [B] en [C]. [A] had, als het gaat om strategische beslissingen inzake DollarRevenue, het laatste woord.
13. De DollarRevenue-software werd gedownload van computerservers met de domeinnaam www.dollarrevenue.com. De programma's werden niet direct, maar door tussenkomst van één bestand geplaatst. Eerst werd een zogeheten downloader geplaatst op de computer van een internetgebruiker. De downloader functioneerde als een weblink of URL¹³: hij bevatte verwijzingen naar andere plaatsen op de servers van DollarRevenue. Eenmaal geplaatst en uitgevoerd, haalde deze downloader de softwarebundel automatisch (dat wil zeggen: zonder tussenkomst van gebruiker of abonnee) op en installeerde deze op de computer van de internetgebruiker. Wekelijks werd (een deel van) de programma's die geplaatst waren op de computers van eindgebruikers gewijzigd en aangevuld door updates. Deze aanvullingen voegden enerzijds nieuwe technische functionaliteiten toe aan de reeds geïnstalleerde programma's, anderzijds voegden zij geheel nieuwe reclameprogramma's toe.
14. Op de hiervoor omschreven wijze zijn de programma's wereldwijd op meer dan 22 miljoen computers van internetgebruikers geplaatst, met een gemiddelde van circa 60.000 installaties per dag. In totaal werden op 22 miljoen computers ongeveer 450 miljoen programmabestanden geplaatst. De downloader is via het internet verspreid met behulp van affiliates, derden die de verspreiding van de DollarRevenue downloader met behulp van diverse technieken via het internet verzorgden en daarvoor van partijen een commissie kregen uitgekeerd.
15. De programmabestanden lieten (onder meer) pop-upvensters (1) met reclameboodschappen zien en installeerden zoekbalken die zich in de taakbalk van Windows XP (3) en in de Microsoft Internet Explorer (2) nestelden en alternatieve zoekresultaten lieten zien. De schermafdruck die hieronder is afgebeeld (afbeelding 1), laat dit duidelijk zien.

¹³ Een Uniform Resource Locator (URL) wordt op het Internet gebruikt om adressen van bronnen (resources) aan te geven. URL's worden het meest gebruikt voor Websites, maar ook e-mail adressen of FTP-sites kunnen met een URL worden aangegeven.

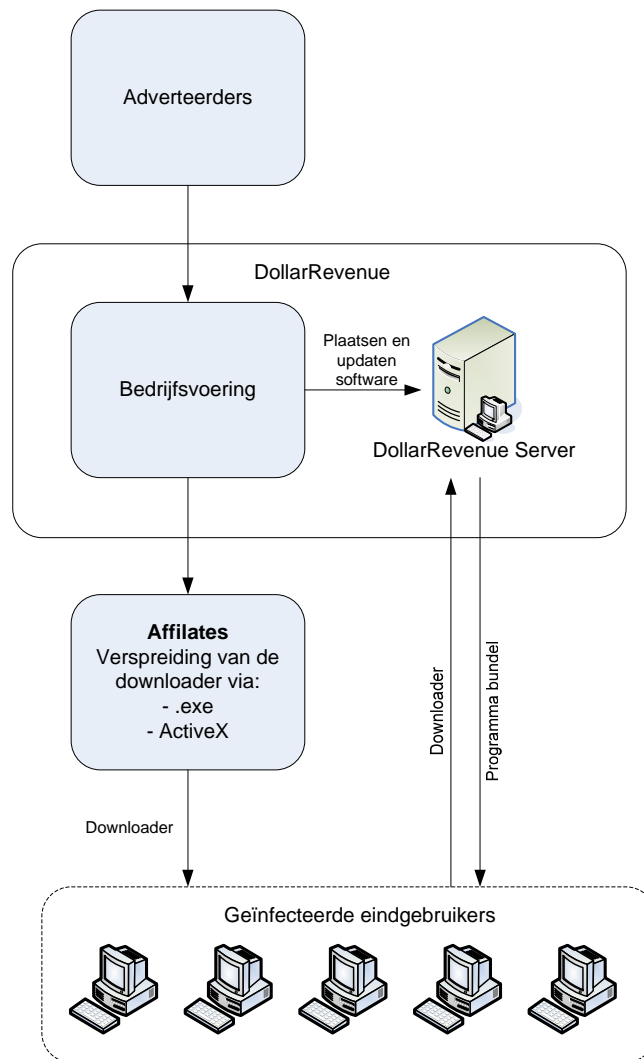
Besluit OPENBAAR



Afbeelding 1

16. De functie van DollarRevenue was enerzijds het aanleveren van advertentiesoftware van adverteerders en anderzijds het verspreiden van de software met hulp van affiliates. Dit proces is schematisch weergegeven in onderstaande figuur (figuur 1).

**Besluit
OPENBAAR**



Figuur 1

17. DollarRevenue vormde de schakel tussen enerzijds de adverteerders en de affiliates en anderzijds de eindgebruikers. De adverteerders leverden de software die vervolgens in verminkte¹⁴ vorm werd geïnstalleerd op de server van DollarRevenue.
18. De programma's die uiteindelijk op de computers van eindgebruikers werden geplaatst zijn opgesomd in het boeterapport¹⁵. Afhankelijk van de geografische locatie van de eindgebruiker en afhankelijk van de aanwezigheid van een eerdere installatie, werd een selectie van deze bestanden geïnstalleerd. Er was hierop één uitzondering: de always install bestanden. Deze set bestanden werd, ongeacht de status van de computer, altijd geïnstalleerd.

¹⁴ Met verminkt wordt bedoeld dat de EULA (End User License Agreement) wordt verwijderd of gemanipuleerd.

¹⁵ Zie randnummer 22 van het boeterapport.

Besluit OPENBAAR

4.1 Verspreiding van de software

19. De verspreiding van de DollarRevenue-software kan worden ingedeeld in twee categorieën. De eerste categorie bestaat uit verspreiding via de .exe bestanden¹⁶. De downloader (de .exe file) werd verstrekt aan affiliates die het op hun beurt, en met medeweten van partijen, verspreidden op onderstaande methoden. De tweede categorie bestaat uit de verspreiding van de software door middel van ActiveX¹⁷.

4.1.1 Verspreiding van de .exe bestanden

20. De verspreiding van het .exe linkbestand vond plaats op de volgende drie manieren:
- Installatie via botnets;
 - Installatie via exploits;
 - Installatie via misleidende bestandstypen.

Installatie via botnets

21. De DollarRevenue- software werd in veel gevallen via botnets geplaatst. Een botnet is een netwerk van computers welke geïnfecteerd zijn met bepaalde kwaadaardige software. De beheerder van een botnet heeft de controle over de computers en kan op afstand opdrachten geven zonder dat de eindgebruiker daar weet van heeft.
22. Partijen waren hiervan op de hoogte en maakten concrete afspraken over de snelheid en de frequentie waarmee de DollarRevenue-software op de computers van internetgebruikers geplaatst zou worden¹⁸.

Installatie via exploits

23. De DollarRevenue-software werd eveneens met behulp van exploits geplaatst. Browsers kunnen kwetsbaarheden bevatten, openingen waardoor een derde gegevens kan plaatsen op computers van internetgebruikers. Indien gebruik wordt gemaakt van zulke openingen, wordt de software geplaatst zonder dat de eindgebruiker daarvan op de hoogte is en dus ook geen toestemming kon geven of de mogelijkheid tot weigeren had.
24. Makers van reclamesoftware die van DollarRevenue gebruik maakten voor de verspreiding, klaagden over het feit dat hun software op deze wijze werd verspreid. Dit blijkt uit onder andere

¹⁶ EXE is the common filename extension for denoting an executable file (a program) in the OpenVMS, DOS, Microsoft Windows, and OS/2 operating systems.

¹⁷ De ActiveX-technologie werd door Microsoft ontwikkeld om software applicaties via het internet te verdelen. ActiveX bestaat uit de onderdelen ActiveX Controls, ActiveX Server Pages en ActiveX Server. ActiveX Controls zijn kleine programma's die een specifieke taak kunnen uitvoeren en worden aangeroepen door andere programma's zoals een browser. Met zo'n Control kan men bijvoorbeeld een pop-up menu op een pagina laten openen. ActiveX Server Pages, beter bekend onder het letterwoord ASP, is een applicatie die is ontwikkeld met behulp van ActiveX Controls en HTML. Dergelijke applicaties worden door een moderne browser herkend en voegen bijvoorbeeld interactiviteit toe aan de statische HTML-codering van een pagina. Met de ActiveX Server kan men bijvoorbeeld een database koppelen aan internet. Pagina's bevatten dan zowel statische gegevens (vaste teksten) als dynamische gegevens (de variërende inhoud van de database).

¹⁸ Zie onder andere de chat in voetnoot 32 van het boeterapport.

Besluit OPENBAAR

een e-mail die is aangetroffen op de PC van [X]¹⁹.

25. Desondanks gaf DollarRevenue opdracht aan de affiliates om met behulp van deze techniek de DollarRevenue-software te verspreiden. Dit blijkt onder andere uit verschillende chatlogs met de affiliate Falesco²⁰.

Installatie via een misleidend of onschuldig ogend bestand

26. Via misleidende bestanden werd aan eindgebruikers voorgespiegeld dat deze een bepaald bestand gingen downloaden, terwijl in werkelijkheid bleek dat het ging om DollarRevenue-software, zonder dat gebruikers of abonnees hiervan op de hoogte waren.
27. Een voorbeeld hiervan is te zien op de schermopname <Digitale Bijlage\Videobestanden\DR-hot-paris_XviD.avi>. Uit deze opname blijkt dat de software eenvoudigweg werd geplaatst zonder dat de internetgebruiker over de doeleinden werd geïnformeerd en zonder dat de eindgebruiker de mogelijkheid kreeg de plaatsing te weigeren. In de opname is zichtbaar dat een internetgebruiker in de verwachting werd gebracht dat hij of zij een filmpje met beelden van Paris Hilton downloadde. In feite werd de DollarRevenue-software geplaatst.
28. Uit e-mails²¹ en chatberichten²² die zijn aangetroffen op de computers van de betrokken ondernemingen blijkt dat deze wijze van plaatsing erg populair was. Uit deze berichten blijkt ook dat DollarRevenue met veel van de affiliates waar het overeenkomsten mee had, afsprak dat zij op deze wijze de software zouden plaatsen.
29. Bij de in randnummer 20 genoemde verspreidingsmethoden was geen sprake van enige vorm van informatie over de doeleinden. In het geval van botnets en exploits was zelfs geen mogelijkheid om de plaatsing te weigeren: het complete installatieproces voltrok zich zonder dat gebruikers of abonnees hier iets van merkten. Dit werd ook wel aangeduid als een silent installatie. Bij installatie via misleidende bestandstypen was een mogelijkheid tot weigeren aanwezig, alleen wisten gebruikers of abonnees niet wat zij zouden weigeren dan wel accepteren. Neem als voorbeeld onderstaand toestemmings scherm (Afbeelding 2) dat gebruikers of abonnees te zien kregen als zij dachten een videobestand van Paris Hilton te downloaden.

¹⁹ PC [X] (wit)\C\Documents and Settings\Eigenaar.GEBRUIKE-910NZP\Local Settings\Application Data\Identities\{D740109C-64B6-4C40-8F7C-0641B5280FFF}\Microsoft\Outlook Express\=== DollarRevenue ===.dbx\DBX Volume\Deactivation of your account 1004946.

²⁰ [X] WIT - Falesco hit PC [X] (wit)\C\Unallocated Clusters.

²¹ PC [X] (wit)\C\Documents and Settings\Eigenaar.GEBRUIKE-910NZP\Local Settings\Application Data\Identities\{D740109C-64B6-4C40-8F7C-0641B5280FFF}\Microsoft\Outlook Express\=== DollarRevenue ===.dbx\DBX Volume\Re: Software bundle.

²² DR Werkplek [X] Zwart_2\Disk

Image\D\ProgramFiles\Trillian\users\default\logs\MSN\Query[...]\@hotmail.com.log.

Zie ook: PC [X] (wit)\C\Documents and Settings\Eigenaar.GEBRUIKE-910NZP\Local Settings\Application Data\Identities\{D740109C-64B6-4C40-8F7C-0641B5280FFF}\Microsoft\Outlook Express\=== DollarRevenue ===.dbx\DBX Volume\Re[10]: Your program.

Besluit OPENBAAR



Afbeelding 2

30. Er zijn vele aanwijzingen dat partijen er alles aan deden het installatieproces te verbergen voor gebruikers of abonnees. Het silent maken van de onderdelen van de DollarRevenue-software was een structureel onderdeel van de bedrijfsvoering. Dit blijkt uit verschillende chatsessies tussen de programmeur en één van de betrokken directeuren/bestuurders²³. Onderstaande randnummers illustreren dit.
31. Uit e-mails en chatlogs²⁴ die zijn aangetroffen op de computers die werden gebruikt door de directeur/bestuurder van één van de bij DollarRevenue betrokken rechtspersonen blijkt dat deze consequent afsprak met affiliates dat haar software silent zou worden geïnstalleerd om ervoor te zorgen dat zoveel mogelijk internetgebruikers de software geplaatst zouden krijgen.
32. Aan affiliates werd zelden of nooit gevraagd een scherm te tonen dat informatie bevatte over de doeleinden van de software of een mogelijkheid te weigeren. Zo werd aan een affiliate van DollarRevenue, die vraagt of dergelijke informatie niet dient te worden getoond, gemeld dat dit alleen hoeft als dit “mogelijk” is²⁵. In andere gevallen draagt DollarRevenue zijn affiliates op om dergelijke informatie niet te tonen, zo blijkt uit chat- en e-mailberichten²⁶.

²³ Session Start ([X]@hotmail.com:[Z]): Thu Jun 01 08:49:32 2006

[Z]: exe is nog niet silent, maar dat komt goed ;)

Session Start ([X]@hotmail.com:[Z]): Thu Jun 01 08:49:32 2006

[Z]: exe is nog niet silent, maar dat komt goed ;) bron: DR Werkplek [X] wit_searched3\PC [X] (wit)\C\Program Files\Trillian\users\default\logs\MSN[Z][...].log.

²⁴ DR Werkplek [X] Zwart_2\Disk Image\D\Program Files\Trillian\users\default\logs\MSN\Query\[...]@bol.com.br.log.

Zie ook: DR Werkplek [X] Zwart_2\Disk Image\D\Program Files\Trillian\users\default\logs\MSN\Query\[...]@hotmail.com.log

Zie ook: DR Werkplek [X] Zwart_2\Disk Image\D\Program Files\Trillian\users\default\logs\MSN\Query\[...]@hotmail.com.log

²⁵ PC [X] (wit)\C\Documents and Settings\Eigenaar.GEBRUIKE-9I0NZP\Local Settings\Application Data\Identities\D740109C-64B6-4C40-8F7C-0641B5280FFF\Microsoft\Outlook Express\=== DollarRevenue ===.dbx\DBX Volume\Re: Bundle.

²⁶ DR Werkplek [X] Zwart_2\Disk Image\D\Program Files\Trillian\users\default\logs\AIM\Query\SerlissMC.log.

Besluit OPENBAAR

33. DollarRevenue betrok onderdelen van zijn softwarepakket van derden (adverteerders). Deze derden voorzagen hun programma's in sommige gevallen wel van waarschuwingsschermen die eindgebruikers inlichtten over de doeleinden en om toestemming vroegen voor plaatsing. Deze schermen werden echter uitgezet door partijen of door affiliates in opdracht van partijen. Een voorbeeld van een dergelijke silent installatie illustreert dit²⁷. Oorspronkelijk wordt deze software geleverd mét waarschuwingsschermen²⁸.
34. Een ander voorbeeld hiervan is het programma Yazzle dat met de overige DollarRevenue-software werd gebundeld maar waarvan het tonen van een EULA achterwege werd gelaten, ondanks een afspraak met de eigenaar van Yazzle dat wel een waarschuwingsscherm met informatie over de doeleinden en een weigeringsmogelijkheid zou worden getoond²⁹.
35. Ten slotte blijkt dat verscheidene adverteerders hun beklag deden bij DollarRevenue omdat hun advertentieprogramma's zonder toestemming van gebruikers of abonnees werd geïnstalleerd³⁰.

4.1.2 Verspreiding via ActiveX

36. Uit het onderzoek naar het installatieproces van DollarRevenue in de bijlage van het boeterapport blijkt dat ActiveX installaties zich voltrokken via een link op internetpagina's. Als eindgebruikers een internetpagina bezochten waar een dergelijke link was opgenomen, werd het ActiveX dialogvenster geladen zoals hieronder weergegeven (afbeelding 3).

²⁷ <Digitale Bijlage\Videobestanden\dr-ucmoreiex.avi>, <Digitale Bijlage\Videobestanden\dr-ucmoreiex-silent.avi>, <Digitale Bijlage\Videobestanden\dr-ucmoreiex-silent-2.avi>.

²⁸ Zie bijvoorbeeld: <Videobestanden\DR-exe-UCmoreiex_XviD.avi> en <Videobestanden\DR-exe-UCmoreiex-silent_XviD.avi>.

²⁹ C:\Documents and Settings\Eigenaar.GEBRUIKE-910NZP\Local Settings\Application Data\Identities\{D740109C-64B6-4C40-8F7C-0641B5280FFF}\Microsoft\Outlook Express\=== DollarRevenue ===.dbx\DBX Volume\Sudoku EULA and Clickspring Code of Conduct.

Zie ook: DR Werkplek [X] wit_searched3\PC [X] (wit)\C\Program Files\Trillian\users\default\logs\MSN\Z[...]_log.

³⁰ E-mail van NetNuclues aan DollarRevenue van 7 november 2006: "I took a look at your account and noticed some strange results that I'd like to speak to you about. We're receiving numerous complaints about forced downloads and unusually low results for your downloads. We'd like to see a copy of the exe you're using and also whatever means you're implementing to gather the installs." (Bron: [X]_FLYBOOK\X-FLYBOOK\C\Documents and Settings\X\Local Settings\Application

Data\Identities\{D5A416F0-A079-4B00-9A07-09C3612C694F}\Microsoft\Outlook Express\Verzonden items.dbx)

E-mail van targetsaver.com aan DollarRevenue van 19 september 2006: "Something from my tester over here has gotten my concerned attention. It seems that some of your downloads have been categorized as silent which also bundled TargetSaver."

(bron: [X]_FLYBOOK\X-FLYBOOK\C\Documents and Settings\X\Local Settings\Application Data\Identities\{D5A416F0-A079-4B00-9A07-09C3612C694F}\Microsoft\Outlook Express\Verwijderde items.dbx)

E-mail van WhenU van 10 november 2005: "some of this adware you have in this is not removable like the kruia.exe, the command.exe and others. They are self-replicating like a virus. aren't you worried about this damaging users machines?"

(bron: PC [X] (wit)\C\Documents and Settings\Eigenaar.GEBRUIKE-910NZP\Local Settings\Application

Data\Identities\{D740109C-64B6-4C40-8F7C-0641B5280FFF}\Microsoft\Outlook Express\=== DollarRevenue ===.dbx\DBX Volume\Re: Latest file)

E-mail van UC More van 13 maart 2006: "We got many complains from our users about repeat installs after uninstalls and lots of popups that appears after installation. Our policy does not allow repeat installs and we would like to know with which other software UCmore is installed. Please check this on your end" (bron: PC [X] (wit)\C\Documents and Settings\Eigenaar.GEBRUIKE-910NZP\Local Settings\Application Data\Identities\{D740109C-64B6-4C40-8F7C-0641B5280FFF}\Microsoft\Outlook Express\=== DollarRevenue ===.dbx\DBX Volume\RE: Repeat installs)

Besluit OPENBAAR



Afbeelding 3

37. Het scherm wekt de indruk dat het gaat om software van [A]. In werkelijkheid ging het om DollarRevenue-software.
38. Het dialoogvenster voorzag de eindgebruiker van een mogelijkheid een zogeheten "End User License Agreement" (hierna: EULA) te tonen. De EULA³¹ bevond zich achter de link "*Click here to agree this download!?!*". Deze link suggereert dat er informatie zal worden getoond voordat de plaatsing geschiedt, maar dit was niet het geval: de software werd ook geïnstalleerd indien niet op deze link werd geklikt.
39. Ten aanzien van de EULA is gebleken dat deze EULA gedurende de periode dat DollarRevenue actief is geweest, niet is gewijzigd. Eén van de betrokken directeurs/bestuurders heeft verklaard dat hij de EULA heeft opgesteld op basis van teksten die hij op het internet aantrof en dat er maar één versie was³². De programma's die deel uitmaakten van de bundelbestanden die onder de noemer DollarRevenue werden geplaatst, wijzigden echter gedurende de periode dat DollarRevenue actief was. Er kwamen nieuwe programma's bij en in sommige gevallen haakten adverteerders af. Desondanks werd de inhoud van de EULA niet aangepast.
40. Over de inhoud van de EULA wordt het volgende opgemerkt. Er waren vier links opgenomen met programma's die werden geïnstalleerd. Het betrof de volgende vier programma's:
- Idownload;

³¹ Ook wel aangeduid als software-licentie overeenkomst voor eindgebruikers van de software van DollarRevenue.

³² Zie bijlage nummer 144 e.v. van het boeterapport.

Besluit OPENBAAR

- Targetsaver;
- Surf SideKick;
- Bundleware.

De links verwezen naar EULA's van de producenten van de programma's. Behalve dat in de EULA van DollarRevenue geen specifieke uitleg werd gegeven over deze vier programma's, is gebleken dat in werkelijkheid veel meer programma's werden geïnstalleerd. Een overzicht hiervan is gegeven in randnummer 22 van het boeterapport. Er ontbrak een groot aantal programma's in de EULA van DollarRevenue. Dit betekent dat van de geïnstalleerde programmabundel, enkel de vier hierboven genoemde programma's werden getoond in de EULA. De rest werd geïnstalleerd zonder dat gebruikers of abonnees hier iets van wisten of konden weten.

41. Daarnaast beschrijft de EULA na enkele algemene bepalingen dat:

- DollarRevenue updates kan plaatsen;
- DollarRevenue-software kan toevoegen of verwijderen;
- De software geregeld communiceert met DollarRevenue servers;
- Niet-persoonlijke gegevens zoals surfgedrag kan worden verzameld en worden doorverkocht aan derden.

5 Juridisch kader

42. Artikel 4.1 Bude bepaalt:

“1. Een ieder die door middel van elektronische communicatienetwerken toegang wenst te verkrijgen tot gegevens die zijn opgeslagen in de randapparatuur van een abonnee of gebruiker van openbare elektronische communicatie dan wel gegevens wenst op te slaan in de randapparatuur van de abonnee of gebruiker van openbare elektronische communicatiediensten, dient voorafgaand aan de desbetreffende handeling de abonnee of gebruiker:

- a. op een duidelijke en nauwkeurige wijze te informeren omtrent de doeleinden waarvoor men toegang wenst te verkrijgen tot de desbetreffende gegevens dan wel waarvoor men gegevens wenst op te slaan, en*
- b. op voldoende kenbare wijze gelegenheid te bieden de desbetreffende handeling te weigeren.*

2. Het bepaalde in het eerste lid is niet van toepassing, voor zover het de technische opslag of toegang tot gegevens betreft met als uitsluitende doel:

- a. de verzending van communicatie over een openbaar elektronisch communicatienetwerk uit te voeren of te vergemakkelijken, of*
- b. de door de abonnee of gebruiker gevraagde dienst van de informatiemaatschappij te leveren en de opslag of toegang tot gegevens daarvoor strikt noodzakelijk is.”*

Besluit OPENBAAR

43. In artikel 4.1 Bude wordt artikel 5, derde lid, van de Richtlijn Privacy en elektronische communicatie³³ (hierna: de Privacyrichtlijn e-communicatie) geïmplementeerd. Artikel 5, derde lid, van de Privacyrichtlijn e-communicatie luidt als volgt:

“3. De lidstaten dragen er zorg voor dat het gebruik van elektronische-communicatienetwerken voor de opslag van informatie of voor het verkrijgen van toegang tot informatie die is opgeslagen in de eindapparatuur van een abonnee of gebruiker, alleen is toegestaan op voorwaarde dat de betrokken gebruiker voorzien wordt van duidelijke en volledige informatie onder andere over de doeleinden van de verwerking, overeenkomstig Richtlijn 95/46/EG, en het recht krijgt aangeboden door de voor de verwerking verantwoordelijke om een dergelijke verwerking te weigeren. Zulks vormt geen beletsel voor enige vorm van technische opslag of toegang met als uitsluitende doel de uitvoering of vergemakkelijking van de verzending van een communicatie over een elektronische-communicatienetwerk, of, indien strikt noodzakelijk, voor de levering van een uitdrukkelijk door de abonneegebruiker gevraagde dienst van de informatiemaatschappij.”

44. Artikel 1.1, aanhef en onder n, Tw luidt:

“Gebruiker: natuurlijke of rechtspersoon die gebruik maakt van of verzoekt om een openbare elektronische communicatiedienst.”

45. Artikel 1.1, aanhef en onder p, Tw luidt:

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

46. Artikel 1.1, aanhef en onder hh, Tw bepaalt:

“Randapparaten:

1° apparaten die bestemd zijn om op een openbaar telecommunicatienetwerk te worden aangesloten, zodanig dat zij:

- a. rechtstreeks op netwerkaansluitpunten kunnen worden aangesloten, of*
- b. kunnen dienen voor interactie met een openbaar telecommunicatienetwerk via directe of indirecte aansluiting op netwerkaansluitpunten ten behoeve van de overbrenging, verwerking of ontvangst van informatie;*

2°

3°”

³³ 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).

Besluit OPENBAAR

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

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

48. Artikel 15.4, vierde lid, Tw bepaalt:

“In geval van overtreding van de bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde voorschriften, niet zijnde de voorschriften, bedoeld in het tweede lid, alsmede van artikel 5:20 Awb, kan het college aan de overtreder een boete opleggen van ten hoogste € 450.000,-“.

49. Artikel 15.10 Tw luidt als volgt:

- “1. Bij beschikking wordt opgelegd:
(...)*
- b. een boete als bedoeld in artikel 15.4, tweede of vierde lid: door het college;
(...)*
- 2. In de beschikking wordt in elk geval vermeld:*
 - a. de overtreding ter zake waarvan zij is gegeven, alsmede het overtreden wettelijk voorschrift;*
 - b. indien een boete wordt opgelegd de te betalen geldsom, alsmede een toelichting op de hoogte daarvan;*
 - c. indien een last wordt opgelegd de inhoud van de last en de termijn waarvoor deze geldt.
(...)*
- 4. De beschikking dient te worden gegeven binnen twaalf weken nadat het rapport, bedoeld in artikel 15.8, eerste lid, is opgemaakt, tenzij binnen deze termijn het rapport aan het openbaar ministerie is gezonden. (...)”*

50. Het college heeft beleidsregels met betrekking tot het opleggen van boetes (hierna: Boetebeleidsregels)³⁴ vastgesteld. Met deze Boetebeleidsregels geeft het college invulling aan zijn beleidsvrijheid ten aanzien van het vaststellen van de hoogte van boetes ingevolge artikel 15.4 Tw en wordt inzicht verschaft in de factoren die de hoogte van de boete bepalen.

6 Zienswijze

51. Partijen hebben naar aanleiding van het boeterapport schriftelijk en mondeling hun zienswijze

³⁴ Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA), Staatscourant 29 juli 2005, nr. 145 / pag. 10.

Besluit OPENBAAR

naar voren gebracht. Deze zienswijze houdt – op hoofdlijnen - het volgende in:

Onrechtmatig verkregen bewijs

52. Partijen zijn van mening dat het boeterapport berust op bewijs dat op onrechtmatige wijze is verkregen. De servers van [A] bij Web 3 zijn zonder toestemming in beslag genomen. Als gevolg hiervan zijn partijen, naar hun mening, op zeer ernstige wijze geschaad in hun verdediging. Als gevolg hiervan zijn, naar de mening van partijen, zulke fundamentele normen geschonden dat het verkregen bewijs niet kan worden gebruikt om een boete vast te stellen.

Overtreding 4.1 Bude

53. Partijen zijn van mening dat zij artikel 4.1 Bude niet hebben overtreden. Artikel 4.1 Bude richt zich volgens partijen uitsluitend tot degene die toegang wenst te verkrijgen tot gegevens die opgeslagen zijn in de randapparatuur van een gebruiker/abonnee dan wel tot degene die gegevens wenst op te slaan.
54. De affiliate is, naar de mening van partijen, degene die DollarRevenue-software op de computer van de internetgebruiker plaatst. Partijen hebben geen contact met de internetgebruiker en daarom hebben zij in de overeenkomsten met affiliates voldoende verplichtingen opgelegd om te waarborgen dat de juiste informatie wordt verschaft en de EULA wordt getoond.
55. Volgens partijen is de suggestie, die in het boeterapport wordt gewekt, dat een aantal affiliates DollarRevenue-software via botnets of beveiligingslekken (exploits) verspreiden, onjuist. Het feit dat toezichthoudend ambtenaren zich gebaseerd hebben op diverse chat- en e-mailberichten is volgens hen niet voldoende. Naar de mening van partijen is het algemeen bekend dat uitspraken in chatgesprekken en op internet met een grote korrel zout moeten worden genomen. Volgens hen ontbreken bewijzen dat affiliates daadwerkelijk de DollarRevenue-software op de gesuggereerde wijze hebben verspreid.

Partijen zijn niet aan te merken als overtreders

56. Voor zover er sprake is van een overtreding van artikel 4.1 Bude dan is deze overtreding, volgens partijen, begaan door de affiliates. Partijen zijn van mening dat zij niet het doel en de middelen voor de opslag van informatie in de eindapparatuur van een abonnee of gebruiker vaststellen. Partijen stellen tevens dat zij geen contact hebben met eindgebruikers. Zij zijn van mening dat zij uitsluitend de software ter beschikking stellen aan affiliates.

[A]

57. Het programma DollarRevenue is eigendom van [A] en wordt door [A] in de markt gezet. Volgens partijen sluit [A] zelf geen overeenkomsten met eindgebruikers. [A] heeft met affiliates een Agreement gesloten voor de verspreiding van software. [A] voert de financiële administratie, stelt de contracten en de EULA op en huurt een serverruimte. [A] is eindverantwoordelijk voor de bedrijfsvoering en het beleid met betrekking tot DollarRevenue.

Besluit OPENBAAR

[Y]

58. [Y] is enig directeur/bestuurder en enig aandeelhouder van [A]. Volgens partijen heeft [Y] als natuurlijk persoon geen activiteiten met betrekking tot DollarRevenue verricht.

[B]

59. [A] heeft [B] opdracht gegevens onder haar leiding en supervisie software te ontwikkelen en vervolgens te beheren. [B] is volgens partijen geen eigenaar van DollarRevenue.

[C]

60. [C] is een zusteronderneming van [B], maar voor de rest een compleet andere onderneming met eigen producten en diensten. [C] heeft volgens partijen, geen enkele betrokkenheid bij DollarRevenue.

[X]

61. [X] is enig directeur/bestuurder en groot aandeelhouder van [B] en [C]. Alle werkzaamheden die [X] met betrekking tot DollarRevenue heeft verricht, hebben uitsluitend in het kader van zijn functie als directeur/bestuurder van [B] plaats gevonden volgens partijen.

7 Beoordeling

7.1 Bevoegdheid college

62. Artikel 4.1 Bude is gebaseerd op artikel 18.2 Tw. Ingevolge artikel 15.1, derde lid, Tw is het college belast met het toezicht op de naleving van artikel 4.1 Bude. Het college is derhalve bevoegd op grond van artikel 15.4, vierde lid, juncto artikel 15.10, eerste lid, onder b, Tw een boete van ten hoogste € 450.000 op te leggen in geval van overtreding van de in artikel 15.1, derde lid, Tw bedoelde voorschriften. Hiermee worden onder meer de verplichtingen uit het Bude bedoeld.

7.2 Onrechtmatig verkregen bewijs

63. Op 15 november 2006 hebben toezichthoudend ambtenaren in het kader van het toezicht op de naleving van artikel 4.1 Bude enkele (onaangekondigde) controlebezoeken gebracht aan de bedrijfsruimten/woonhuizen van partijen³⁵. Naar aanleiding van één van deze bedrijfsbezoeken voeren partijen aan dat een deel van het bewijsmateriaal dat aan het boeterapport ten grondslag ligt in diverse opzichten onrechtmatig is verkregen en dat het betreffende materiaal reeds daarom niet als bewijs kan dienen voor het vaststellen van de overtreding. Meer in het bijzonder zouden de servers van [A] bij Web3³⁶ zonder toestemming van partijen in beslag zijn genomen. Als gevolg hiervan zijn partijen, naar hun mening, op zeer ernstige wijze geschaad

³⁵ Zie randnummers 6-7 van het onderhavige besluit.

³⁶ De servers van [A] bevonden zich in een door Web3Hosting gehuurde collocatieruimte van Essent Kabelcom B.V. te Maastricht.

Besluit OPENBAAR

in hun verdediging. Daardoor zijn volgens partijen zulke fundamentele normen geschonden, dat het verkregen bewijs niet kan worden gebruikt om een boete vast te stellen. Daarnaast claimen partijen (materiële) schade te hebben geleden wegens de gedwongen beëindiging van de dienstverlening als gevolg van de inbeslagname van de servers.

Het college overweegt hieromtrent het volgende.

64. Met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens andere bepalingen dan bedoeld in het eerste en tweede lid van artikel 15.1 Tw zijn belast de bij besluit van het college aangewezen ambtenaren. De aangewezen toezichthoudende ambtenaren zijn tevens krachtens artikel 15.5, eerste lid, Tw belast met onderzoek. Voor het doen van onderzoek beschikken zij over de bevoegdheden, die in de Tw zijn toegekend in de artikelen 15.5 tot en met 15.7 Tw.
65. De krachtens artikel 15.1, derde lid, Tw aangewezen ambtenaren zijn toezichthouder als bedoeld in artikel 5:11 Awb. In afdeling 5.2 Awb heeft de wetgever aan een toezichthouder een aantal bevoegdheden toegekend ter uitoefening van het toezicht op de naleving van specifieke wetten. Op grond van artikel 5:13 Awb maakt een toezichthoudend ambtenaar slechts gebruik van zijn bevoegdheden voor zover dat redelijkerwijs voor de vervulling van zijn taak nodig is.
66. Voor het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens de Tw zijn in dit verband de artikelen 5:15, 5:16, 5:17 en 5:20 Awb van belang. Artikel 5:15 Awb verschaft toezichthouders de bevoegdheid tot het betreden van plaatsen, waaronder bedrijfsruimten. Artikel 5:16 Awb schrijft voor dat een toezichthouder bevoegd is inlichtingen te vorderen. Artikel 5:17 Awb bepaalt dat een toezichthouder bevoegd is om inzage te vorderen van zakelijke gegevens en bescheiden en om van de gegevens en bescheiden kopieën te maken. Op grond van artikel 5:20, eerste lid, Awb is een ieder verplicht aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.
67. Het college stelt in dit verband voorop dat uit de verklaringen van partijen en de ambtsverslagen blijkt dat partijen zich niet tegen de uitoefening van de toezichthoudende bevoegdheden hebben verzet. Daardoor bestond voor de toezichthoudende ambtenaren van OPTA geen aanleiding om ten aanzien van partijen gebruik te maken van hun bevoegdheden om medewerking af te dwingen.
68. Naar het oordeel van het college is er dan ook geen sprake geweest van de uitoefening van een bevoegdheid die aan OPTA-ambtenaren in het kader van hun toezichthoudende taak is toegekend, omdat partijen uitdrukkelijk toestemming hebben verleend dan wel vrijwillig volledige medewerking hebben toegezegd. Een toezichthoudend ambtenaar gaat niet over tot de uitoefening van een hem toegekende bevoegdheid als de betrokkene reeds te kennen heeft gegeven vrijwillig medewerking te verlenen.³⁷ In casu was er niet alleen sprake van vrijwillige

³⁷ MvT bij artikel 5:13 Awb; PG Awb III, p. 338.

Besluit OPENBAAR

medewerking, maar vonden de bedrijfsbezoeken zo veel mogelijk plaats in nauw overleg met partijen ter plekke. Hetzelfde geldt voor het meenemen van computers, laptops en andere gegevensdragers om daarvan kopieën te maken. Ook dit blijkt onder meer uit de verklaringen van partijen ter zake en de ambtsverslagen van toezichthouders van OPTA van het bedrijfsbezoek.³⁸

69. De uitdrukkelijke toestemming van partijen voor het betreden van plaatsen en het verrichten van onderzoek alsmede de toezegging van vrijwillig volledige medewerking aan het onderzoek strekt zich mutatis mutandis ook uit tot de serverruimte en de meegenomen servers van [A] bij Web3.
70. Overigens geldt dat er steeds goede redenen zijn geweest voor het meenemen van computers, laptops en andere gegevensdragers om daarvan elders kopieën te kunnen maken. Dit is slechts gebeurd in die gevallen waarbij het technisch niet (goed) mogelijk of te tijdrovend was om ter plekke betrouwbare kopieën te kunnen maken. Het voorkomen van onnodige belasting van derden die niet betrokken zijn bij het onderzoek kan, zoals in casu het geval is geweest, daarbij ook een rol spelen. Uit zorgvuldigheidsoverwegingen zijn die kopieerhandelingen dan ten kantore van OPTA verricht. Partijen zijn hier steeds over geïnformeerd. De meegenomen gegevensdragers zijn in het onderhavige geval zo spoedig mogelijk en in overleg met partijen geretourneerd.
71. De servers van [A] bij Web3 zijn eind 2006 binnen enkele weken geretourneerd. Partijen hebben voordat het boeterapport werd vastgesteld derhalve nog meer dan een half jaar de beschikking gehad over de servers en de informatie daarop. Daardoor valt niet in te zien dat partijen door een informatieachterstand of –ongelijkheid in hun verdediging zijn geschaad. Partijen zouden verder schade hebben geleden door de gedwongen beëindiging van de dienstverlening. Dit staat evenwel op gespannen voet met verklaringen van partijen dat zij sowieso van plan waren de dienstverlening eerdaags te stoppen (eigener beweging dan wel daartoe gedwongen) en dat het onderzoek van OPTA dit enigszins heeft bespoedigd omdat het een goede gelegenheid bood om dat met onmiddellijke ingang daadwerkelijk te doen.
72. Het college is van mening dat de gevolgde procedure en de toegepaste werkwijze door de toezichthoudende ambtenaren juist en zorgvuldig zijn. Partijen hebben het tegendeel ook niet aangetoond of anderszins aannemelijk gemaakt. Er is daarom geen enkele aanleiding voor het college om te twijfelen aan de bekwaamheid van de bij besluit aangewezen toezichthoudende ambtenaren en de volledigheid en correctheid van de verklaringen en de verslagen bij het boeterapport.
73. Het college is van oordeel dat in de onderhavige zaak partijen de OPTA-ambtenaren toestemming hebben gegeven om binnen te treden en de gelegenheid geboden om gegevens, bestanden en documenten in te zien dan wel mee te nemen en te kopiëren. Als gevolg

³⁸ Zie bijlage nummer 222-378 van het boeterapport.

Besluit OPENBAAR

daarvan hebben de OPTA-ambtenaren geen (verdergaand) gebruik hoeven te maken van hun bevoegdheden en kan van onrechtmatig verkregen bewijs om die reden dan ook geen sprake zijn. Naar het oordeel van het college treft het argument van disproportioneel gebruik van of van het ontbreken van bevoegdheden derhalve geen doel ook voor zover slechts betrekking hebbende op het meenemen van de servers. Informatie afkomstig van deze servers (voor zover al gebruikt als bewijs) is om die reden niet onrechtmatig verkregen.

74. Het college concludeert op grond van het vorenstaande dat de formele verweren van partijen met betrekking tot de bewijsvergaring, de rechtmatigheid van het bewijs en de daardoor geleden (financiële) schade geen doel treffen.

7.3 Overtreder in de zin van artikel 4.1 Bude

75. Partijen stellen in hun zienswijze dat zij niet zijn aan te merken als overtreders. Voor zover er al sprake is van een overtreding van artikel 4.1 Bude dan is deze overtreding, volgens partijen, begaan door de affiliates. Partijen verwijzen in dit verband naar artikel 5, derde lid, van de Privacyrichtlijn e-communicatie, de daarin gebruikte term “verantwoordelijke” en de definitie daarvan zoals gegeven in de algemene privacyrichtlijn³⁹ en geïmplementeerd in de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna ook: Wpb)⁴⁰: *“De verantwoordelijke is de natuurlijke persoon, rechtspersoon of ieder ander die of het bestuursorgaan dat, alleen of te zamen met anderen, het doel van en de middelen voor de verwerking van persoonsgegevens vaststelt”*.
76. Volgens partijen dient de term “een ieder” in artikel 4.1 Bude gelezen te worden als “de verantwoordelijke”. Partijen zijn van mening dat zij niet het doel van en de middelen voor de opslag van informatie in de eindapparatuur van een abonnee of gebruiker vaststellen en derhalve niet als overtreders zijn aan te merken. Partijen stellen tevens dat zij geen contact hebben met eindgebruikers. Zij zijn van mening dat zij uitsluitend de software (in licentie) ter beschikking stellen aan affiliates. Het college overweegt hieromtrent het volgende.
77. Voor de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de telecommunicatiesector is zowel de algemene privacyrichtlijn als de Privacyrichtlijn e-communicatie van belang. Eerstgenoemde privacyrichtlijn is geïmplementeerd in de Wpb en de daarop berustende uitvoeringsregelgeving. Deze wetgeving vormt het algemeen kader waarbinnen de verwerking van persoonsgegevens (ook) binnen de sector elektronische communicatie dient plaats te vinden.
78. De Privacyrichtlijn e-communicatie is (grotendeels) geïmplementeerd in de Tw en de daarop berustende uitvoeringsregelgeving zoals het Bude. Deze richtlijn en de uitwerking daarvan

³⁹ Richtlijn nr. 95/46/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 24 oktober 1995 (PbEG L 81/31). betreffende de bescherming van natuurlijke personen in verband met de verwerking van persoonsgegevens en het vrije verkeer van die gegevens (algemene privacyrichtlijn).

⁴⁰ Artikel 1, aanhef en onder d, van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wet van 6 juli 2000, houdende regels inzake de bescherming van persoonsgegevens; Stb. 2000, 302).

Besluit OPENBAAR

hebben ten opzichte van de algemene privacyrichtlijn en de uitwerking daarvan in de Wbp een aanvullende werking, waarbij op onderdelen sprake is van een nadere uitwerking van de meer algemene normen uit de algemene privacyrichtlijn onderscheidenlijk de Wbp⁴¹. Voor specifieke – in de sfeer van elektronische communicatie – voorkomende verwerkingen van persoonsgegevens worden namelijk daarop toegesneden (en in voorkomend geval uitputtende) normen gesteld.

79. Voorts strekt de reikwijdte van de bepalingen van de Privacyrichtlijn e-communicatie zich in beginsel ook uit tot rechtspersonen. De Wbp heeft daarentegen alleen betrekking op de verwerking van gegevens betreffende natuurlijke personen.⁴² Tot slot is de strekking van de bepalingen van de Privacyrichtlijn e-communicatie in zekere zin ruimer omdat het niet alleen om de verwerking van persoonsgegevens gaat maar vooral ook om de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Zo spreekt artikel 5, derde lid, van de Privacyrichtlijn e-communicatie niet over “persoonsgegevens” zoals de privacyrichtlijn doet, maar over “informatie”.
80. De Tw en het Bude bevatten derhalve een bijzondere regeling voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Ze is te beschouwen als een *lex specialis* ten opzichte van de Wbp en werkt dus deels aanvullend, deels ook afwijkend van de Wbp. Waar de beginselen van de Wbp in een formele wet, zoals de Tw en het Bude, sectorale invulling krijgen in de vorm van een meer concreet gedragsvoorschrift, zijn zij inhoudelijk een precisering daarvan.⁴³
81. Dit onderscheid is hier in zoverre relevant omdat de wetgever in artikel 4.1 Bude niet zonder reden spreekt van “een ieder” als adreessaat van de norm en niet van “de verantwoordelijke”. Het artikel strekt immers niet alleen tot de bescherming van persoonsgegevens maar ook tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Het artikel spreekt in dat verband niet van “persoonsgegevens” maar van “gegevens”, daar waar de Privacyrichtlijn e-communicatie hiervoor het begrip “informatie” hanteert. Strikt genomen is er bij het opslaan van gegevens in de randapparatuur van de abonnee of gebruiker ook (nog) geen sprake van de verwerking van persoonsgegevens voor zover die gegevens niet op de betrokken abonnee of gebruiker zelf betrekking hebben. Als er geen sprake is van de verwerking van persoonsgegevens van de betrokken abonnee of gebruiker kan er ook geen sprake zijn van een verantwoordelijke in de zin van de Wbp. Zo zal een ieder die een kwaadaardig computervirus via het internet verspreidt, met als enig doel zo veel mogelijk computers van eindgebruikers te infecteren en te laten crashen, niet als verantwoordelijke in de zin van de Wbp kunnen worden aangemerkt. Naar het oordeel van het college dient “een ieder” in artikel 4.1 Bude dan ook gelezen te worden als “iedereen”.

⁴¹ *Lex generalis* (Wbp) versus *lex specialis* (Tw).

⁴² Zie artikel 1, tweede lid, van de bijzondere Privacyrichtlijn.

⁴³ Formeel juridisch-technisch gezien zal de Tw als *lex specialis* derogeren aan de Wbp als *lex generalis* overeenkomstig het adagium “*lex specialis derogat legi generali*”. Zie bijvoorbeeld wat betreft de Wet bescherming persoonsgegevens MvT Kamerstukken II, 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 13 en MvA Kamerstukken I, 1999/00, 25 892, nr. 92c, p. 17. Zie bijvoorbeeld wat betreft de Telecommunicatiewet NV, Kamerstukken II, 1997/98, 25 533, nr. 5, p. 115 en MvT Kamerstukken II 2003/04, 28 851, nr. 3, p. 45.

Besluit OPENBAAR

82. Wat hier ook van zij, partijen wensten gegevens op te slaan in de randapparatuur van de abonnee door het (doen) plaatsen van de DollarRevenue-software. Partijen schakelden daarvoor tussenpersonen in (de affiliates) die voor elke plaatsing van een linkbestand een vergoeding ontvingen. De tussenpersonen hadden geen belang of betrokkenheid bij (het bepalen van) het doel, de inhoud en de werking van het linkbestand. Enig doel van de tussenpersonen was zo veel mogelijk installaties van het linkbestand te realiseren om zo doende een hoge vergoeding van partijen te incasseren.
83. Partijen hadden eveneens belang bij zo veel mogelijk installaties van het linkbestand. Immers, hoe meer installaties van het linkbestand hoe meer advertentie-inkomsten er uiteindelijk gegenereerd werden. Via de geïnstalleerde linkbestanden wensten partijen toegang te verkrijgen tot de gegevens die opgeslagen zijn in de randapparatuur van de abonnee. Na het starten van het linkbestand zoekt deze uit zichzelf verbinding met de servers van partijen. Vervolgens wordt automatisch een software programma gedownload dat in de randapparatuur van de abonnee wordt opgeslagen en uitgevoerd. Tot slot neemt de software (herhaaldelijk) contact op met de servers van partijen, wisselt relevante gegevens uit en downloadt automatisch advertentie (software) programma's van derde partijen specifiek gericht op de omstandigheden van de eindgebruiker. Ook deze programma's worden opgeslagen in de randapparatuur van de abonnee en uitgevoerd.
84. Partijen ontwikkelden, beheerden en onderhielden de linkbestanden en de programmabundel. Zij bepaalden als enigen het doel, de inhoud en de werking van de linkbestanden en de programmabundel. Partijen onderhielden de contacten met de adverteerders en ontvingen de revenuen van het aantal gedownloadde advertenties. Partijen ontwikkelden, beheerden en onderhielden de servers die de contacten legden met de randapparatuur van eindgebruikers waarop de linkbestanden en software werd geïnstalleerd.
85. Naar het oordeel van het college waren het de partijen die via het internet toegang wensten te verkrijgen dan wel verkregen tot de computers van eindgebruikers en waren het partijen die via het internet gegevens wensten op te slaan dan wel opsloegen op de computers van eindgebruikers. Partijen zijn derhalve de normadressaat van artikel 4.1 Bude en zijn, voor zover er sprake is van een overtreding, daarmee tevens aan te merken als overtreders van artikel 4.1 Bude.

7.4 Overtredingen

7.4.1 Inleiding

86. In het boeterapport is vastgesteld dat de DollarRevenue-software werd geplaatst via het internet op de computers van internetgebruikers. De technische constructie voor de verspreiding van de DollarRevenue-software is hiervoor reeds beschreven⁴⁴. De software werd

⁴⁴ Zie paragraaf 4.1 van het onderhavige besluit.

Besluit OPENBAAR

geplaatst via botnets, exploits en onschuldig ogende bestanden of via ActiveX.

87. Het college is van oordeel dat met betrekking tot het verkrijgen van toegang dan wel het opslaan van gegevens op de randapparatuur van de gebruiker of abonnee geen onduidelijkheden bestaan. Partijen hebben in hun mondelinge noch schriftelijke zienswijze deze feiten betwist. Door middel van het plaatsen/verspreiden van de downloader van DollarRevenue werden door partijen gegevens geplaatst op de randapparatuur van de gebruikers en werd mede door de plaatsing van deze downloader ook toegang verkregen tot de gegevens die zijn opgeslagen in de randapparatuur van de gebruikers. De downloader was voor partijen een middel om de toegang te verkrijgen.
88. Het college gaat er dan ook in het vervolg van zijn beoordeling van uit dat door de verspreiding van de DollarRevenue-software (op verschillende manieren) sprake is van het verschaffen van toegang door partijen tot gegevens die zijn opgeslagen in de randapparatuur van gebruikers/abonnees dan wel het opslaan van gegevens in de randapparatuur van de gebruikers of abonnees zoals bedoeld in artikel 4.1 Bude. Dit punt zal hierna dan ook niet steeds afzonderlijk worden beoordeeld bij de beoordeling van de verschillende wijzen van verspreiding van de DollarRevenue-software.

Affiliates

89. Partijen zijn van mening dat de affiliates verantwoordelijkheid dragen voor het verspreiden van de DollarRevenue-software en het tonen van een correcte EULA. Volgens partijen is DollarRevenue niet meer dan een downloader die eenmalig geïnstalleerd wordt op de computer van een eindgebruiker.
90. De affiliate die DollarRevenue wilde gebruiken, sloot online een Affiliate Agreement (hierna: de Agreement) met [A]. De Agreement bevat, naar de mening van partijen, strikte voorwaarden waaraan de affiliate moet voldoen. Affiliates zijn onder meer verplicht een EULA te tonen. Partijen wijzen in hun zienswijze naar de Agreement, waaruit blijkt dat affiliates niet op illegale wijze software mogen verspreiden, dat misbruik resulteert in uitsluiting van het programma en dat affiliates verplicht zijn tot het tonen van een correcte EULA.
91. Echter, het college is van oordeel dat uit de feiten die in het boeterapport zijn beschreven, blijkt dat partijen actief de illegale verspreiding van de DollarRevenue-software aanmoedigden en een beleid voerden waaruit blijkt dat het tonen van een EULA werd ontmoedigd.
92. Het verweer van partijen dat communicatie via chatlogs met een flinke korrel zout moet worden genomen, houdt volgens het college geen stand in dit verband. Alle communicatie tussen partijen (DollarRevenue) en de affiliates vond plaats via chatlogs en e-mails. Afspraken die in chatgesprekken werden gemaakt, werden vastgelegd in een database van DollarRevenue. In deze database is te zien dat passages uit chat-gesprekken letterlijk zijn overgenomen door partijen en in de database zijn gekopieerd.

Besluit OPENBAAR

93. Regelmatig werd in chat-gesprekken gesproken over financiële vergoedingen aan de affiliates. De afspraken die hierover gemaakt werden, werden ook nageleefd door DollarRevenue. Het verweer van partijen dat deze chatlogs en e-mail berichten niet serieus moeten worden genomen, houdt in het licht van het bovenstaande, naar het oordeel van het college, geen stand.

7.4.2 Overtreding 1: artikel 4.1, eerste lid, onder a, Bude

94. In de toelichting op artikel 4.1 Bude staat dat voorafgaand aan het toegang wensen te verkrijgen tot dan wel het plaatsen van software op randapparatuur van abonnees of gebruikers, de abonnee of eindgebruiker op een duidelijke en nauwkeurige wijze dient te worden geïnformeerd omtrent de doeleinden waarvoor men toegang wenst te verkrijgen dan wel waarvoor men gegevens wenst op te slaan. Daarnaast staat in deze toelichting het volgende: “... *het gebruik van de hier bedoelde tekstbestanden en programmatuur hoeft niet (alleen) schadelijk te zijn, integendeel, maar omtrent het gebruik ervan dient wel openheid richting de abonnee en gebruiker te worden geboden en deze dient zelf te kunnen beslissen of hij een dergelijk gebruik voorstaat.*”⁴⁵
95. Hierna zullen de verschillende technieken voor het verkrijgen van toegang dan wel het plaatsen van software op de randapparatuur van de abonnee of gebruiker worden beoordeeld in het licht van artikel 4.1, eerste lid, onder a, Bude.

A. Verkrijgen van toegang dan wel het opslaan van gegevens via .exe bestanden

96. Met behulp van verschillende technieken (botnets, exploits en misleidende of onschuldig ogende bestanden) werd de DollarRevenue-software geïnstalleerd op de computers van gebruikers en abonnees. Deze technieken hebben gemeen dat de gebruiker of abonnee niet merkt dat de DollarRevenue-software op zijn computer terecht komt, met andere woorden: er wordt geen duidelijke en nauwkeurige informatie verschaft omtrent de doeleinden waarvoor men toegang wenst te verkrijgen, dan wel waarvoor men gegevens wenst op te slaan. Hieronder zullen de verschillende technieken voor het verkrijgen van toegang dan wel het opslaan van gegevens nader door het college worden beoordeeld in het licht van artikel 4.1, eerste lid, onder a, Bude.

Botnets

97. De DollarRevenue-software werd in veel gevallen via zogenaamde botnets verspreid. Een botnet is een netwerk van (op het internet aangesloten) computers. Botnets worden in het algemeen gebruikt voor de massale verspreiding van een downloader. In de gevallen waarin de DollarRevenue-software via botnets wordt geplaatst, is er geen sprake van enige vorm van informatie over de doeleinden van het verkrijgen van toegang dan wel het opslaan van gegevens. Daarnaast was er geen mogelijkheid om de plaatsing te weigeren.

⁴⁵ Zie Stb. 2004, 203, Nota van Toelichting, p. 27-28.

Besluit OPENBAAR

98. Partijen stellen in hun verweer dat zij nooit zogenoemde botherders hebben ingeschakeld voor de verspreiding van haar software. Volgens hen werden de .exe-bestanden aan affiliates aangeboden en waren de affiliates verplicht een EULA te tonen, op grond van de Agreement die zij met partijen hebben gesloten. Partijen hadden, naar hun mening, verder geen controle over de bundels die de affiliates vervolgens aanboden aan de gebruikers of abonnees.
99. Echter, het college constateert dat de DollarRevenue-software wel degelijk o.a. via botnets werd verspreid. Uit diverse chatlogs en e-mailberichten, die zijn aangetroffen op de computer in de werkkamer van [X], blijkt dat botherders regelmatig werden ingehuurd. Voorbeelden hiervan zijn de affiliates genaamd Falesco⁴⁶ (dit is [...] een hacker die in het verleden is veroordeeld en waarvan [X] op de hoogte is⁴⁷) en Marshall⁴⁸.
100. Partijen hebben in hun verweer gesteld dat zij wel degelijk actie hebben ondernomen jegens affiliates die op ongewenste wijze de DollarRevenue-software hebben verspreid. Indien er volgens partijen gegronde klachten waren over affiliates, werden deze affiliates door partijen uit het systeem verwijderd (zie bijlage 3 van de schriftelijke zienswijze van partijen). Het college is echter van oordeel dat partijen niet de moeite hebben genomen, zoals zij zelf wel beweren, om ongewenste verspreiding van de software via botnets tegen te gaan. Als het al zo zou zijn dat affiliates werden geëxcommuniceerd, dan was het voor partijen onmogelijk om te controleren of zo'n affiliate niet onder een andere naam een nieuwe Agreement zou afsluiten met partijen om zo de illegale verspreiding gewoon voort te zetten.
101. Het college is van oordeel dat partijen deze manier van verspreiding juist hebben aangemoedigd, zoals blijkt uit de diverse chatlogs en e-mailberichten die op de computers van partijen zijn aangetroffen. Ook na diverse berichten in de media en waarschuwingen aan het adres van partijen, dat hun software via botnets wordt verspreid, gingen partijen door met het inschakelen van affiliates die op de hierboven genoemde manier te werk gingen. Partijen betaalden de affiliates voor hun verleende diensten⁴⁹.
102. Uit het bovenstaande concludeert het college dat partijen in strijd met artikel 4.1, eerste lid, onder a, Bude hebben gehandeld door hun software via botnets te verspreiden. Op deze manier werd duidelijk geen informatie verschaft omtrent de doeleinden waarvoor men toegang wenste te verkrijgen dan wel gegevens wenste op te slaan op de computers van abonnees en gebruikers. Er werd in het geheel geen EULA getoond waaruit dit zou blijken. Gebruikers en abonnees hadden immers niet in de gaten dat de software werd geplaatst: dit gebeurde totaal buiten hun medeweten om.

⁴⁶ Zie DR Werkplek [X] Zwart_botnetsearch2\Disk Image\D\Program Files\Trillian\users\default\logs\MSN\Query\[...]\@gmail.com.log en ook DR Werkplek [X] Zwart_botnetsearch\Disk Image\D\Program Files\Trillian\users\default\logs\MSN\Query\[...]\@gmail.com.log.

⁴⁷ "279 [X] 255 1-12-2005 8:08 Marshall meldt dat er een nieuwe webmaster onderweg is namelijk [...], volgens mij is dat de hacker die is aangeklaagd door 180solutions".

⁴⁸ DR Werkplek [X] Zwart_2\Disk Image\D\Program Files\Trillian\users\default\logs\MSN\Query\[...]\@gmail.com.log.

⁴⁹ Databasequery: "select betaald_tot_en_met from webmasters where id = '255'".

Besluit OPENBAAR

Exploits

103. In het boeterapport is gesteld dat de DollarRevenue-software mede werd verspreid via exploits. Zogeheten kwetsbaarheden in browsers zijn exploits (zie randnummer 23 van dit besluit). Via deze openingen kan een derde (met behulp van kwaadaardige software) gegevens plaatsen op een computer van een gebruiker of abonnee.
104. Indien van deze vorm van plaatsing van software gebruik wordt gemaakt, wordt de gebruiker of abonnee uit de aard der zaak niet geïnformeerd over de doeleinden van de te plaatsen software. De software wordt namelijk via de opening in de browser, dus buiten de gebruiker of abonnee om, geplaatst.
105. Dat de DollarRevenue-software mede werd geplaatst via exploits, blijkt uit een aantal constatering. Makers van reclamesoftware die van DollarRevenue gebruik maakten voor de verspreiding, klaagden hierover⁵⁰. Uit chatlogs⁵¹ is gebleken dat partijen desondanks aan affiliates opdracht gaven om de software met behulp van exploits te verspreiden.
106. Het gebruik van deze methode voor de verspreiding van de software is door partijen niet betwist. Partijen waren hiervan op de hoogte. Het college is van oordeel dat deze manier van verspreiding in strijd is met artikel 4.1, eerste lid, onder a, Bude. Op deze manier werd geen duidelijke en nauwkeurige informatie verschaft over de doeleinden waarvoor men toegang wenst te verkrijgen, dan wel gegevens wenst op te slaan.

Misleidend of onschuldig ogend bestand

107. In het boeterapport wordt geconstateerd dat de DollarRevenue-software tevens via misleidende of onschuldig ogende bestanden werd geplaatst. Op deze manier kreeg een gebruiker of abonnee voorgespiegeld dat deze een bestand, zoals een videobestand, downloadde, terwijl dit bestand in werkelijkheid de DollarRevenue-software bevatte. Een voorbeeld hiervan is te zien op de schermopname <Digitale Bijlage\Videobestanden\DR-hot-paris_XviD.avi>. Uit deze opname uit het digitale dossier bij het boeterapport blijkt dat de software werd geplaatst zonder dat de gebruiker of abonnee over de doeleinden werd geïnformeerd en ook zonder de mogelijkheid om het downloaden van de DollarRevenue-software te weigeren.
108. Het college is van oordeel dat het op dergelijke wijze plaatsen van software op de computer van een gebruiker of abonnee in strijd is met artikel 4.1, eerste lid, onder a, Bude. Het verweer van partijen dat deze manier van plaatsing hen niet kwalijk genomen kan worden, omdat affiliates de bestanden aanbieden aan gebruikers, treft, naar oordeel van het college,

⁵⁰ PC [X] (wit)\C\Documents and Settings\Eigenaar.GEBRUIKE-9I0NZP\Local Settings\Application Data\Identities\{D740109C-64B6-4C40-8F7C-0641B5280FFF}\Microsoft\Outlook Express\=== DollarRevenue ===.dbx\DBX Volume\Deactivation of your account 1004946.

⁵¹ [X] WIT - Falesco hit\PC [X] (wit)\C\Unallocated Clusters.

Besluit OPENBAAR

geen doel. Uit diverse digitale videobestanden⁵² uit het dossier, diverse chatlogs⁵³ en e-mailberichten⁵⁴ constateert het college dat partijen wel degelijk op de hoogte waren van deze vorm van verspreiding van de software en dat zij affiliates aanmoedigden om deze vorm van verspreiding te hanteren.

B. Verkrijgen van toegang dan wel het opslaan van gegevens via ActiveX

109. In het boeterapport is geconstateerd dat indien de DollarRevenue-software werd geplaatst via ActiveX, wel enige informatie werd getoond omtrent de doeleinden van de software. Echter, deze informatie kan, volgens de opsteller van het boeterapport, niet worden aangemerkt als duidelijk of nauwkeurig, los van het feit dat de informatie slechts betrekking heeft op een deel van de te plaatsen programma's.
110. ActiveX is een methode voor het uitwisselen van bestanden tussen een website en een computer van een gebruiker of abonnee. Deze methode is ook gebruikt voor het verspreiden van de DollarRevenue-software. Bij de verspreiding van de software door middel van ActiveX werd een EULA getoond⁵⁵. Gebleken is echter dat de EULA gedurende de periode dat DollarRevenue actief is geweest, niet is gewijzigd. [Y] heeft verklaard dat hij de EULA heeft opgesteld op basis van teksten die hij op het internet heeft gevonden en dat er maar één versie van de EULA was. Wel was er sprake van verschillende EULA's per land waar de installaties werden gedaan op de computers van internetgebruikers.
111. Het dialoogvenster van ActiveX bestaat uit de optie om de installatie te accepteren. De herkomst van de software is afgebeeld en er is een link naar de EULA opgenomen. Echter, het dialoogvenster meldt dat de software afkomstig is van [A]. Niet of onvoldoende duidelijk is, naar het oordeel van het college, dat de software afkomstig is van DollarRevenue.
112. Er wordt geen informatie getoond voordat de internetgebruiker op "JA" klikt. De EULA bevond zich achter de link "*click here to agree this download!?!"*. De link suggereert dat er informatie zal worden getoond voordat de plaatsing geschied. Het college constateert echter dat dit niet het geval was: de software werd ook geïnstalleerd indien niet op deze link werd geklikt. Naar het oordeel van het college is het volkomen onduidelijk dat het hier de EULA betreft.
113. Tevens blijkt dat alle programma's die deel uit maken van de bundel bestanden die onder de noemer DollarRevenue werden geplaatst, wijzigden gedurende de periode dat DollarRevenue actief was. Daarnaast werden continue verschillende updates van de reeds

⁵² Digitale Bijlage\Videobestanden\DR-hot-paris_XviD.av.

⁵³ DR Werkplek [X] Zwart_2\Disk Image\D\Program Files\Trillian\users\default\logs\MSN\Query[...]\@hotmail.com.log.

⁵⁴ PC [X] (wit)\C:\Documents and Settings\Eigenaar.GEBRUIKE-9I0NZP\Local Settings\Application Data\Identities\{D740109C-64B6-4C40-8F7C-0641B5280FFF}\Microsoft\Outlook Express\=== DollarRevenue ===.dbx\DBX Volume\Re: Software bundle en PC [X] (wit)\C:\Documents and Settings\Eigenaar.GEBRUIKE-9I0NZP\Local Settings\Application Data\Identities\{D740109C-64B6-4C40-8F7C-0641B5280FFF}\Microsoft\Outlook Express\=== DollarRevenue ===.dbx\DBX Volume\Re[10]: Your program en ook DR Werkplek [X] wit_searched3\PC [X] (wit)\C:\Program Files\Trillian\users\default\logs\MSN[Z][...].log.

⁵⁵ Zie bijlage 038-042 van het boeterapport.

Besluit OPENBAAR

geplaatste programma's uitgevoerd, zonder dat de gebruiker hiervan op de hoogte was. Desondanks werd de EULA niet aangepast, zodat de eindgebruiker niet op de hoogte was of kon zijn van de inhoud van nieuwe software, laat staan dat hij de installatie ervan kon weigeren.

114. Het college is van oordeel dat de EULA die door DollarRevenue wordt getoond, niet volledig is. De wetgever heeft beoogd met artikel 4.1 Bude de veiligheid van het gebruik van internet te bevorderen. Artikel 4.1 Bude strekt er immers toe om abonnees en gebruikers te beschermen tegen ongewenste software op hun computers. Iedere installatie op zichzelf van ongevraagde software is te beschouwen als een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betreffende abonnee of gebruiker. Op grond van het voorgaande hecht het college groot belang aan de juiste naleving van artikel 4.1 Bude.
115. Artikel 4.1 Bude vereist dat de eindgebruiker zodanig geïnformeerd moet worden, dat hij weet waarvoor hij toestemming geeft. Naar de mening van partijen wordt in de EULA, die werd getoond bij de installatie van de software via een ActiveX bestand, informatie gegeven over de DollarRevenue-software en de werking ervan. In de inleiding van de EULA is een aantal links opgenomen naar de bronnen en voorwaarden van de advertentiesoftware die door de downloader op de computer van een abonnee of gebruiker wordt geplaatst. Partijen zijn van mening dat uit de tekst die daarop volgt, duidelijk is op te maken dat (en welke) software van partners geïnstalleerd zal worden.
116. Het college is echter van oordeel dat deze informatie niet juist of onvolledig is. Zoals blijkt uit randnummer 22 van het boeterapport werd er een groot aantal programma's op de computers van abonnees en gebruikers geplaatst. De EULA geeft, naar oordeel van het college, een onjuist en onvolledig beeld van de te plaatsen programma's. Partijen hebben derhalve in strijd gehandeld met artikel 4.1, eerste lid, onder a, Bude, door het tonen van een onjuiste want onvolledige EULA.

Conclusie t.a.v. overtreding van artikel 4.1, eerste lid, onder a, Bude (overtreding 1)

117. Het college is van oordeel, het bovenstaande in acht nemende, dat het verkrijgen van toegang dan wel het opslaan van gegevens via de DollarRevenue-software met behulp van .exe-bestanden en ActiveX bestanden, in strijd is met artikel 4.1, eerste lid, onder a, Bude. In de gevallen van het verkrijgen van toegang dan wel het opslaan van gegevens op de computer van gebruikers of abonnees via .exe-bestanden is in het geheel geen sprake van het tonen van een EULA. In het geval van plaatsing via ActiveX wordt wel een EULA getoond aan gebruikers en abonnees, maar deze EULA is naar het oordeel van het college onduidelijk, onjuist en niet volledig.

7.4.3 Overtreding 2: artikel 4.1, eerste lid, onder b, Bude.

118. Zoals hiervoor reeds is beschreven⁵⁶ werd de DollarRevenue-software op

⁵⁶ Zie paragraaf 4.1 van het onderhavige besluit.

Besluit OPENBAAR

verschillende manieren geïnstalleerd op computers van gebruikers en abonnees. Hierna zullen de verschillende technieken voor het verkrijgen van toegang dan wel het opslaan van gegevens nader door het college worden beoordeeld in het licht van artikel 4.1, eerste lid, onder b, Bude.

119. Naast het verstrekken van informatie, dient de abonnee of gebruiker op grond van artikel 4.1, eerste lid, onder b, Bude ook expliciet de mogelijkheid te worden geboden om de toegang tot gegevens dan wel het plaatsen van gegevens op diens randapparatuur te weigeren. De wijze waarop dit recht van weigering wordt aangeboden, dient zo gebruikersvriendelijk mogelijk te zijn.
120. Wat gebruikersvriendelijk is, bevat in ieder geval een aantal aspecten, zoals uit de toelichting bij het Bude kan worden gelezen. Het op een begrijpelijke wijze presenteren van zowel de informatie als de weigeringsmogelijkheid en ook het aspect kenbaarheid is van belang: men moet weten dat men iets weigert c.q. dat men voor iets toestemming geeft. Uit de toelichting bij artikel 4.1 Bude blijkt dat voorkomen moet worden dat de weigering c.q. toestemming in te impliciete bewoordingen aan abonnee of gebruiker wordt voorgelegd⁵⁷.
121. Het college verwijst in dit verband voor een beschrijving van de verschillende soorten technieken naar hetgeen hij hiervoor heeft opgemerkt.

Botnets

122. Zoals hiervoor reeds besproken, stelt het college vast dat voor de verspreiding van de DollarRevenue-software door partijen gebruik is gemaakt van botnets en dat zij deze manier van verspreiding van de software hebben aangemoedigd. Naast het oordeel van het college dat deze manier van verspreiding van de software in strijd is met artikel 4.1, eerste lid, onder a Bude is het college tevens van mening dat partijen artikel 4.1, eerste lid, onder b, Bude hebben overtreden.
123. De plaatsing van de DollarRevenue-software ging in het geheel buiten het medeweten van abonnees of gebruikers om, dus van een weigeringsmogelijkheid is naar oordeel van het college in het geheel geen sprake. Ook van kenbaarheid is geen sprake: men wist niet dat er software op zijn of haar randapparatuur werd geplaatst, met als gevolg dat men dan ook niets kon weigeren.
124. Het college is dan ook van oordeel dat er geen weigeringsmogelijkheid werd geboden voor het toegang verschaffen dan wel het plaatsen van gegevens op de randapparatuur van de gebruiker of abonnee. Derhalve hebben partijen in strijd met artikel 4.1, eerste lid, onder b, Bude gehandeld.

Exploits

⁵⁷ Stb. 2004, 203, Nota van Toelichting, p. 28.

Besluit OPENBAAR

125. De DollarRevenue-software werd ook via exploits verspreid. Zoals reeds eerder in dit besluit opgemerkt⁵⁸, wordt het gebruik van deze methode voor de verspreiding van software niet door partijen betwist.
126. Het college oordeelt dat deze methode van verspreiding van de software geen weigeringsmogelijkheid biedt aan de gebruikers of abonnees. Bij deze vorm van verspreiding van de software wordt de software via een opening ("lek") in een browser geplaatst, dus buiten medeweten van de gebruiker of abonnee om. Ook in dit geval is er geen sprake van een expliciete weigeringsmogelijkheid. Derhalve is er naar het oordeel van het college sprake van strijd met artikel 4.1, eerste lid, onder b, Bude.

Misleidend of onschuldig ogend bestand

127. Zoals reeds eerder in dit besluit beschreven, constateert het college dat de DollarRevenue-software tevens via misleidende of onschuldig ogende bestanden werd verspreid. Het college is van oordeel dat ook deze manier van verspreiden in strijd is met artikel 4.1, eerste lid, onder b, Bude, ondanks het feit dat er een venster werd getoond bij het openen van het videobestand, waarbij men op "JA" of "NEE" kon klikken. De weigeringsmogelijkheid die hier werd geboden is naar de mening van het college niet (voldoende) expliciet.
128. De manier van tonen van een weigeringsmogelijkheid moet zo gebruiksvriendelijk mogelijk zijn. Echter in het geval van verspreiden van software via de misleidende of onschuldig ogende bestandstypen was het voor de gebruiker of abonnee niet duidelijk wat men op dat moment zou weigeren of accepteren middels de "JA" en "NEE" knoppen. Men was in de veronderstelling dat men op dat moment opdracht gaf een videobestand te downloaden, en niet het misleidende of onschuldig ogende bestand die de DollarRevenue-software bevat. Met andere woorden: er was zelfs geen sprake van een impliciete weigeringsgrond voor de gebruiker of abonnee.
129. Het bovenstaande overwogen hebbende, is het college van oordeel dat bij de wijze van verspreiding via misleidende of onschuldig ogende bestandstypen geen expliciete weigeringsmogelijkheid wordt geboden aan de gebruiker of abonnee en partijen derhalve in strijd hebben gehandeld met artikel 4.1, eerste lid, onder b, Bude.

ActiveX

130. Zoals hiervoor is geconcludeerd door het college, werd er in het geval van installatie via ActiveX op een volgens het college onvoldoende manier informatie getoond over de doeleinden van de plaatsing van de DollarRevenue-software. Daarnaast constateert het college het volgende.

⁵⁸ Zie randnummer 97 van het onderhavige besluit.

Besluit OPENBAAR

131. Het dialoogvenster toont een “JA” en “NEE” knop, maar deze knoppen zijn onderdeel van het besturingssysteem van Microsoft Windows en Internet Explorer. Zoals hiervoor reeds door het college geoordeeld, dient de mogelijkheid om een installatie te weigeren zo gebruiksvriendelijk mogelijk zijn. Het aanbieden van een “NEE”-knop is naar oordeel van het college niet (voldoende) expliciet. Voor de gebruiker of abonnee valt namelijk niet na te gaan waar men “JA” dan wel “NEE” tegen zegt. De informatie in het dialoogvenster is summier: de indruk wordt gewekt dat de software afkomstig is van [A] en ook de doeleinden van de plaatsing zijn onvoldoende duidelijk omschreven.

132. Het college is dan ook van oordeel dat bij de wijze van verspreiding via ActiveX geen of een onvoldoende expliciete weigeringsmogelijkheid werd geboden aan de gebruiker of abonnee. Derhalve hebben partijen in strijd met artikel 4.1, eerste lid, onder b, Bude gehandeld.

Conclusie t.a.v. overtreding van artikel 4.1, eerste lid, onder b, Bude (overtreding 2)

133. Het college is van oordeel, het bovenstaande in acht nemende, dat het verkrijgen van toegang dan wel het opslaan van gegevens via de DollarRevenue-software met behulp van .exe-bestanden en ActiveX bestanden, in strijd is met artikel 4.1, eerste lid, onder b, Bude. In de gevallen van het verkrijgen van toegang dan wel het opslaan van gegevens via botnets en exploits is in het geheel geen sprake van een weigeringsmogelijkheid.

134. In de gevallen van het verkrijgen van toegang dan wel het opslaan van gegevens via misleidende bestandstypen en ActiveX bestanden wordt er wel een weigeringsmogelijkheid geboden aan de gebruiker of abonnee, maar deze weigeringsmogelijkheid is naar oordeel van het college niet (voldoende) expliciet.

8 Boete

8.1 Boetebeleidsregels OPTA

135. Artikel 15.4, vierde lid, Tw bepaalt dat het college in het geval van overtreding van de bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, Tw bedoelde voorschriften, waaronder een overtreding van artikel 4.1 Bude, de overtreder een boete kan opleggen van ten hoogste € 450.000. 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 mate waarin de overtreder daarvan een verwijt kan worden gemaakt.

136. 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 partijen om mee te werken aan het beëindigen van de overtreding en het behaalde voordeel. Bij iedere boetebeslissing moet worden afgewogen hoe hoog de

Besluit OPENBAAR

boete in dat concrete geval moet zijn.

137. De hoogte van de boete dient, behalve te worden afgestemd op de concrete 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 weerhoudt van nieuwe overtredingen (speciale preventie) en ook in algemene termen een afschrikkende werking heeft (generale preventie).
138. 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 de omgevingsfactoren kan dat ook de naast hogere (zeer ernstig) of lagere (minder ernstig) kwalificatie zijn.
139. 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. 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 Zwaarte van de overtredingen

140. Bij de bepaling van de zwaarte van de overtredingen⁵⁹ strekken de doelstellingen van de Telecommunicatiewet, te weten het bevorderen van concurrentie, de ontwikkeling van de interne markt en het bevorderen van de belangen van eindgebruikers, tot uitgangspunt. Aan de hand van deze doelstellingen zijn de mogelijke overtredingen in abstracto in drie categorieën te verdelen: zeer zware, zware en minder zware overtredingen. Wat betreft de overtreding van artikel 4.1 Bude overweegt het college in dit verband het volgende.
141. Artikel 4.1 Bude beoogt het veilig gebruik van internet te bevorderen en de privacy van de internetgebruiker te beschermen. Het artikel strekt er immers toe om abonnees en gebruikers te beschermen tegen ongewenste software op hun computers. Iedere installatie op zichzelf van ongevraagde software is te beschouwen als een inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de betreffende abonnee of gebruiker en ondermijnt het vertrouwen van de eindgebruiker in het internet.

⁵⁹ Zie paragraaf 3 van de Boetebeleidsregels OPTA.

Besluit OPENBAAR

142. Overtreding 1 en 2 zijn aangemerkt als overtreding van de verplichtingen die strekken tot bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer, door het college in de Boetebeleidsregels als minder zware overtredingen aangemerkt. Het gaat hierbij om overtredingen van verplichtingen waarbij in het algemeen de concurrentie in beperkte mate wordt belemmerd of de belangen van eindgebruikers in beperkte mate worden geschaad.

8.3 Ernst van de overtredingen

143. Bij het bepalen van de ernst van de overtreding houdt het college, naast de hiervoor vastgestelde zwaarte van de overtreding, zo veel mogelijk rekening met de economische context en de bijzondere omstandigheden waarin de overtreding heeft plaatsgevonden. Onder verwijzing naar hetgeen het college hiervoor reeds heeft opgemerkt overweegt hij het volgende.
144. De ernst van de overtreding wordt mede bepaald door het nadeel als gevolg van de overtredingen bij diegenen die de betrokken bepaling beoogt te beschermen en het door partijen behaalde voordeel bij de overtredingen. Het college overweegt dat de nadelen van de overtredingen die in dit geval zijn begaan voor gebruikers en abonnees moeilijk kwantitatief zijn uit te drukken. Wel is het college van oordeel dat door het plaatsen van de software gebruikers en abonnees veel overlast, hinder en (immateriële) schade hebben ondervonden. Het plaatsen van software door een derde, zonder toestemming, en het doorgeven van informatie over de websites die internetgebruikers bezoeken zonder dat zij daarvan op de hoogte zijn, worden als een ernstige inbreuk op de privacy van gebruikers en abonnees ervaren.
145. Voorts overweegt het college dat (illegale) verspreiding van ongevraagde software⁶⁰ ten behoeve van commerciële doeleinden of anderszins een groot en nog immer groeiend internationaal maatschappelijk probleem is. Dat blijkt onder meer uit het volgende:
- Wereldwijd wordt een aanzienlijk deel van alle capaciteit voor elektronische communicatie (servers, kabels, etc.) in beslag genomen door de verspreiding en opslag van ongevraagde software. Dat dient als een enorm (technisch en financieel) verlies te worden aangemerkt;
 - Ter bestrijding van ongevraagde software worden enorme kosten gemaakt voor de ontwikkeling en bouw van filters dan wel andere preventieve maatregelen. Dat is een onnodig grote kostenpost;
 - Een belangrijk negatief neveneffect is dat door de verspreiding en opslag van ongevraagde software (eind)gebruikers hun vertrouwen in internet, e-mail en andere vormen van elektronische communicatie verliezen. Daardoor wordt het medium internet,

⁶⁰ De software van DollarRevenue wordt door gerenommeerde makers van antivirussoftware als McAfee, Norton en Sophos omschreven als reclamesoftware of spionagesoftware. Dergelijke (ongewenste) software wordt ook spyware, adware of malware genoemd. Zie randnummer 18 van het boeterapport.

Besluit OPENBAAR

naar het oordeel van het college, voor veel gebruikers minder aantrekkelijk. Ten algemene geldt immers dat door de verspreiding van ongevraagde software de werking van elektronische communicatiemarkten en hun imago onder eindgebruikers worden aangetast. Dit kan veel schade berokkenen voor de verdere ontwikkeling van de markt;

- Het simpelweg wegklikken of verwijderen van ongevraagde software, voor zover al mogelijk en al dan niet met gebruikmaking van deskundige hulp, kost -wereldwijd- miljarden Euro's;
- Ongevraagde software is bovendien vaak gelieerd aan, of faciliterend voor, andere vormen van ongeoorloofde handelspraktijken of fraude (cybercrime).

Dit zijn de belangrijkste redenen waarom het college de illegale verspreiding van ongevraagde software zoals in casu bijzonder schadelijk en ernstig acht.

146. Het behaalde voordeel is in zoverre vast te stellen dat partijen in een jaar tijd zeer hoge verdiensten hebben behaald uit de plaatsing van de DollarRevenue-software. Uit spreadsheets⁶¹ die zijn gevonden op de computer van [X] blijkt dat de winst exclusief BTW over de hele periode waarin de overtreding heeft plaatsgevonden € 1.140.174 bedroeg. Deze winst is vervolgens verdeeld tussen [X] en [Y] op de volgende manier: [X] heeft € [...] exclusief BTW ontvangen en [Y] € [...] exclusief BTW. Dit is door partijen niet weersproken.
147. De ernst van de overtreding wordt verder mede bepaald door de mate waarin de overtredingen de belangen van eindgebruikers *feitelijk* hebben geschaad. Het college overweegt dat de feitelijke schade aan de belangen van de eindgebruikers als gevolg van de overtredingen moeilijk is vast te stellen. Bekend is dat de DollarRevenue-software op meer dan 22 miljoen computers is geplaatst, met een gemiddelde van 60.000 installaties per dag⁶². Gebleken is dat in totaal via de linkbestanden ongeveer 450 miljoen programmabestanden werden geplaatst⁶³.
148. Dat de software bijzonder hinderlijk en ergerlijk was, blijkt ook uit het feit dat op internet honderden klachten zijn geplaatst over de DollarRevenue-software. Veel van deze klachten worden veroorzaakt door het feit dat internetgebruikers niet weten hoe en wanneer de software op hun randapparatuur is geplaatst. Daarnaast wordt geklaagd dat deze software alleen met behulp van deskundige hulp is te verwijderen. De DollarRevenue-software bevatte geen uninstaller waarmee de gebruiker de software relatief eenvoudig van zijn computer kon verwijderen.

⁶¹ DR Werkplek [X] wit_searched3 c:\Documents and Settings\Eigenaar.GEBRUIKE-9IONZP\Bureaublad\DollarRevenue Stats en logins.xls

⁶² Zie bijlage nummer 044 van het boeterapport. N.B.: Via EnCase is een image gemaakt van de harde schijf (serienummer 5MR4DMJD) van de server aangeduid met [A]03 (aangetroffen in de server ruimte van Web3 te Maastricht). De hashwaarde over de gehele image is 54C2D9EA81E6C1631D83CED610AA3AFA. Vanaf de image is het databasebestand C:\Program Files\Microsoft SQL Server\MSSQL\Data\dollarrevenue.mdf geëxporteerd via EnCase. Het databasebestand is ingeladen in Microsoft SQL Server 2005 Express Edition (versie 9.0.1399) en hierop zijn queries gedraaid met Microsoft SQL Server Management Studio Express (versie 9.00.2047.00) om de data uit de database te halen. Deze data is gebruikt om een grafisch overzicht te maken van de hoeveelheid installaties door middel van een Excel grafiek.

⁶³ Zie: verslag van het onderzoek naar het installatieproces van de DollarRevenue-software, randnummer 113.

Besluit OPENBAAR

149. Op grond van vorenstaande stelt het college vast dat een zeer groot aantal gebruikers is geconfronteerd met hinderlijke reclame en met de software van DollarRevenue die zonder deskundige hulp niet of moeilijk was te verwijderen van de computer van de gebruiker of abonnee, wat door het college als ernstig wordt beschouwd.
150. Het college constateert tevens dat DollarRevenue lang in de top 10 van verspreiders van spionagesoftware heeft gestaan.⁶⁴ Zoals reeds eerder aangehaald in dit besluit zijn in de media negatieve berichten verschenen over de DollarRevenue-software en is er ook een reeks klachten binnen gekomen bij partijen zelf. Hier werd echter niets mee gedaan. Partijen gingen op dezelfde voet verder zoals zij reeds deden.
151. Voorts overweegt het college dat de ernst van de overtredingen mede wordt bepaald door de aard van het betrokken product, in casu de DollarRevenue-software. De software bezorgde veel overlast, irritatie en schade bij de gebruikers en abonnees. Er bleek geen mogelijkheid te zijn de software te stoppen of te verwijderen, de software legde een zeer grote capaciteit op de computers. Naar het oordeel van het college is het in casu niet aannemelijk dat partijen de intentie hadden een reële weigeringsmogelijkheid te bieden aan gebruikers en abonnees. Partijen probeerden immers de software onzichtbaar te maken voor anti-virus en anti-spywareprogramma's.
152. Het bovenstaande in acht nemende concludeert het college dat er, gelet op de aard van de overtredingen alsmede de specifieke omstandigheden waarin deze hebben plaatsgevonden, sprake is van ernstige overtredingen. Dit indiceert volgens de Boetebeleidsregels een boete van maximaal € 300.000 per overtreding⁶⁵.

8.4 Overtreders

153. Zoals hiervoor overwogen⁶⁶ wordt "een ieder", dat wil zeggen iedere natuurlijk persoon of rechtspersoon, die een overtreding van artikel 4.1 Bude begaat als overtreder in de zin van artikel 15.4, vierde lid, Tw aangemerkt⁶⁷.
154. De gedragingen van [A], [B] en [C] alsmede van hun directeuren/bestuurders [Y] en [X] zoals hierboven omschreven⁶⁸ zijn aan te merken als meervoudige overtredingen van artikel

⁶⁴ Volgens Sunbelt Software. Zie 026 e.v. van het dossier van het boeterapport.

⁶⁵ Zie paragraaf 4 van de Boetebeleidsregels OPTA.

⁶⁶ Zie randnummers 75-85 van het onderhavige besluit.

⁶⁷ Daarnaast geldt dat niet alleen aan degene die zelf een overtreding heeft begaan een boete worden kan opgelegd, maar ook degenen met wie gezamenlijk ("in vereniging") de overtreding is gepleegd. Dit wordt in het strafrecht (en in artikel 5.0.1 Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht; Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nrs. 1-2) ook wel medeplegen genoemd. Bij medeplegen moet in elk geval sprake zijn geweest van een bewuste samenwerking. Dit houdt in dat de medeplegers willens en wetens samenwerken tot het verrichten van een beboetbaar feit. Uitdrukkelijke en vooraf gemaakte afspraken zijn niet vereist. Ook stilzwijgende samenwerking kan medeplegen opleveren (een wederzijds begripen wordt voldoende geacht). Tevens moet er sprake zijn van een gezamenlijke uitvoering, waarbij het niet nodig is dat de medeplegers eigenhandig aan de uitvoering hebben deelgenomen. Deze gezamenlijke uitvoering houdt overigens niet in dat er sprake moet zijn van lijfelijke aanwezigheid van de medeplegers. In casu is aan deze voorwaarden voldaan.

⁶⁸ Zie randnummers 159 tot en met 181 van het boeterapport.

Besluit OPENBAAR

4.1, eerste lid, aanhef en onder a, Bude en van artikel 4.1, eerste lid, aanhef en onder b, Bude.

155. Als overtreders van artikel 4.1, eerste lid, aanhef en onder a, Bude alsmede van artikel 4.1, eerste lid, aanhef en onder b, Bude worden in casu door het college aangemerkt:

- de rechtspersonen [A], [B] en [C], alsmede
- de natuurlijk personen [Y] en [X].

Het college overweegt hieromtrent het volgende.

De rechtspersonen als overtreders

156. Hierboven is vastgesteld dat bij de plaatsing van software onder de naam van DollarRevenue artikel 4.1 Bude meerdere malen is overtreden.

157. Bij het samenwerkingsverband DollarRevenue is op basis van gelijkwaardigheid een aantal ondernemingen betrokken die gedreven worden door de rechtspersonen [A], [B] en [C].

158. Voorts kan worden vastgesteld dat de werkzaamheden in het kader van DollarRevenue zijn verricht door werknemers (daaronder begrepen de directeuren/bestuurders) van de drie genoemde rechtspersonen. Uit het boeterapport blijkt verder dat die gedragingen plaats vonden onder verantwoordelijkheid van de drie rechtspersonen en onderdeel uitmaakten van de bedrijfsvoering. In het boeterapport is verder nog uiteengezet welke gedragingen door welke rechtspersoon zijn verricht.⁶⁹

159. Deze gedragingen zijn het resultaat van een vaste praktijk die voortvloeit uit welbewuste keuzes in het ondernemingsbeleid van de genoemde rechtspersonen en die van hun ondernemingen ten aanzien van DollarRevenue.

160. De feiten en de gedragingen zoals beschreven in het boeterapport zijn door [Y] en [X] met zo veel woorden in de door hun afgelegde verklaringen erkend dan wel niet of onvoldoende weersproken.

161. Het college concludeert op grond van vorenstaande dat de drie rechtspersonen dienen te worden aangemerkt als overtreders, dat wil zeggen als pleger, althans medepleger, van de genoemde overtredingen.

De natuurlijke personen als overtreders

162. Het college stelt vast dat ook de directeuren/bestuurders van de rechtspersonen als natuurlijke personen ieder voor zich als overtreders van artikel 4.1 Bude dienen te worden aangemerkt. Immers, deze directeuren/bestuurders functioneerden als feitelijk

⁶⁹ De activiteiten van de betrokken rechtspersonen zijn af te leiden uit (onder meer) de verklaringen van de betrokken directeuren/bestuurders en een van hun werknemers en stukken waarin toezichthoudend ambtenaren inzage in hebben gevorderd. Zie randnummer 158 e.v. van het boeterapport.

Besluit OPENBAAR

leidinggeevenden⁷⁰ van [A] ([Y]), [B] en [C] (beiden [X]) en hebben derhalve zelf als directeuren/bestuurders feitelijk leiding gegeven aan de gedragingen die in artikel 4.1 Bude worden gesanctioneerd en worden derhalve als overtreder aangemerkt.

163. [Y] en [X] hadden als directeuren/bestuurders van de rechtspersonen zeer regelmatig overleg en nauw contact over de activiteiten van DollarRevenue. Het betrof zowel strategische beslissingen als de dagelijkse werkzaamheden ten aanzien van DollarRevenue. In de praktijk functioneerde het samenwerkingsverband in nauw onderling overleg en op basis van gelijkwaardigheid waarbij [Y] meer de eindverantwoordelijkheid droeg⁷¹ en [X] de dagelijkse leiding had. Meer in het bijzonder overweegt het college ten aanzien van beide directeuren/bestuurders het volgende.
164. [X] is enig directeur/bestuurder en dus feitelijk leidinggevende van de rechtspersonen [B] en [C]. De hiervoor genoemde gedragingen die als overtreding van artikel 4.1 Bude worden aangemerkt, zijn geschied terwijl het in de macht van [X] lag om een einde te maken aan deze gedragingen. Immers, [X] was (enig) directeur/bestuurder en tevens (enig) aandeelhouder van genoemde rechtspersonen.⁷² Hij nam persoonlijk alle relevante beslissingen binnen deze rechtspersonen over de dagelijkse bedrijfsvoering.
165. Er was dus sprake van concrete beschikkingsmacht bij [X] over de overtredingen die door [B] en [C] zijn gepleegd, zodat ook [X] zelf in zijn hoedanigheid van directeur/bestuurder en (mede)eigenaar als overtreder dient te worden aangemerkt.⁷³
166. Voorts blijkt uit geconstateerde feiten dat [X] ook persoonlijk verantwoordelijk is voor de plaatsing van de DollarRevenue-software in strijd met artikel 4.1 Bude. Specifiek gaat het om de in het boeterapport opgesomde gedragingen die [X] daadwerkelijk zelf bepaalde en verrichtte. [X] heeft in zijn verklaringen bevestigd dat hij deze gedragingen heeft verricht.⁷⁴
167. Op grond van bovenstaande concludeert het college dat [X] als natuurlijk persoon, al dan niet in zijn hoedanigheid van feitelijk leidinggevende, genoemde overtredingen heeft

⁷⁰ Zie Rechtbank Rotterdam, 15 juli 2002, AB 2003/343, m.nt. OJ. 'Evenals in het strafrecht is uitgangspunt dat de bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd aan degene die de overtreding pleegt. Dit kan zijn degene die door zijn fysieke handelingen de bestanddelen van het delict vervult. Uit het IJzerdraadarrest (HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378), alsmede het Slavenburgarrest (HR 16 december 1986, NJ 1987, 321) volgt echter dat een strafbaar feit ook gepleegd kan worden door de zogenaamde functionele dader. Dat wil zeggen dat de fysieke handelingen die de overtreding opleveren in de machtssfeer van de functionele dader lagen en dat de functionele dader deze handelingen heeft aanvaard of in het algemeen placht te aanvaarden, waarbij van dit laatste reeds sprake is indien de functionele dader is tekortgeschoten in hetgeen redelijkerwijs van hem mocht worden verwacht om wederrechtelijke gedragingen te voorkomen.'

Zie ook artikel 5.0.1., derde lid, wetsvoorstel vierde tranche Awb: 'Indien een overtreding is gepleegd door een rechtspersoon, kan de bestuurlijke sanctie daarnaast of in plaats daarvan ook worden opgelegd aan degenen die tot de overtreding opdracht hebben gegeven of daaraan feitelijk leiding hebben gegeven. Zulks wordt, naar analogie van artikel 51 WvSr, in de bestuursrechtelijke jurisprudentie reeds aanvaard.' (Kamerstukken 2003-2004, 29702, nr. 3, p. 81).

⁷¹ [Y] heeft verklaard dat hij zich intensief op de hoogte hield van de gang van zaken rondom DollarRevenue door wekelijks overleg te voeren en feitelijk de "eindverantwoordelijkheid" te dragen. Zie randnummer 19 van het boeterapport.

⁷² Zie randnummer 192 e.v. van het boeterapport.

⁷³ In geval van een kleiner bedrijf (eenmanszaak of enig directeur/bestuurder) kan in het algemeen betrekkelijk snel worden aangenomen dat aan de criteria van beschikking en aanvaarding is voldaan indien de directeur/bestuurder actief bij de bedrijfsvoering is betrokken.

⁷⁴ Zie randnummer 197 van het boeterapport.

Besluit OPENBAAR

gepleegd dan wel heeft medegepleegd.

168. Als enig directeur/bestuurder van [A], de houder van de handelsnaam DollarRevenue, hield [Y] zich intensief op de hoogte van de bedrijfsvoering en had hij het laatste woord als het ging om het bedrijfsbeleid.⁷⁵ De e-mailberichten die op zijn laptop zijn aangetroffen, bevestigen dat hij zich bezighield met het beleid rondom DollarRevenue. Aangezien [Y] het bedrijfsbeleid (mede) uitvoerde én bepaalde, was hij niet alleen op de hoogte, maar ook verantwoordelijk voor de activiteiten van DollarRevenue.
169. [Y] is als enig directeur/bestuurder feitelijk leidinggevende van de rechtspersoon [A]. De hiervoor vastgestelde overtredingen van artikel 4.1 Bude, zijn geschied terwijl het in de macht van [Y] lag om een einde te maken aan deze gedragingen. Er is dus sprake van concrete beschikkingsmacht bij [Y] over de overtredingen die zijn gepleegd, zodat ook [Y] zelf in zijn hoedanigheid van directeur/bestuurder en eigenaar als overtreder dient te worden aangemerkt.
170. Voorts blijkt uit geconstateerde feiten dat [Y] ook persoonlijk verantwoordelijk is voor bepaalde werkzaamheden in het kader van DollarRevenue in strijd met artikel 4.1 Bude. Specifiek gaat het om de in het boeterapport opgesomde gedragingen die [Y] daadwerkelijk zelf bepaalde en verrichtte. [Y] heeft tijdens diverse gesprekken bevestigd dat hij deze gedragingen verrichtte.⁷⁶
171. Op grond van bovenstaande concludeert het college dat [Y] als natuurlijk persoon, al dan niet in zijn hoedanigheid van feitelijk leidinggevende, genoemde overtredingen heeft gepleegd dan wel heeft medegepleegd.

Conclusie ten aanzien van de overtreders

172. Het college concludeert dat de drie rechtspersonen [A], [B] en [C], al dan niet tezamen, meerdere malen artikel 4.1, eerste lid, aanhef en onder a, Bude en artikel 4.1, eerste lid, aanhef en onder b, Bude hebben overtreden en dat zij dienen te worden aangemerkt als overtreders, dat wil zeggen als pleger, althans medepleger, van de genoemde overtredingen, waarvoor een boete kan worden opgelegd.
173. Het college concludeert tevens dat de directeurs/bestuurders van de drie rechtspersonen, [X] en [Y], als natuurlijke personen, al dan niet tezamen, meerdere malen artikel 4.1, eerste lid, aanhef en onder a, Bude en artikel 4.1, eerste lid, aanhef en onder b, Bude hebben overtreden en dat zij dienen te worden aangemerkt als overtreders, dat wil zeggen als pleger, althans medepleger, van de genoemde overtredingen, waarvoor een boete kan worden opgelegd.

⁷⁵ Zie randnummer 199 van het boeterapport.

⁷⁶ Zie randnummer 205 van het boeterapport.

Besluit OPENBAAR

174. Daarnaast zijn [X] en [Y] als feitelijk leidinggevenden van de door de rechtspersonen gedreven ondernemingen aansprakelijk voor de onrechtmatige gedragingen die onder hun leiding hebben plaatsgevonden en kan hen ook in die hoedanigheid een boete worden opgelegd.

8.5 Duur van de overtredingen, verwijtbaarheid en vaststelling hoogte van de boete

Duur van de overtredingen

175. Het college constateert dat de DollarRevenue-software door partijen van oktober 2005 tot en met 15 november 2006 is verspreid. Dit blijkt uit diverse verklaringen van de heren [X] en [Y], e-mail en chatberichten en de financiële administratie inzake DollarRevenue en wordt doorpartijen niet weersproken.
176. Het college concludeert dat de overtredingen van artikel 4.1 Bude in de periode oktober 2005 tot en met 15 november 2006 hebben plaatsgevonden. De overtredingen hebben een jaar geduurd, wat naar het oordeel van het college een lange periode is voor het continueren van deze overtredingen.

Verwijtbaarheid van de overtreders

177. Uit de chatlogs, e-mailcommunicatie⁷⁷ en de afgelegde verklaringen van partijen blijkt dat [A], [B], [C] alsmede hun directeuren/bestuurders [Y] en [X] de overtredingen bewust, zo niet willens en wetens, hebben begaan. Vooral met financieel oogmerk hebben zij artikel 4.1 Bude vele malen overtreden. Aangezien [Y] heeft verklaard dat hij wekelijks met [X] overlegde en (mede) verantwoordelijk was voor het bedrijfsbeleid van DollarRevenue, moeten alle partijen van deze gang van zaken op de hoogte zijn geweest.
178. Dat partijen er welbewust op uit waren om de wet te overtreden, blijkt onder meer uit het feit dat [X] affiliates zocht die het niet nauw namen met de regels, zoals veroordeelde hackers. Zo informeerde [X] zich via een artikel in <www.webwereld.nl> over een veroordeelde cybercrimineel⁷⁸. Op 1 december 2005 sloot DollarRevenue een overeenkomst met hem voor de verspreiding van de DollarRevenue-software via botnets.⁷⁹ Toen op internet werd gepubliceerd over een bende Russische verspreiders van spyware, IframeDollars⁸⁰, zocht [X] kort daarna contact met hen. Zelfs toen duidelijk werd dat IframeDollars de software van DollarRevenue met virussen verspreidde, bleven partijen zaken doen met IframeDollars. IframeDollars werd de grootste zakenpartner van DollarRevenue met 2,5 miljoen installaties.
179. In de e-mailbox van DollarRevenue zijn tientallen klachten binnengekomen. Dit is op

⁷⁷ Dat partijen zich er terdege van bewust waren dat zij in strijd met de wet handelden maakt de selectie van de chatlogs en e-mailberichten in het boeterapport duidelijk. Zie randnummers 225-243 van het boeterapport.

⁷⁸ Zo blijkt uit een attachment bij een e-mailbericht in de inbox [...]@dollarrevenue.com. PC [X] (wit)\C\Documents and Settings\Eigenaar.GEBRUIKE-9I0NZP\Local Settings\Application Data\Identities\{D740109C-64B6-4C40-8F7C-0641B5280FFF}\Microsoft\Outlook Express\=== DollarRevenue ===.dbx\DBX Volume\180solutions

⁷⁹ DR Werkplek [X] Zwart\Disk Image\D\Program Files\Trillian\users\default\logs\MSN\Query\[...].log

⁸⁰ <<http://www.webwereld.be/articles/35724/bedrijf-betaalt-zes-cent-per-besmette-pc.html>>

Besluit OPENBAAR

zichzelf genomen al opmerkelijk, omdat internetgebruikers zich veel moeite moeten getroosten om erachter te komen dat de software op hun computer door DollarRevenue werd geplaatst. In de klachten maakten internetgebruikers er steeds melding van dat er op hun computer software van DollarRevenue was geplaatst zonder dat zij daarvan op de hoogte waren. Kennelijk is deze wetenschap geen reden geweest voor DollarRevenue om een onderzoek in te stellen of haar praktijk te wijzigen.⁸¹ Zelfs (meerdere) meldingen van zakelijke relaties van DollarRevenue wier computers besmet raakten met de software van DollarRevenue en die er niet in slaagden deze te verwijderen, maakten kennelijk geen indruk.⁸²

180. Ook media-aandacht, zoals een bericht over een rapport waaruit blijkt dat Nederland zeven procent van de spyware in de wereld verspreidt en een bericht dat DollarRevenue in de top-10 van meest verspreide malware staat, bracht partijen kennelijk niet op andere gedachten.⁸³
181. Dat partijen zich ervan bewust waren dat zij de wet overtraden, blijkt mede uit de maatregelen die zij namen om zoveel mogelijk anoniem te blijven. Zo is er op de website van DollarRevenue geen informatie te vinden die tot partijen herleidbaar is. Correspondentie met derden wordt steevast door [X] ondertekend met het pseudoniem "Mike Friedman".⁸⁴
182. Ook aanbieders van hostingdiensten (schijfruimte die aan het internet gekoppeld is) meldden bij DollarRevenue dat er klachten over ongevroegde software binnenkwamen. Ook deze klachten waren kennelijk geen reden om de bedrijfsvoering aan te passen. [X] ging juist actief op zoek naar aanbieders waarvan hij zeker wist dat deze zulke klachten negeerden.⁸⁵
183. De overtredingen kunnen zonder meer en in gelijke mate aan partijen worden toegerekend. De overtredingen waren het resultaat van een vaste praktijk die voortvloeide uit welbewuste keuzes in het bedrijfsbeleid van partijen. Het college constateert voorts dat alle partijen en hun ondernemingen betrokken waren bij DollarRevenue, dat zij tezamen hebben gehandeld, in nauw onderling overleg en dat de samenwerking gelijkwaardig was.
184. Het college concludeert dat de overtredingen verwijtbaar zijn en volledig aan [A], [B], [C] alsmede hun directeurs/bestuurders [Y] en [X] toe te rekenen zijn.

Vaststelling van de hoogte van de boetes.

185. Het college stelt vast dat er sprake is van een zeer groot aantal overtredingen⁸⁶ van

⁸¹ Zie voetnoot 206 van het boeterapport.

⁸² Zie voetnoot 207 van het boeterapport.

⁸³ Zie voetnoot 209 van het boeterapport.

⁸⁴ Zie bijvoorbeeld PC [X] (wit)\C\Documents and Settings\Eigenaar.GEBRUIKE-9I0NZP\Local Settings\Application Data\Identities\{D740109C-64B6-4C40-8F7C-0641B5280FFF}\Microsoft\Outlook Express\=== DollarRevenue ===.dbx\DBX Volume\RE: Details

⁸⁵ Zie ook: - PC [X] (wit)\C\Documents and Settings\Eigenaar.GEBRUIKE-9I0NZP\Local Settings\Application Data\Identities\{D740109C-64B6-4C40-8F7C-0641B5280FFF}\Microsoft\Outlook Express\=== DollarRevenue ===.dbx\DBX Volume\BANNERS EN AVVISS

⁸⁶ In totaal werden op 22 miljoen computers ongeveer 450 miljoen programmabestanden geplaatst waardoor partijen even zoveel keer beide elementen van het eerste lid, onder a en b, van artikel 4.1 Bude hebben overtreden.

Besluit OPENBAAR

artikel 4.1, eerste lid, aanhef en onder a, Bude en van artikel 4.1, eerste lid, aanhef en onder b, Bude die als ernstig moeten worden aangemerkt. De overtredingen hebben voorts lang geduurd. Er is geen enkele reden waarom de overtreders van de overtredingen geen verwijt kan worden gemaakt of waarom de overtredingen anderszins niet aan de overtreders zouden kunnen worden toegerekend.

186. Het college kan - 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 overtredingen⁸⁷. 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 overtreding. Met toepassing van dit uitgangspunt heeft het college per overtreder een op te leggen boete voor het geheel van de overtredingen vastgesteld.
187. 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.⁸⁸ De boetes dienen in elk geval zo hoog te zijn dat zij partijen van volgende overtredingen weerhouden en potentiële overtreders afschrikken (speciale en generale preventie). Het college hanteert daarbij in beginsel het uitgangspunt dat overtredingen de overtreders geen financieel of ander voordeel op mogen leveren.
188. 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 in het bovenste deel van de bandbreedte van de boetecategorie ligt, waarmee tot uitdrukking komt dat er sprake is van ernstige en lang durende overtredingen. De bandbreedte van de boetecategorie bestrijkt € 0 tot maximaal € 300.000. In het licht van het voorgaande acht het college in het onderhavige geval een boete van € 200.000 per overtreder passend.
189. Het college ziet ten aanzien van [C], [B] en [X] voorts aanleiding voor het in aanmerking nemen van de volgende boeteverhogende omstandigheden⁸⁹. Van groot gewicht acht het college de omstandigheid dat door de verboden gedraging een aanzienlijk voordeel is verkregen⁹⁰. Het college beoogt met de op te leggen boetes en met inachtneming van de boetebeleidsregels het wederrechtelijk genoten voordeel zo veel mogelijk weg te nemen. Weliswaar kunnen partijen in gelijke mate verantwoordelijk worden gehouden voor de overtredingen, dat neemt niet weg dat [C], [B] en [X] een aanzienlijk hogere winst met de overtredingen hebben behaald dan [A] en [Y]⁹¹. Het college heeft gemeend aan dit gegeven als boeteverhogende omstandigheid uitdrukkelijk uiting te moeten geven in een verhoging van

⁸⁷ 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).

⁸⁸ Zie artikel 3:4, tweede lid, Awb.

⁸⁹ Zie paragraaf 6.2 van de Boetebeleidsregels.

⁹⁰ De winst exclusief BTW over de hele periode waarin de overtreding heeft plaatsgevonden bedroeg € 1.140.174.

⁹¹ Zie randnummer 146 van het onderhavige besluit.

Besluit OPENBAAR

de boetes voor [C], [B] en [X] tot € 300.000.

190. Naar het oordeel van het college voldoet de hoogte van de boetes aan de eis dat de nadelige gevolgen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen, waaronder de beoogde preventieve werking. Het feit dat [Y] en [X] als natuurlijk persoon een boete krijgen opgelegd, heeft het college in zijn afwegingen betrokken. Naar het oordeel van het college voldoet de hoogte van de boetes ook voor hen aan de hiervoor genoemde eis, gelet op de beleidsbepalende, leidinggevende rol en de zeer nauwe betrokkenheid van [Y] en [X] bij de dagelijkse gang van zaken in het kader van DollarRevenue alsmede het met de overtredingen door hen behaalde (persoonlijk) financiële voordeel.

191. De voorgaande bevindingen hebben geleid tot vaststelling van een aantal overtredingen waarvoor, met inachtneming van de ernst en de duur van de overtreding, de verwijtbaarheid van de overtreders en het met de overtredingen behaalde voordeel, in totaal een bedrag van € 1.000.000 aan boetes wordt opgelegd, bestaande uit:

- Een boete van € 200.000 opgelegd aan [A];
- Een boete van € 300.000 opgelegd aan [C] en [B] gezamenlijk;
- Een boete van € 300.000 aan [X];
- Een boete van € 200.000 aan [Y].

De boetes worden opgelegd voor meervoudige overtredingen van artikel 4.1, eerste lid, aanhef en onder a, Bude en van artikel 4.1, eerste lid, aanhef en onder b, Bude gedurende de periode oktober 2005 tot 15 november 2006.

192. Het college merkt in dezen nog het volgende op. [B] en [C] krijgen in casu gezamenlijk één boete opgelegd waarvoor zij hoofdelijk aansprakelijk zijn omdat de (onrechtmatige) activiteiten van beide rechtspersonen en die van hun ondernemingen ten aanzien van DollarRevenue moeilijk te scheiden zijn. Daarbij komt dat [X] als directeur/bestuurder en feitelijke leidinggevende van zowel [B] als [C] zeer nauw bij de dagelijkse werkzaamheden van beide rechtspersonen en hun ondernemingen betrokken is geweest en daarvoor ook één boete krijgt opgelegd.

9 Besluit

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

- a) stelt vast dat de gedragingen van [A], [C], [B], [X] en [Y], zoals beschreven in het onderhavige besluit, overtredingen vormen van artikel 4.1, eerste lid, aanhef en onder a, Bude en van artikel 4.1, eerste lid, aanhef en onder b, Bude. De gedragingen die als overtredingen kwalificeren bestaan er uit dat partijen gedurende de periode oktober 2005 tot 15 november 2006 onder de naam DollarRevenue via het internet toegang hebben

Besluit OPENBAAR

verkregen tot (software)gegevens op de computers van eindgebruikers dan wel (software)gegevens hebben opgeslagen op de computers van eindgebruikers zonder daaraan voorafgaand de gebruikers van de betreffende computers:

- op een duidelijke en nauwkeurige wijze te informeren omtrent de doeleinden waarvoor partijen toegang wensten te verkrijgen tot de desbetreffende (software)gegevens dan wel waarvoor partijen (software)gegevens wensten op te slaan (overtreding 1), en
- op voldoende kenbare wijze gelegenheid te bieden de desbetreffende handeling te weigeren (overtreding 2);

b) stelt vast dat de onder a) bedoelde overtredingen zijn begaan door [A], [C], [B], [X] en [Y];

c) rekent de onder a) bedoelde overtredingen toe aan de rechtspersoon [A], statutair gevestigd te [...], de rechtspersoon [C], statutair gevestigd te [...], de rechtspersoon [B], statutair gevestigd te [...], de natuurlijk persoon [X] en de natuurlijk persoon [Y];

d) legt wegens het onder a) bedoelde geheel van overtredingen aan:

- de rechtspersoon [A], statutair gevestigd te [...], een boete op van € 200.000;
- rechtspersoon [C], statutair gevestigd te [...], en de rechtspersoon [B], statutair gevestigd te [...], gezamenlijk een boete op van € 300.000;
- de natuurlijk persoon [X] een boete op van € 300.000, en
- de natuurlijk persoon [Y] een boete op van € 200.000.

194. Deze beschikking is gericht tot de rechtspersoon [A], statutair gevestigd te [...], de rechtspersoon [C], statutair gevestigd te [...], de rechtspersoon [B], statutair gevestigd te [...], de natuurlijk persoon [X] en de natuurlijk persoon [Y].

195. De hierboven in randnummer 193 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 Tw, tweede lid, Tw, deze boetes vermeerderd met de wettelijke rente.

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

w.g.
mr. C.A. Fontejn

Besluit OPENBAAR

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.