

## **Besluit OPENBAAR**

**Ons kenmerk:** OPTA/ACNB/2008/202447

**Zaaknummer:** 08.0225.37

**Datum:** 03-11-2008

**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 overtreding van artikel 4.1, eerste lid, van het Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen (verbod op verspreiding en plaatsing van ongevraagde software)**

### **1 Samenvatting**

1. Dit besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) is gebaseerd op artikel 15.4, vierde lid, van de Telecommunicatiewet<sup>1</sup> (hierna: Tw). In dit besluit stelt het college vast dat twee natuurlijke personen ieder voor zich en gezamenlijk artikel 4.1 van het Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen<sup>2</sup> (hierna: Bude) hebben overtreden.
2. De overtredingen van de twee personen hebben betrekking op het door hen (doen) 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. Verder verschaft software zich toegang tot gegevens die zich in de randapparatuur van eindgebruikers bevonden en wijzigde deze software een door eindgebruikers veelgebruikt chatprogramma. Eindgebruikers werden niet duidelijk en nauwkeurige geïnformeerd omtrent de doeleinden van de software en hen werd niet de mogelijkheid geboden om deze software te weigeren.
3. In dit besluit gaat het college eerst in op de achtergrond en het verloop van de procedure, waarna het college de relevante feiten presenteert. Vervolgens gaat het college in op het juridisch kader en de zienswijze van partijen. Daarna volgen de overwegingen van het college en de beoordeling. In het laatste onderdeel gaat het college ten slotte in op de ernst en duur van de overtredingen alsmede de hoogte van de boete.

### **2 Achtergrond en verloop van de procedure**

4. In 2007 hebben toezichthoudend ambtenaren van het college een onderzoek afgesloten naar DollarRevenue, een samenwerkingsverband van ondernemingen en privé-personen waartegen toezichthoudend ambtenaren de verdenking koesterden dat zij in strijd handelden met artikel 4.1 Bude. Het college heeft bij besluit van 5 november 2007 op basis van dit onderzoek een boete

---

<sup>1</sup> 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).

<sup>2</sup> 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**

opgelegd aan drie bedrijven en hun directeuren.<sup>3</sup>

5. Uit informatie uit de administratie van DollarRevenue konden ambtenaren van het college vervolgens afleiden dat een persoon genaamd “[ X ]” (hierna: [ X ]) contact heeft gehad met DollarRevenue en uitbetaald kreeg voor het plaatsen van software van DollarRevenue. De betreffende persoon had een affiliatenummer<sup>4</sup> ( ). Deze persoon leek niet alleen Nederlander maar had bovendien een relatief groot aantal plaatsingen gerealiseerd.
6. Na onderzoek bleek bovendien dat een persoon genaamd “[ Y ]” (hierna: [ Y ]) voorkwam in domeinnaamregistraties voor websites die verband hielden met software van affiliate [ ].
7. Een uitgebreide weergave van het onderzoek dat op basis van de informatie uit de administratie van DollarRevenue werd verricht is bijgevoegd als bijlage 1 bij het boeterapport. Kort gezegd heeft de betrokken toezichthoudend ambtenaar in dit rapport onderzocht welke methode de betreffende affiliate heeft gehanteerd voor het plaatsen van de software van DollarRevenue. Daarbij leek de affiliate software door middel van een MSN-worm<sup>5</sup> te plaatsten. De eerder genoemde personen [ Y ] en [ X ] werden daarbij als mogelijke overtreders van 4.1 Bude geïdentificeerd.
8. Op 16 oktober 2007 hebben toezichthoudend ambtenaren een (onaangekondigd) bedrijfsbezoek gebracht aan de bedrijfsruimte van [ X ] en het woonadres van [ Y ] (met toestemming). Toezichthoudend ambtenaren hebben daarbij inzage gevorderd in de administratie en aanwezige computersystemen op de betreffende locaties. Eveneens werd een onaangekondigd bezoek gebracht aan het woonadres van [ X ] (met toestemming). [ X ] heeft ter plekke verklaard dat zich op zijn woonadres geen relevante gegevensdragers bevinden en/of relevante administratie bevindt. Hierop is geen inzage gevorderd in administratie en/of gegevensdragers op het woonadres van [ X ].
9. Tijdens de bezoeken hebben [ X ] en [ Y ] verklaringen afgelegd. Verslagen van deze gesprekken zijn als bijlagen toegevoegd bij het boeterapport.
10. Ook is van diverse instanties en ondernemingen informatie gevorderd. Deze informatie was noodzakelijk voor een juiste uitvoering van het toezicht op de naleving van artikel 4.1 Bude. Een overzicht van de informatievorderingen is bijgevoegd in het werkdossier Overige Bijlagen bij het boeterapport.
11. Een digitaal deskundige heeft bepaalde onderzoekshandelingen uitgevoerd op de digitale gegevens en bescheiden waarin inzage is gevorderd. Hij heeft de betreffende gegevens op steekwoorden doorzocht. Hiervan is een verslag opgesteld (Zie Bijlage 2 bij het boeterapport: Verslag van media-analyse op digitale gegevens van [ Y ] en [ X ]).
12. Bij dit onderzoek is informatie die door de vader van [ Y ] als medisch vertrouwelijk is aangemerkt, buiten beschouwing gelaten. Daartoe is aan de vader van [ Y ] een lijst voorgelegd met de

<sup>3</sup> OPTA kenmerk OPTA/IBP/2007/202311, besluit van 5 november 2007 (DollarRevenue).

<sup>4</sup> Dit is een klantnummer waarmee DollarRevenue communiceerde met hun affiliates.

<sup>5</sup> Een worm is een programma dat zich verspreidt via computernetwerken.

## **Besluit OPENBAAR**

bestanden en mappen die op het systeem aanwezig zijn. De door hem aangeduide bestanden en mappen zijn niet op steekwoorden doorzocht.

13. Op 15 februari 2008 zijn [ Y ] en [ X ] uitgenodigd voor een gesprek met toezichthoudend ambtenaren van het college. [ X ] heeft laten weten niet voornemens te zijn om (op korte termijn) aan het college een nadere toelichting te geven. Het college heeft op 18 juni 2008 ten kantore van het college een gesprek gehad met [ Y ] en diens gemachtigde. Een verslag van dat gesprek is als bijlage bij het boeterapport gevoegd.
14. In reactie op verschillende informatievorderingen van het college<sup>6</sup> heeft [ X ] namens zijn gemachtigde bij brieven en e-mails van 15 april, 21 april en 13 mei aan het college onder meer een overzicht van betalingen en van gegevens van zijn Oostenrijkse bankrekening verstrekt.
15. Het college heeft op 6 maart 2008 ook aan [ Y ] een informatievordering gestuurd om de verdiensten van [ Y ] vast te stellen, in reactie waarop het college – binnen de daartoe gestelde en één maal verlengde termijn – antwoord heeft ontvangen van de gemachtigde van [ Y ].
16. De bevindingen van het onderzoek zijn neergelegd in een boeterapport, dat op 18 augustus 2008 is verzonden aan de gemachtigden van zowel [ X ] als van [ Y ].<sup>7</sup> Het college heeft zowel [ Y ] als [ X ], via direct aan hen gerichte brieven, op de hoogte gesteld van de verzending van het boeterapport aan hun respectievelijke gemachtigden.<sup>8</sup>

### **3 Het onderzoeksrapport**

17. Toezichthoudend ambtenaren constateren in het boeterapport van 18 augustus 2008 (hierna: boeterapport) dat [ Y ] en [ X ] artikel 4.1 van het Bude hebben overtreden. Voornoemde ambtenaren onderscheiden vier overtredingen:
  - [ X ] en [ Y ] informeerden internetgebruikers niet op een duidelijke en nauwkeurige wijze over de doeleinden van de software die zij plaatsten;  
**(overtreding 1)**
  - [ X ] en [ Y ] 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; **(overtreding 2)**
  - De software werd door hen geplaatst zonder internetgebruikers voor de plaatsing een adequate mogelijkheid te bieden de plaatsing te weigeren;  
**(overtreding 3)**
  - De software verschafte hen toegang tot gegevens die zich bevinden op de PC's van internetgebruikers, zonder dat die laatsten een adequate mogelijkheid werd geboden de toegang te weigeren;  
**(overtreding 4)**

---

<sup>6</sup> Informatievorderingen van 6 maart, 8 april en 28 april, zie werkdoosier nrs 37, 45 en 54.

<sup>7</sup> Boeterapport van 18 augustus 2008, kenmerk OPTA/ACNB/2008/201871 ([ X ]) en OPTA/ACNB/2008/201872 ([ Y ]). Het boeterapport omvat tevens gespreksverslagen van gesprekken met [ Y ] en [ X ].

<sup>8</sup> Brief van 18 augustus 2008, kenmerk OPTA/ACNB/2008/201867 ([ X ]) en OPTA/ACNB/2008/201868 ([ Y ]).

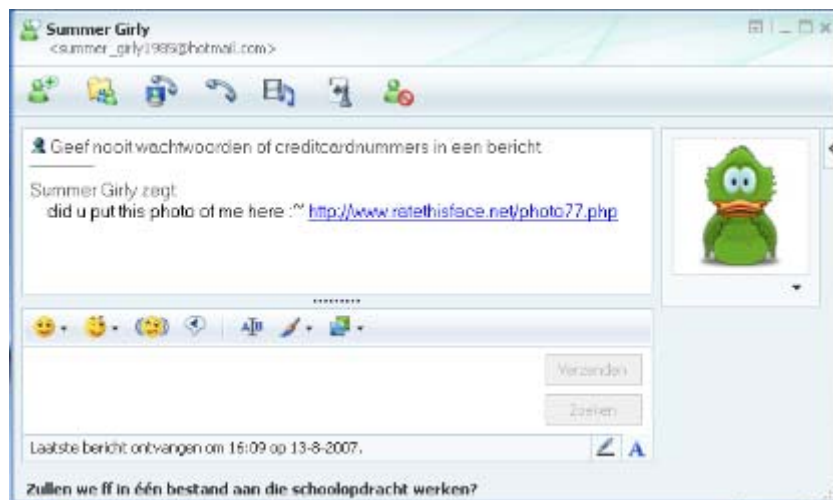
## Besluit OPENBAAR

18. Voornoemde overtredingen hebben van september 2006 tot en met oktober 2007 geduurd. De overtreders hebben enkele malen waarschuwingen van providers ontvangen omtrent hun handelswijze en zijn diverse malen geweerd bij Internet Service Providers die zij gebruikten om de software te plaatsen. Desondanks installeerden zij ongevraagd programmabestanden op meer dan 180.000 PC's van eindgebruikers. Deze eindgebruikers ondervonden daar hinder van.

### 4 Feiten

#### 4.1 Verspreiding van de software

19. Het chatprogramma MSN messenger<sup>9</sup> vormt de basis voor de software van Links4all<sup>10</sup>. Het proces begint met een besmette computer waarop de software van Links4all reeds is geïnstalleerd. Zodra deze gebruiker het chatprogramma MSN Messenger opstart, begint de verspreiding van de software. Via een geautomatiseerd proces worden aan alle contactpersonen in de contactenlijst van het chatprogramma een bericht verstuurd met een link. Het venster dat verschijnt op de computer van de ontvanger van het bericht ziet er als volgt uit:



Afbeelding 1: Chatvenster MSN Messenger

20. Naar oordeel van het college blijkt uit bovenstaande screenshot het volgende:

- a) De domeinnaam<sup>11</sup> suggereert dat het gaat om een website waarop foto's worden bekeken en gekeurd;
- b) De bestandsnaam (photo77.php) suggereert dat het gaat om een fotobestand.

21. De contactpersoon, in de lijst van de besmette computer, gaat uit van de gedachte dat de link naar

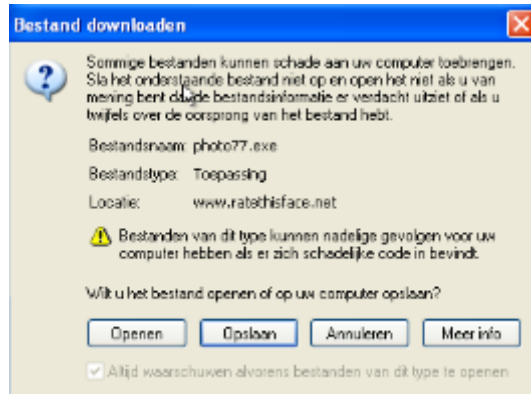
<sup>9</sup> Een veelgebruikte instant messenger waarmee gebruikers naar elkaar tekstberichten kunnen sturen. Meer informatie: [http://nl.wikipedia.org/wiki/Windows\\_Live\\_Messenger](http://nl.wikipedia.org/wiki/Windows_Live_Messenger).

<sup>10</sup> Links4all is de in het boeterapport gehanteerde naam voor het samenwerkingsverband tussen betrokkenen.

<sup>11</sup> In randnummer 81 van het boeterapport zijn de andere gebruikte domeinnamen weergegeven.

## Besluit OPENBAAR

de website in het dialoogvenster verwijst naar een fotowebsite. Nadat de contactpersoon op de link heeft geklikt verschijnt de volgende melding op zijn computer:



Afbeelding 2: Waarschuwingsscherm van Windows

22. Bovenstaand scherm is een standaard waarschuwing van het Windows besturingssysteem. Deze waarschuwing verschijnt als een uitvoerend bestand wordt gedownload. Zodra de contactpersoon op "Openen" klikt wordt het bestand photo77.exe uitgevoerd. Hierna wordt verspreidingssoftware en reclamesoftware gedownload.

### 4.1.1 Verspreidingssoftware<sup>12</sup>

23. Bij activering van het bestand photo77.exe, downloadt dit programma ten eerste het bestand spr.exe. Dit bestand wordt op de computer opgeslagen als ustu.exe. Vervolgens hernoemt photo77.exe het oorspronkelijk uitvoerbare bestand van MSN Messenger. Het bestand ustu.exe wordt daarna in de plaats gezet van het uitvoerbare bestand van MSN messenger. Dit heeft tot gevolg dat iedere keer dat de gebruiker het programma MSN Messenger opstart, ook de software van Links4all opstart.

### 4.1.2 Reclamesoftware

24. Het bestand photo77.exe downloadt in de tweede plaats het bestand low.exe. Het bestand low.exe wordt vervolgens hernoemd tot gold.exe. Dit bestand dient als downloader<sup>13</sup> van advertentiesoftware. Uit randnummer 74 van het onderzoeksrapport is gebleken dat links4all als affiliate advertentiesoftware heeft verspreid voor de volgende programma's:

- a) Matcash;
- b) DollarRevenue;
- c) RaserMedia.

<sup>12</sup> Door betrokkene ook wel aangeduid als spreader.

<sup>13</sup> Een downloader is een uitvoerend bestand dat dient als hulpprogramma om de uiteindelijke doelsoftware te downloaden. De doelsoftware was in dit geval advertentiesoftware.

## Besluit

### OPENBAAR

#### 4.1.3 Conclusie werking software

25. Samengevat komen de doelen van de software van links4all neer op de volgende:

- a) Het installeren van programmatuur die de verspreiding verzorgt;
- b) Het installeren van programmatuur die de vertoning van advertenties verzorgt.

26. Uit afbeelding 1 en afbeelding 2 blijkt dat tijdens het installatieproces geen enkele melding wordt gedaan van de hiervoor beschreven doelen. Evenmin is bij het installeren en aanbieden van de hiervoor beschreven software voorzien in een mogelijkheid om het installeren van de software op de computer van de eindgebruiker te weigeren. Het enige scherm dat de gebruiker te zien krijgt, is het standaardscherm van Windows dat dit besturingssysteem toont zodra een uitvoerbaar bestand wordt gedownload.

27. De werking van de software en het installatieproces is vastgesteld op basis van onderzoek door het college.<sup>14</sup> De feitelijke juistheid hiervan is bevestigd door [ Y ].<sup>15</sup> Het bij de software niet vermelden van de werkelijke doeleinden van de software alsmede het bij installatie achterwege laten van een mogelijkheid om de aangeboden software te weigeren, vormt een overtreding van artikel 4.1, lid 1, onder a (**overtreding 1**) en artikel 4.1, lid 1, onder b (**overtreding 2**), van het Bude. De uitzonderingssituatie, zoals beschreven in artikel 4.2, tweede lid, van het Bude is niet van toepassing.

28. Anders dan de toezichthoudend ambtenaren in het boeterapport hebben vastgesteld,<sup>16</sup> gaat het college in het navolgende uit van de in bovenstaand randnummer beschreven twee overtredingen.

## 5 Zienswijzen van partijen

### 5.1 Zienswijze [ X ]

29. [ Y ] noch [ X ] heeft een schriftelijke zienswijze ingediend. Op de hoorzitting van 15 september heeft de gemachtigde van [ X ] kort gezegd het volgende naar voren gebracht:

- Noodzakelijk voor de overtreding van artikel 4.1 Bude is dat de overtreder wist, of wetenschap had, dat er sprake was van het ongewenst plaatsen van software. [ X ] had deze wetenschap niet. Van een wens tot het verkrijgen van toegang, dan wel een wens tot het opslaan van gegevens, zoals bedoeld in artikel 4.1 Bude is in het geval van [ X ] geen sprake. Voor zover de wetenschap van [ X ] door het college wordt afgeleid uit hetgeen [ Y ] heeft verklaard, wil [ X ] in de gelegenheid worden gesteld om [ Y ] over diens verklaringen te horen.
- Volgens de gemachtigde van [ X ] heeft [ Y ] het initiatief genomen en heeft [ X ] [ Y ] financiële middelen ter beschikking gesteld om van de activiteiten van [ Y ] de zakelijke

<sup>14</sup> Boeterapport, randnummer 39 – 83; digitale bijlage – Photo77.exe vervangin MSN (video) en digitale bijlage 2 – Installatie Links4all software.avi; bijlage 1: Onderzoek naar de herkomst van DollarRevenue software door affiliate [ ].

<sup>15</sup> Boeterapport bijlage 13 Gespreksverslag [ Y ] 18 juni 2008, p. 10 – 16.

<sup>16</sup> Zie randnummer 17.

## Besluit OPENBAAR

vruchten te kunnen plukken. [ X ] zag de investeringen in [ Y ] als één van de zakelijke projecten waar hij deel van uit wilde maken. Volgens [ X ] zijn de investeringen gedaan in het kader van een “kweekvijver” van nieuwe inkomsten.

- Het feit dat [ X ] aanwijzingen aan [ Y ] heeft gegeven ter verbetering van de software, betekent niet dat [ X ] op de hoogte was van de werking van de software. Deze aanwijzingen gaf [ X ] op basis van wat zijn zakeninstinct hem ingaf.
- [ X ] heeft de verplichting tot medewerking niet geschonden. [ X ] heeft verstrekt wat hij had: [ X ] kan niet worden verweten niet te beschikken over de gevraagde informatie. Bovendien is het de vraag of de gevraagde informatie werkelijk valt binnen de reikwijdte van artikel 18.7 van de Tw. Ten slotte staat volgens gemachtigde het opleggen van een boete aan [ X ] wegens niet medewerking op gespannen voet met het “nemo tenetur” beginsel, waarbij gemachtigde verwijst naar een uitspraak van het Europees Hof van de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) van 3 mei 2001.<sup>17</sup>
- Bij de vaststelling van de hoogte van een eventuele boete moet volgens de gemachtigde rekening worden gehouden met het volgende. [ X ] zou minder inkomsten hebben genoten uit het project dan in het boeterapport is berekend.

### 5.2 Zienswijze [ Y ]

30. Namens [ Y ] heeft zijn gemachtigde kort gezegd de volgende punten naar voren gebracht:

- Het grootste deel van de gevolgen van de overtreding heeft zich buiten de belevingswereld en invloedssfeer van [ Y ] afgespeeld. Na het downloaden van de software was van een ernstige verstoring van de werking van de computer volgens de gemachtigde van [ Y ] geen sprake. Gemachtigde stelt verder dat [ Y ] geen rechtstreeks aan hem gerichte klachten of waarschuwingen heeft ontvangen. Ten slotte heeft gemachtigde gewezen op de persoonlijke omstandigheden van [ Y ]. Behalve dat [ Y ] gedurende een deel van de periode waarbinnen de overtreding heeft plaatsgevonden minderjarig was, heeft [ Y ] ook psychische problemen.
- [ Y ] erkent zijn betrokkenheid bij de ontwikkeling en de verspreiding van de software. Hij heeft de technische realisatie van de software voor zijn rekening genomen. Als zodanig zag [ Y ] het vooral als een technisch experiment, naast het feit dat het verspreiden van de software een leuke bijverdienste vormde. De inkomsten gegenereerd uit de software zijn, volgens [ Y ], niet conform de vooraf gemaakte afspraak tussen hem en [ X ] verdeeld.

## 6 Juridisch kader

31. Artikel 4.1 Bude bepaalt:

*“1. Een ieder die door middel van elektronische communicatienetwerken toegang wenst te*

---

<sup>17</sup> EHRM 3 mei 2001, appl.nr. 31827/96, NJ 2003/354 (J.B. v. Switzerland).

## Besluit OPENBAAR

*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.”*

32. In artikel 4.1 Bude wordt artikel 5, derde lid, van de Richtlijn Privacy en elektronische communicatie<sup>18</sup> (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.”*

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

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

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

*“Abonnee: natuurlijke of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder*

---

<sup>18</sup> 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**

*van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten.”*

35. 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° ....”*

36. 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.”*

37. 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,-“.*

38. 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. (...)”*

## **Besluit OPENBAAR**

### **6.1 Ten aanzien van de medewerkingsplicht**

39. Artikel 5.20, eerste lid, Awb luidt als volgt:

*“Een ieder is verplicht aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.”*

40. Artikel 18.7, vierde lid, Tw luidt als volgt:

*“Degene van wie krachtens de verstrekking van inlichtingen is gevorderd, is verplicht binnen de door Onze Minister, onderscheidenlijk het college, te bepalen redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij het uitoefenen van zijn bevoegdheden. (...).”*

### **6.2 Ten aanzien van de bevoegdheid tot handhaving**

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

*“Met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens andere bepalingen van deze wet dan bedoeld in het eerste en tweede lid zijn belast de bij besluit van het college aangewezen ambtenaren.”<sup>19</sup>*

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

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

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

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

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

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

45. Het college heeft beleidsregels met betrekking tot het opleggen van boetes (hierna: Boetebeleidsregels) vastgesteld.<sup>20</sup> Met deze beleidsregels geeft het college invulling aan zijn beleid ten aanzien van het vaststellen van de hoogte van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Tw.

<sup>19</sup> Zie ook het Besluit van het college van 29 januari 2008, Stcrt. 2008, nr. 22.

<sup>20</sup> Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA), Stcrt. nr. 50 van 11 maart 2008.

## Besluit

### OPENBAAR

Tevens verschaft het college in de Boetebeleidsregels inzicht in de factoren die hij meeweegt bij het bepalen van de hoogte van de boete.

## 7 Beoordeling van het college

### 7.1 Bevoegdheid college

46. 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, van de Tw bedoelde voorschriften. Hiermee worden onder meer de verplichtingen uit het Bude bedoeld.

### 7.2 [ X ] als overtreder van artikel 4.1 Bude

47. Het college is van oordeel dat [ X ] is aan te merken als overtreder van artikel 4.1 Bude. Het college komt tot die conclusie op grond van het navolgende.
48. Uit het boeterapport blijkt dat [ X ] aan [ Y ] de noodzakelijke middelen ter beschikking heeft gesteld om de software van Links4all daadwerkelijk te verspreiden en te doen plaatsen. [ X ] heeft zijn creditcardgegevens aan [ Y ] ter beschikking gesteld, waarmee laatstgenoemde betalingen verrichtte voor het huren van servers en de registratie van domeinnamen.<sup>21</sup> [ Y ] heeft verklaard dat hijzelf niet de financiële middelen had om uitgaven voor servers te bekostigen.<sup>22</sup>
49. Verder stelde [ X ] zijn personalia, waaronder de kopie van zijn paspoort, beschikbaar.<sup>23</sup> Met behulp van [ X ]'s (persoons)gegevens werden registraties bij de verhuur van servers, de deelname aan affiliate programma's en de registratie van domeinnamen gerealiseerd. Verder stelde [ X ] zijn personalia en zijn bankrekening beschikbaar voor het ontvangen van inkomsten voor de deelname aan affiliate programma's. [ X ] bepaalde bovendien op welk moment bepaalde aankopen of investeringen moesten worden uitgevoerd.<sup>24</sup>
50. Daarnaast dacht [ X ] actief mee over de wijze waarop de software van Links4all (en in het verlengde daarvan: de software van andere partijen) werd geplaatst. Zo adviseerde hij [ Y ] om de boodschap, waarmee nietsvermoedende eindgebruikers werden opgeroepen op een link te klikken als gevolg waarvan de software van Links4all werd geplaatst, in meerdere talen te vertalen.<sup>25</sup> Ook gaf hij adviezen ter verbetering van de continuïteit van de verspreiding van de software.<sup>26</sup>
51. De actieve rol van [ X ] blijkt verder uit diens voortdurende interesse in de opbrengsten van de plaatsingen. Uit het digitaal bewijs is vast komen te staan dat [ X ] beschikte over toegang (middels een gebruikersnaam en een wachtwoord) van verschillende aanbieders van advertentieprogramma's of affiliate programma's (waarbij een deelnemer per installatie van een

<sup>21</sup> Randnummer 129 van het boeterapport.

<sup>22</sup> Randnummer 133 (bijlage 13 van het Boeterapport: gespreksverslag [ Y ] 18 juni 2008, p.20).

<sup>23</sup> Randnummers 127 en 128 van het boeterapport.

<sup>24</sup> Randnummers 137 en 191 van het boeterapport.

<sup>25</sup> Randnummer 189 van het boeterapport.

<sup>26</sup> Randnummer 190 van het boeterapport.

## Besluit OPENBAAR

pakket software een bepaald bedrag krijgt uitbetaald).<sup>27</sup> Uit dat bewijs blijkt verder dat [ X ] daadwerkelijk de betreffende websites heeft bezocht<sup>28</sup> en gegevens over plaatsingen en de opbrengsten daarvan heeft opgevraagd.<sup>29</sup>

52. [ X ] informeerde [ Y ] voortdurend over de resultaten van de opbrengsten.<sup>30</sup> Met name bij tegenvallende opbrengsten spoorde [ X ] [ Y ] aan om maatregelen te treffen. Ook onderhield [ X ] contacten met de aanbieders van de advertentie programma's.<sup>31</sup> De sturende en actieve rol van [ X ] wordt meerdere malen door [ Y ] bevestigd.<sup>32</sup>
53. [ X ] heeft zich in onderling wisselende verklaringen uitgelaten over zijn rol en activiteiten binnen het samenwerkingsverband. Die verklaringen zijn inhoudelijk niet consistent. Zo verklaart [ X ] dat hij [ Y ] wilde ondersteunen omdat hij verwachtte met de activiteiten van [ Y ] extra inkomsten te verkrijgen.<sup>33</sup> Later verklaart [ X ] bij monde van zijn gemachtigde dat [ X ] [ Y ] wilde ondersteunen bij zijn studie.<sup>34</sup> Ook ontkent [ X ] eerst contact te hebben gehad met vertegenwoordigers van advertentieprogramma's, maar later verklaart hij uit eigen beweging contact te hebben gezocht met onder meer DollarRevenue.<sup>35</sup>
54. De verklaringen van [ X ] zijn bovendien niet in overeenstemming met zijn gedragingen zoals die blijken uit het digitale bewijsmateriaal. Zo doet [ X ] voorkomen dat hij slechts een ondergeschikte rol vervulde.<sup>36</sup> Maar [ X ] vervulde, zoals uit de hiervoor weergegeven randnummers 48 tot en met 52 blijkt, een actieve en bepalende rol. Verder heeft [ X ] verklaard dat hij zich niet op de hoogte stelde van het aantal plaatsingen<sup>37</sup> en gegenereerde inkomsten, terwijl uit het bewijsmateriaal daarentegen blijkt dat hij dat wel degelijk deed.<sup>38</sup> Ten slotte ontkende [ X ] dat hij daadwerkelijk inkomsten genoot van de plaatsingen van de software<sup>39</sup>, terwijl zowel uit het bewijsmateriaal<sup>40</sup> als uit zijn verklaringen<sup>41</sup> naderhand bleek, dat de plaatsing van de software hem aanzienlijke inkomsten opleverde.

### *Wetenschap van [ X ]- horen van [ Y ] door [ X ]*

55. De verklaring van [ X ] tijdens de hoorzitting van 15 september 2008, dat hij geen wetenschap had van het feit dat [ Y ] ongewenste software plaatste op de computers van eindgebruikers, acht het college niet geloofwaardig. Zoals hiervoor in randnummer 51 is beschreven, stelde [ X ] zich op de hoogte van het aantal plaatsingen. Ook uit ander bewijsmateriaal (zoals hiervoor beschreven in de

<sup>27</sup> Randnummer 152 van het boeterapport, randnummer 7 van Bijlage 2.

<sup>28</sup> Randnummer 154 van het boeterapport, randnummer 6 van Bijlage 2.

<sup>29</sup> Randnummer 153 van het boeterapport.

<sup>30</sup> Randnummer 130 van het boeterapport, Bijlage 2 .

<sup>31</sup> Randnummer 137 van het boeterapport.

<sup>32</sup> Randnummer 138 van het boeterapport.

<sup>33</sup> Randnummer 135 van het boeterapport.

<sup>34</sup> Randnummer 143 van het boeterapport. In dit randnummer wordt verwezen naar Werkdossier, bijlage 41. Het betreft een e-mail van 22 februari 2008 van advocaat König die in bijlage 36 is terug te vinden.

<sup>35</sup> Gespreksverslag [ X ] 16 oktober 2007, p. 7-8.

<sup>36</sup> Randnummer 142 van het boeterapport, gespreksverslag [ X ] 16 oktober 2007, p. 3, p. 10.

<sup>37</sup> Randnummer gespreksverslag 16 oktober 2007, p. 6.

<sup>38</sup> Randnummer 153 en 154 van het boeterapport.

<sup>39</sup> Randnummer 141 van het boeterapport.

<sup>40</sup> Randnummer 146 en 147 van het boeterapport, Werkdossier bijlage 49 en 51.

<sup>41</sup> Randnummer 149 en 151 van het boeterapport.

## **Besluit OPENBAAR**

randnummers 50 tot en met 52) blijkt dat [ X ] in ieder geval wist dat er sprake was van het plaatsen van software op computers van eindgebruikers. [ X ] heeft daarbij op geen enkel moment stil gestaan bij de vraag hoe de aangeboden software door eindgebruikers werd ervaren. [ X ] heeft juist beoogd zo veel mogelijk installaties te bewerkstelligen.

56. Artikel 4.1 Bude vereist, dat eenieder die toegang wenst te verkrijgen, eindgebruikers dient te informeren over de doeleinden van de software en een weigeringsmogelijkheid dient te bieden. Kennis over de werking van de aangeboden software is geen voorwaarde voor vaststelling dat artikel 4.1 Bude is overtreden. Dat [ X ] die exacte werking van de software niet kende, doet immers niets af aan het vaststaande feit dat [ X ] en [ Y ] de eindgebruikers in ieder geval niet over het werkelijke doel van de software (als hiervoor beschreven in randnummer 25) hebben geïnformeerd. [ X ] adviseerde daarentegen over teksten waarbij eindgebruikers bewust werden misleid.
57. Vast staat verder dat [ X ] bewust het risico heeft genomen dat bij het plaatsen van de software geen weigeringsmogelijkheid werd geboden. Immers, hij spoorde [ Y ] voortdurend aan zoveel mogelijk plaatsingen te genereren en hij wees [ Y ] er voortdurend op wanneer het aantal plaatsingen beneden verwachten was of tegenviel.
58. Dat sprake is van wetenschap bij [ X ] of op zijn minst van het risico dat [ X ] nam, baseert het college op het digitale bewijsmateriaal, zoals dat in het boeterapport is gepresenteerd en hiervoor in de randnummers 48 tot en met 52 is beschreven. De verklaring van [ Y ] waarin laatstgenoemde de actieve rol van [ X ] bevestigt, vormt op dit bewijs een aanvulling. De verklaring van [ Y ] vormt derhalve geen zelfstandig bewijs. Voor het zelfstandig horen van [ Y ] door (de gemachtigde van) [ X ] ziet het college derhalve geen aanleiding.

### *Motieven [ X ]*

59. [ X ] stelt dat hij [ Y ] slechts heeft willen ondersteunen bij diens studie. Dit motief doet niets af aan de vaststelling door het college, dat [ X ] de verspreiding van de software feitelijk mogelijk heeft gemaakt (zoals hiervoor is beschreven in de randnummers 48 en 49). Vast staat verder dat [ X ] een medebepalende rol speelde bij de wijze waarop de software werd aangeboden en werd verspreid. Bovendien streefde [ X ] ook een eigen, financieel belang na.
60. De zelfstandige rol van [ X ] ziet het college bevestigd in het feit dat hij, ondanks een afgesproken verdeelsleutel tussen hem en [ Y ] van ieder 50 % van de opbrengsten (na aftrek van de kosten), een aanzienlijk deel van de inkomsten voor [ Y ] verzweg.<sup>42</sup> [ X ] had dientengevolge een duidelijk eigen en een van [ Y ] losstaand belang bij het (doen) plaatsen van software en de daarbij gekozen methodiek, waarmee artikel 4.1 Bude werd overtreden.
61. Op grond van het voorgaande concludeert het college dat [ X ] zelfstandig artikel 4.1 van het Bude heeft overtreden. [ X ] heeft door het ter beschikking stellen van zijn (persoons)gegevens en

---

<sup>42</sup> Randnummer 167 van het boeterapport.

## Besluit OPENBAAR

financiële middelen de verspreiding van de software en de toegang tot de computers van eindgebruikers feitelijk mogelijk gemaakt. Hij heeft daarbij bepaald wanneer en op welk moment deze software werd verspreid. Hij heeft bovendien actief meegedacht over de wijze waarop de software werd aangeboden.

62. [ X ] had duidelijk de intentie om gegevens op de computers van eindgebruikers op te slaan teneinde een zo groot mogelijke opbrengst te realiseren. [ X ] heeft er, door het voortdurend benadrukken van het belang van installaties actief voor gezorgd dat eindgebruikers niet werden geïnformeerd over de doeleinden waarvoor toegang werd verkregen en de doeleinden van de software. Zijn houding en aansporingen leidde er tevens toe dat aan eindgebruikers geen mogelijkheid werd geboden om de toegang en de aangeboden software te weigeren.

### *Niet medewerking [ X ]*

63. Wat de mogelijke schending met het nemo-tenetur beginsel en daarmee de schending van artikel 6 EVRM betreft, merkt het college het volgende op. Naast de door gemachtigde aangehaalde uitspraak (zie randnummer 29, vierde aandachtspunt) heeft het EHRM in een uitspraak van 8 april 2004<sup>43</sup> onder meer overwogen dat het recht om niet te hoeven mee te werken aan een eigen veroordeling er niet aan in de weg staat dat overheden informatie vorderen wanneer nog geen vervolgingshandelingen zijn ingesteld of zijn te verwachten.<sup>44</sup> Ook de Hoge Raad heeft geoordeeld dat tijdens een onderzoek (naar belastingfraude) informatie kan worden gevorderd van degene die object was van het onderzoek, zonder dat deze vordering in strijd is met het in artikel 6 EVRM neergelegde nemo-tenetur beginsel.<sup>45</sup>
64. Anders dan gemachtigde nu doet voorkomen, was het onderzoek naar de overtreding van artikel 4.1 Bude door [ X ] gaande ten tijde van het opvragen van de gegevens over de bankrekening. Van een reële beslissing of aan [ X ] daadwerkelijk een boete zou worden opgelegd was op dat moment nog geen sprake. Een dergelijke beslissing wordt immers pas genomen nadat het onderzoek is afgerond en het boeterapport is opgesteld. Het college is op grond hiervan van oordeel dat [ X ] zich niet op zijn verschoningsrecht kan beroepen, gelet op het stadium van het onderzoek.
65. Anders dan gemachtigde naar voren heeft gebracht, is het college van oordeel dat het opvragen van bankgegevens valt binnen het verstrekken van informatie als bedoeld in artikel 18.7, eerste lid, van de Tw. Het college beschouwt deze gegevens als feiten en omstandigheden op grond waarvan is vastgesteld dat de overtreding is begaan, zulks als bedoeld in artikel 15.8, tweede lid, onder a van de Tw. Voor de vaststelling van de verdiensten van de overtreding is het derhalve noodzakelijk gegevens over de inkomsten die binnenkwamen op de Oostenrijkse bankrekening van [ X ] op te vragen.

<sup>43</sup> EHRM, 8 april 2004 (zaaknummer 38544/97), Weh tegen Oostenrijk.

<sup>44</sup> EHRM 8 april 2004, Weh tegen Oostenrijk, rechtsoverweging 44: *However, it also follows from the Court's case-law that the privilege against self-incrimination does not per se prohibit the use of compulsory powers to obtain information outside the context of criminal proceedings against the person concerned.*

<sup>45</sup> HR 27 februari 2004, zie met name rechtsoverweging 3.3.4.

## Besluit

### OPENBAAR

66. Het college stelt verder vast dat [ X ] in gebreke is gebleven gegevens te verstrekken van zijn Oostenrijkse bankrekening over de periode 2006. Voor zover het gaat om de beoordeling of [ X ] kan worden verweten in strijd te hebben gehandeld met zijn verplichting tot medewerking, als neergelegd in artikel 18.7, vierde lid, van de Tw jo. artikel 5:20, eerste lid van de Awb, overweegt het college het volgende.
67. [ X ] heeft bij het bedrijfsbezoek van 16 oktober 2007 volledig de van hem gevraagde medewerking verleend. Daarnaast heeft [ X ] op vordering van het college wel soortgelijke gegevens verstrekt over de periode 2007. Gegeven deze omstandigheden ziet het college in het feit, dat [ X ] een (beperkt) deel van de van hem gevraagde gegevens niet heeft verstrekt, onvoldoende aanleiding om dat niet verstrekken aan te merken als een op zichzelf staande overtreding van de verplichting tot medewerking.

### 7.3 [ Y ] als overtreder van artikel 4.1 Bude

68. Uit het boeterapport blijkt dat [ Y ] de verspreidingssoftware, die de MSN messenger aanpaste, heeft ontwikkeld en heeft verfijnd.<sup>46</sup> Verschillende versies van de software zijn op gegevensdragers van [ Y ] aangetroffen.<sup>47</sup> [ Y ] zorgde bovendien voor de technische infrastructuur die nodig is om de verspreiding van de software daadwerkelijk mogelijk te maken.<sup>48</sup> Zo registreerde [ Y ] de domeinnamen voor websites waarop de verspreidingssoftware werd aangeboden, zo blijkt uit registratiegegevens van verschillende domeinnamen.<sup>49</sup> Daarnaast zorgde hij voor de zogenaamde hosting, het ter beschikking hebben van opslagcapaciteit voor informatie, afbeeldingen of software die toegankelijk zijn via een website.
69. Ook chatlogs<sup>50</sup> en mailberichten<sup>51</sup> vormen het bewijs, dat [ Y ] de software ontwikkelde en verspreidde. [ Y ] heeft in gesprekken met ambtenaren van het college zijn verantwoordelijkheid voor de werking van de software en de overige feiten waarvoor hij verantwoordelijk is, herhaaldelijk bevestigd.<sup>52</sup> Zoals hiervoor in § 4.1.3 op basis van het boeterapport is geconcludeerd, werd bij het installeren van de software de eindgebruiker niet geïnformeerd over de doeleinden van de software en evenmin werd hen de mogelijkheid geboden de installatie te weigeren.
70. Vast staat verder, dat [ Y ] met het verspreiden van de software en het doen installeren van reclame software inkomsten ontving.<sup>53</sup> [ Y ] heeft ook dit herhaaldelijk bevestigd.<sup>54</sup>
71. Op grond van het voorgaande en van het boeterapport merkt het college [ Y ] aan als zelfstandig overtreder van artikel 4.1 Bude.

<sup>46</sup> Boeterapport randnummer 115 tot en met 118; bijlage 2 verslag van media analyse op digitale gegevens van [ Y ] en [ X ], p. 6.

<sup>47</sup> Boeterapport, randnummers 116 tot en met 118.

<sup>48</sup> Boeterapport randnummers 119 tot en met 122.

<sup>49</sup> Boeterapport randnummers 120 en 121.

<sup>50</sup> Boeterapport randnummer 119.

<sup>51</sup> Bijlage 2 (Onderzoek aan gegevensdragers [ Y ] en [ X ]), bijlage B2: message 0022 en bijlage B3: message 0157.

<sup>52</sup> Boeterapport, bijlage 4: verslag gesprek [ Y ] van 16 oktober 2007, p. 25 – 27, p. 31 - 36; Boeterapport, bijlage 13.: verslag gesprek [ Y ] 18 juni 2008, p. 6 – 9, p. 11 – 12.

<sup>53</sup> Boeterapport, randnummer 163 en bijlage 12 (Overzicht Paypal [ Y ] 2006/2007).

<sup>54</sup> Boeterapport, bijlage 4: verslag gesprek [ Y ] van 16 oktober 2007 p. 39 – 42 en bijlage 13: verslag gesprek [ Y ] 18 juni 2008, p. 21 – 30.

## Besluit

### OPENBAAR

#### 7.4 Tussenconclusie

72. Vast staat, dat [ Y ] en [ X ] veelvuldig contact hebben gehad over de aanschaf en inzet van middelen voor het plaatsen van de software, dat zij in nauwe samenwerking de wijze van het aanbieden van de software en de daarbij te gebruiken teksten vaststelden en dat zij elkaar veelvuldig informeerden over de voortgang van de plaatsingen en de opbrengsten van de plaatsingen. Ook informeerden zij elkaar over het feit dat de geplaatste software leidde tot klachten. [ Y ] en [ X ] werkten derhalve bewust en nauw samen.
73. Het college stelt op grond van het voorgaande vast dat [ Y ] en [ X ] ieder voor zich en gezamenlijk artikel 4.1 Bude hebben overtreden.

#### 7.5 Overtredingen

74. In het boeterapport is vastgesteld dat de software van Links4All via het chatprogramma MSN messenger werd verspreid door middel van een link naar een server alwaar de Links4all software werd gehost. Nadat gebruikers van het chatprogramma MSN Messenger de link aanklikte werd de software geplaatst op hun randapparatuur. De technische constructie hiervan is reeds beschreven in hoofdstuk 4.
75. 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. [ Y ] en [ X ] hebben in hun zienswijze deze feiten niet betwist.

##### 7.5.1 Overtreding 1: artikel 4.1, eerste lid, onder a, Bude

76. 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.*”<sup>55</sup>
77. De Links4all software werd door middel van links in de vensters van het chatprogramma MSN messenger verspreid. Zodra een gebruiker de link volgt die getoond wordt in zijn chatvenster, plaatst de software zichzelf zonder enige vorm van informatie omtrent de doeleinden van de software. Uit de informatie uit het chatvenster<sup>56</sup> kan de gebruiker, zo oordeelt het college, niet meer opmaken dan dat de link zou wijzen naar een website alwaar men foto's krijgt te zien<sup>57</sup>. Het waarschuwingsscherm<sup>58</sup> bevat een knop “Meer info”. Deze keuzemogelijkheid is een standaard Windows functie die de gebruiker in algemene zin informeert over het downloaden van bestanden.

<sup>55</sup> Zie Stb. 2004, 203, Nota van Toelichting, p. 27-28.

<sup>56</sup> Zie afbeelding 1.

<sup>57</sup> Zie randnummer 20 onderhavige besluit.

<sup>58</sup> Zie afbeelding 2 onderhavige besluit.

## **Besluit**

### **OPENBAAR**

78. Het college oordeelt dat in het geheel geen informatie is getoond aan gebruikers omtrent de doeleinden van de software tijdens de installatie van Links4all software. Het college is van oordeel, het bovenstaande in acht nemende, dat bij het verkrijgen van toegang, dan wel het opslaan van gegevens, via de Links4all software door het niet informeren omtrent de doeleinden in strijd is gehandeld met artikel 4.1, eerste lid, onder a, Bude.

#### **7.5.2 Overtreding 2: artikel 4.1, eerste lid, onder b, Bude.**

79. 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.

80. Zoals hiervoor reeds is beschreven, werd de Links4all software verspreid via links in het chatprogramma MSN Messenger. Nadat gebruikers de link aanklikten, werd een uitvoerend bestand gedownload die de installatie van de software verzorgde.<sup>59</sup> Als gevolg hiervan werd een standaard Windows waarschuwingsscherm getoond aan de gebruiker.<sup>60</sup>

81. Het waarschuwingsscherm toonde vier keuzemogelijkheden. De gebruiker kon het bestand openen, opslaan, annuleren of om meer informatie vragen. De gebruiker was echter in de veronderstelling dat hij een fotobestand zou downloaden, en niet de software van Links4all. Er was dus geen sprake van een impliciete weigeringsgrond voor de gebruiker op basis van de Links4all software.

82. Het college oordeelt, het bovenstaande in acht nemende, dat geen weigeringsmogelijkheid is geboden en daarmee niet is voldaan aan artikel 4.1, eerste lid, onder b, Bude.

## **8 Boete**

### **8.1 Boetebeleidsregels OPTA**

83. 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.

84. 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 boetebeschikking moet worden afgewogen hoe hoog de boete in dat concrete geval moet zijn.

<sup>59</sup> Zie randnummer 22 onderhavige besluit.

<sup>60</sup> Zie randnummer 22 onderhavige besluit.

## Besluit

### OPENBAAR

85. 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).
86. 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.
87. 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

88. Bij de bepaling van de zwaarte van de overtredingen<sup>61</sup> 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.
89. 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.
90. Overtreding van artikel 4.1 Bude is door het college in de Boetebeleidsregels als minder zware overtreding 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.

---

<sup>61</sup> Zie paragraaf 3 van de Boetebeleidsregels OPTA.

## Besluit

### OPENBAAR

#### 8.3 Ernst van de overtredingen

91. 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.
92. 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.
93. Voorts overweegt het college dat (illegale) verspreiding van ongevraagde software 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, 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.

## Besluit

### OPENBAAR

94. Uit het boeterapport<sup>62</sup> is gebleken dat over de looptijd van de overtreding hoge verdiensten zijn behaald met de plaatsing van de Links4all software. Van zowel de Oostenrijkse bankrekening van [ X ] als van inkomsten van [ Y ] is, op zijn minst, een bedrag van Euro 28.224,13<sup>63</sup> te herleiden tot inkomsten uit de plaatsing van de software. Hierbij is een bedrag van Euro 14.582,52 buiten beschouwing gelaten vanwege het niet voldoen aan informatievorderingen door [ X ].<sup>64</sup>
95. 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 Links4all software voor onderstaande affiliateprogramma's de volgende installaties heeft verzorgd:<sup>65</sup>
- 179.154 installaties voor DollarRevenue;
  - 3.513 installaties voor Matcash.
96. De Links4all software vormde een gebundeld pakket van programmatuur: verspreidingssoftware en advertentiesoftware.<sup>66</sup> Het college oordeelt daarom dat de verspreidingssoftware op zijn minst tevens op 179.154 computers is geplaatst. Daarnaast is uit het DollarRevenue onderzoek bekend dat de DollarRevenue software bestond uit programmatuur die zelf ook weer advertentiesoftware plaatste. Iedere besmette gebruiker werd op deze manier onderdeel van een keten van plaatsing van ongevraagde software.
97. De Links4all software vormde een ernstige verstoring van de werking van andere programmatuur op computers van gebruikers. De Links4all software zorgde voor een structurele verandering van het legitieme en veelgebruikte chatprogramma MSN Messenger.<sup>67</sup> Daarnaast veroorzaakte de software een ernstige verstoring van andere legitieme software op computers van gebruikers.<sup>68</sup> De Links4all software was daarmee, naar oordeel van het college, bijzonder hinderlijk en ergerlijk.
98. Dat de Links4all software hinderlijk en ergerlijk was, blijkt ook uit de reactie van bedrijven die servers hebben verhuurd aan betrokkenen. Serverbeheerders beëindigden de samenwerking met betrokkenen in verband met klachten die bij de serverbeheerders waren binnengekomen naar aanleiding van de software.<sup>69</sup> Daarnaast zijn klachten bij betrokkenen binnengekomen<sup>70</sup> en zijn op internet<sup>71</sup> vele verwijzingen aangetroffen naar klachten over Links4all software. Eén van de klachten verwijst naar het feit dat de software niet eenvoudig te verwijderen is.
99. Op grond van het voorgaande stelt het college vast, dat de overlast die de software van Links4all

---

<sup>62</sup> Zie H 5.2.9 van het boeterapport.

<sup>63</sup> Saldo bankrekening [ X ] \$ 37.719,88 omgerekend naar Euro's (wisselkoers 1,4629 op 26-9-2008) + inkomsten [ Y ]: € 2.439,81.

<sup>64</sup> Meer hierover in randnummer 60 en 70 van het onderhavige boetebesluit.

<sup>65</sup> Zie randnummer 169 en randnummer 172 boeterapport.

<sup>66</sup> Zie randnummer 19 van het onderhavige besluit.

<sup>67</sup> Zie randnummer 67 van het boeterapport.

<sup>68</sup> Zie randnummer 70 van het boeterapport.

<sup>69</sup> Zie randnummer 178 van het boeterapport.

<sup>70</sup> Zie randnummer 176 van het boeterapport.

<sup>71</sup> Zie randnummer 202 van het boeterapport.

## Besluit OPENBAAR

bij een individuele eindgebruiker veroorzaakte, groot was. 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. Betrokkenen probeerden immers, door middel van zogenaamde packers,<sup>72</sup> de software onzichtbaar te maken voor anti-virus en anti-spywareprogramma's.<sup>73</sup> Bovendien waren [ Y ] en met name [ X ] slechts geïnteresseerd in een groot aantal plaatsingen en de daarmee samenhangende opbrengsten.

100. In vergelijking met een eerder opgelegde boete<sup>74</sup> wegens overtreding van artikel 4.1 Bude (het (doen) plaatsen van ongewenste software) is het college van oordeel dat in het geval van [ X ] en [ Y ] sprake is van de verspreiding van hinderlijke software, die voor een individuele eindgebruiker als een aanzienlijke inbreuk op zijn persoonlijke levenssfeer wordt ervaren. Voor individuele eindgebruikers is het effect van Links4all software groter dan de software van DollarRevenue. Er wordt immers zowel verspreiding- als advertentiesoftware geplaatst. Anders dan in het geval van DollarRevenue is echter de schaal waarop de overtredingen plaatsvond minder groot: van een bedrijfsmatige aanpak was geen sprake. Het aantal plaatsingen<sup>75</sup> van de software (en daarmee de schaal waarop de overtreding plaatsvond) is ook veel minder groot in vergelijking met voornoemde zaak, evenals het feit dat als gevolg van het geringer aantal plaatsingen de opbrengsten voor [ X ] en [ Y ] evenmin als "zeer hoog" zijn aan te merken. Wel staat vast dat [ X ] en [ Y ] opbrengsten hebben gehad.
101. 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 een minder ernstige overtreding. Dit indiceert volgens de Boetebeleidsregels een boete van maximaal € 100.000 per overtreding.<sup>76</sup>

### 8.4 Duur van de overtredingen en verwijtbaarheid

#### 8.4.1 Duur van de overtredingen

102. Het college constateert dat de verspreiding van Links4all software door betrokkenen van september 2006 tot en met 16 oktober 2007 heeft plaatsgevonden. Dit blijkt uit de e-mailconversaties tussen [ Y ] en [ X ] en de uitbetalingspecificaties van de verschillende affiliateprogramma's.
103. Het college concludeert dat de overtredingen van artikel 4.1 Bude in de periode september 2006 tot en met 16 oktober 2007 hebben plaatsgevonden. De overtredingen hebben ruim een jaar geduurd, wat naar het oordeel van het college een lange periode is voor het continueren van deze overtredingen.

---

<sup>72</sup> Een programma dat zogenaamde compressie uitvoert op een uitvoerbaar bestand, waarna het gecomprimeerde bestand in combinatie met een versleuteling wordt samengevoegd in een ander, nieuw, uitvoerbaar bestand. De inhoud van het originele bestand verandert hierdoor niet. De eigenschappen van het nieuwe bestand zijn wél veranderd. Daardoor is het nieuwe bestand moeilijker te detecteren door virusscanners.

<sup>73</sup> Zie randnummer 198 van het boeterapport.

<sup>74</sup> Besluit van het college van 5 november 2007, OPTA/IPB/2007/202311. Een openbare versie van het besluit is gepubliceerd op [www.opta.nl](http://www.opta.nl).

<sup>75</sup> 22.000.000 versus 180.000.

<sup>76</sup> Zie paragraaf 4 van de Boetebeleidsregels OPTA.

## Besluit

### OPENBAAR

#### 8.4.2 Verwijtbaarheid van de overtreders

104. Betrokkenen hebben de overtredingen bewust begaan. Dit blijkt uit het volgende:

- Betrokkenen hebben regelmatig klachten en waarschuwingen ontvangen. Deze zijn stelselmatig genegeerd;<sup>77</sup>
- De plaatsingsmethode van de software was zodanig ingericht dat gebruikers niets van de plaatsing merkte;<sup>78</sup>
- Betrokkenen hadden een actieve en bewuste rol in het misleidende karakter van de software;<sup>79</sup>
- Betrokkenen hielden inkomsten verborgen door elkaar aan te sporen geen bedragen te noemen in de e-mailconversaties<sup>80</sup> en het gebruik van een Oostenrijkse bankrekening.<sup>81</sup>

105. De overtredingen kunnen zonder meer aan betrokkenen worden toegerekend. De overtredingen waren het resultaat van een vaste praktijk die voortvloeide uit welbewuste keuzes in de wijze van aanbieden en het (doen) plaatsen van de software door betrokkenen. Het college constateert voorts dat de betrokkenen samen hebben gehandeld en in nauw overleg met elkaar.

106. Het college concludeert dat [ Y ] en [ X ] verwijtbaar hebben gehandeld. Het college concludeert ook dat er verschil bestaat in de mate van verwijtbaarheid van [ Y ] enerzijds en [ X ] anderzijds.

#### *Verwijtbaarheid [ Y ]*

107. [ Y ] is degene die het idee heeft geopperd voor de verspreiding van software via MSN-messenger en de technische uitvoering van die verspreiding voor zijn rekening heeft genomen. [ Y ] heeft zich door zijn interesse in de technische kant van de zaak niet ontvankelijk getoond voor andere aspecten van deze zaak, waarbij het met name ging om de toelaatbaarheid van de verspreiding van de software. Deze verspreiding leidde er immers toe dat het programma MSN-messenger (een veelgebruikt computerprogramma) werd gewijzigd en dat een groot aantal eindgebruikers ongewenste software op hun computer geïnstalleerd kregen. [ Y ] heeft zich bij zijn handelen niet laten tegenhouden door de gedachte dat deze eindgebruikers in hun persoonlijke levenssfeer werden geschaad en dat deze verspreidingsmethode onrechtmatig was. [ Y ] leek zich er van bewust dat hij mogelijk onrechtmatig handelde, getuige de naamgeving van de software. Bovendien ontving hij klachten van providers, die hem echter niet hebben doen besluiten de methode van verspreiding van de software te wijzigen of te staken. Integendeel, [ Y ] heeft aantoonbaar geldelijk profijt gehad van de verspreiding van de software.

#### *Verwijtbaarheid [ X ]*

<sup>77</sup> Zie hoofdstuk 6.1.2 van het boeterapport.

<sup>78</sup> Randnummer 185 en 186 van het boeterapport.

<sup>79</sup> Zie randnummer 190 van het boeterapport.

<sup>80</sup> Zie randnummer 194 van het boeterapport.

<sup>81</sup> Zie randnummer 196 van het boeterapport.

## **Besluit**

### **OPENBAAR**

108. Ten aanzien van de verwijtbaarheid van [ X ] merkt het college het volgende op. Ook [ X ] heeft een zelfstandige en noodzakelijke rol vervuld zonder welke de overtreding niet had kunnen plaatsvinden. Immers, [ X ] heeft noodzakelijke middelen verschaft om de verspreiding van de software via internet mogelijk te maken. Daarnaast heeft [ X ], net als [ Y ], zich niet laten tegenhouden door de onrechtmatigheid van de verspreidingsmethode en de inbreuk op de persoonlijke levenssfeer die dat voor eindgebruikers met zich meebracht. Het college acht de verklaring van [ X ] dat hij niet zou hebben geweten op welke wijze de software werd geplaatst niet geloofwaardig. [ X ] heeft hoe dan ook het risico genomen dat de verspreiding van de software op onrechtmatige wijze plaatsvond. Hij heeft dat risico bovendien vergroot door bij [ Y ] voortdurend aan te dringen op het realiseren van plaatsingen en daarmee van inkomsten.
109. Het college is van oordeel dat [ X ] daarenboven in meerdere opzichten een zwaarder verwijt dan [ Y ] moet worden gemaakt. [ X ], een ervaren zakenman, heeft naar het oordeel van het college misbruik gemaakt van de minderjarigheid van [ Y ]. [ X ] heeft [ Y ] immers voortdurend aangespoord om veel plaatsingen te realiseren, zonder rekening te houden met mogelijke risico's of de kans dat de plaatsingen onrechtmatig zouden zijn.
110. Verder acht het college verwijtbaar dat [ X ] een aanzienlijk groter materieel voordeel had bij de plaatsingen van de software. Het college heeft geen aanwijzingen dat [ X ], zoals laatstgenoemde tijdens de hoorzitting heeft gesteld, de opbrengsten die op zijn Oostenrijkse bankrekening werden gestort wel heeft gedeeld met [ Y ] conform de afspraak (zie randnummer 60). [ X ] heeft deze stelling ook op geen enkele wijze aannemelijk gemaakt.
111. Samenvattend acht het college het handelen van [ X ] verwijtbaar vanwege de volgende redenen:
- [ X ] heeft de financiële middelen en de (persoons)gegevens verschaft waarmee de overtreding begaan kon worden;
  - [ X ] was zich bewust van het illegale karakter van de Links4all software;
  - [ X ] heeft er bij [ Y ] op aangedrongen om het aantal plaatsingen te maximaliseren;
  - [ X ] heeft in zijn hoedanigheid als ervaren zakenman misbruik gemaakt van de minderjarigheid van [ Y ];
  - [ X ] heeft meer geprofiteerd van de opbrengsten van de Links4all software dan [ Y ].

## **9 De vaststelling van de hoogte van de boete**

### **9.1 Boeteverzwarende of -verlagende omstandigheden**

112. Ten aanzien van [ Y ] acht het college de volgende boeteverlagende omstandigheid aanwezig die betrokken wordt bij de vaststelling van de hoogte van de boete. Gedurende een kort deel van

## **Besluit OPENBAAR**

de periode van de overtreding was [ Y ] minderjarig.<sup>82</sup> Deze omstandigheid dient volgens het college een matigend effect te hebben bij de vaststelling van de hoogte van de boete. De gemachtigde van [ Y ] heeft tijdens de hoorzitting bovendien naar voren heeft gebracht dat het college rekening zou moeten houden met de psychische gesteldheid van [ Y ]. Het college merkt op dat gemachtigde echter geen feitelijke onderbouwing heeft gegeven van die psychische problemen van [ Y ]. De psychische omstandigheden van [ Y ] zijn derhalve wel gesteld maar door het ontbreken van die feitelijke onderbouwing niet gebleken. Het college ziet op grond daarvan geen aanleiding om laatstgenoemde omstandigheden als boeteverlagende omstandigheden aan te merken.

113. Ten aanzien van [ X ] overweegt het college dat [ X ] in gebreke is gebleven met het leveren van informatie over zijn Oostenrijkse bankrekening over de periode 2006. Het college stelt tevens vast dat hij soortgelijke gegevens over 2007 wél heeft aangeleverd. Het college heeft hiervoor in randnummer 67 aangegeven onvoldoende aanleiding te zien om het niet verstrekken van gegevens door [ X ] aan te merken als een zelfstandige overtreding van de verplichting tot medewerking. Het college merkt deze nalatigheid van [ X ] wel aan als een boeteverzwarende omstandigheid.

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

114. Het college stelt vast dat er sprake is van een groot aantal overtredingen van artikel 4.1, eerste lid, aanhef en onder a, Bude en van artikel 4.1, eerste lid, aanhef en onder b, Bude die als minder ernstig worden aangemerkt. De overtredingen hebben een lange periode<sup>83</sup> geduurd. Er is verder 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.
115. 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 overtredingen. Nu het in deze zaak gaat om een groot aantal overtredingen die in hoge mate vergelijkbaar zijn en die in hun onderling verband moeten worden beschouwd, ligt het niet in de rede per overtreding een aparte boete op te leggen. Bij de vaststelling van de boete is het college er van uitgegaan dat de overtredingen zijn aan te merken als één grote, samenhangende overtreding. Met toepassing van dit uitgangspunt heeft het college voor [ X ] en [ Y ] een op te leggen boete voor het geheel van de overtredingen vastgesteld.
116. 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. 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.

---

<sup>82</sup> [ Y ] was minderjarig in de periode september 2006 – oktober 2006.

<sup>83</sup> Zie randnummer 102.

## **Besluit**

### **OPENBAAR**

117. 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 waarmee tot uitdrukking komt dat er sprake is van minder ernstige overtredingen. De bandbreedte van de boetecategorie bestrijkt €0 tot maximaal € 100.000. In het licht van al het voorgaande acht het college in het onderhavige geval voor [ Y ] een boete van in beginsel € 20.000 passend. De boeteverlagende omstandigheid in het geval van [ Y ], zoals het college die hiervoor in randnummer 112 heeft uiteengezet die het college, leiden er toe dat het college deze boete vermindert tot een bedrag van € 16.000.
118. Zoals het college in de randnummers 109 tot en met 111 uiteengezet, acht hij de gedragingen van [ X ] op een aantal aspecten verwijtbaarder dan de gedragingen van [ Y ]. Gelet op deze aspecten tussen de verwijtbaarheid van [ X ] en de verwijtbaarheid van [ Y ], komt het college tot de conclusie dat derhalve aan [ X ] in beginsel een boete van € 80.000 moet worden opgelegd. Daarenboven leiden de hiervoor in randnummer 113 beschreven boeteverhogende omstandigheden in het geval van [ X ] tot een boete van € 88.000.
119. Het college is op grond van al het voorgaande eveneens van oordeel dat de hoogte van de boete voldoet aan de eis dat de nadelige gevolgen niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.<sup>84</sup> Het feit dat [ Y ] en [ X ] beiden als natuurlijk persoon een boete krijgen opgelegd, heeft het college in zijn afwegingen betrokken.

## **10 Besluit**

120. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit:
- stelt vast dat de gedragingen van [ Y ] en [ X ], ieder voor zich en in onderlinge samenwerking, zoals beschreven in het onderhavige besluit, een overtreding vormen van artikel 4.1 van het Bude;
  - stelt vast dat [ Y ], gezien zijn handelingen en activiteiten, wordt verweten gedragingen te hebben verricht die hebben geleid tot overtreding van artikel 4.1 van het Bude;
  - stelt verder vast dat [ X ], gezien zijn handelingen en activiteiten, zijn ervaring, en gezien het feit dat hij een groter materieel voordeel heeft genoten bij de plaatsingen van de software, een groter verwijt dan [ Y ] wordt gemaakt ten aanzien van de gedragingen die hebben geleid tot overtreding van artikel 4.1 van het Bude;
  - legt wegens overtreding van artikel 4.1 Bude aan
    - a) [ X ], in persoon een boete op van € 88.000;
    - b) [ Y ], in persoon een boete op van € 16.000.

---

<sup>84</sup> Zie artikel 3:4, tweede lid, van de Awb.

## Besluit OPENBAAR

121. Deze beschikking is gericht tot de hiervoor in randnummer 120, laatste aandachtspunt onder a) en b) genoemde natuurlijke personen.
122. De hierboven in randnummer 120 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

### **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.*