

Rb Rotterdam, 7 oktober 2008, OPTA – Boete Spamverbod

PROCESRECHT

€ 75.000 boete voor overtreder spamverbod

- Met inachtneming hiervan en met het oog op de speciale en generale preventie die van punitieve sancties als de onderhavige uit dient te gaan is de rechtbank, gelet op al hetgeen hiervoor is overwogen, van oordeel dat een boete ten bedrage van € 75.000,=, voor overtreding van artikel 11.7, eerste en derde lid, van de Tw, in dit geval niet onevenredig is te achten.

Vindplaatsen: LJN: [BG0283](#); Mediaforum 2008, nr. 41, p. 462.

Rb Rotterdam, 7 oktober 2008

(A.I. van Strien, J.W.H.G. Loyson, M.J.S. Korteweg-Wiers)

Uitspraak

RECHTBANK ROTTERDAM

Sector Bestuursrecht

Meervoudige kamer

Reg.nr.: TELEC 07/3095-STRN

Uitspraak in het geding tussen

[naam eiser], wonende te [woonplaats], eiser, gemachtigde mr. drs. L.H.M. Eijpe, advocaat te Naarden, en

het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA), verweerder.

1 Ontstaan en loop van de procedure

Bij besluit van 21 december 2006 (hierna: het primaire besluit) heeft verweerder aan eiser ter zake van het hebben verzonden van grote hoeveelheden ongevraagde berichten (spam), in de periode van 12 september 2004 tot 10 november 2005, een boete van € 75.000,= opgelegd wegens overtreding van artikel 11.7, eerste en derde lid, van de Telecommunicatiewet (verder: Tw).

Tegen dit besluit heeft eiser bij brief van 31 januari 2007 bezwaar gemaakt. Bij brief van 16 februari 2007 heeft eiser de gronden van bezwaar ingediend.

Bij besluit van 16 juli 2007 heeft verweerder het bezwaar ongegrond verklaard.

Tegen dit besluit (hierna: het bestreden besluit) heeft eiser bij brief van 24 augustus 2007 beroep ingesteld. Bij brief van 25 september 2007 heeft eiser de beroepsgronden ingediend.

Verweerder heeft bij brief van 24 april 2008 een verweerschrift ingediend.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 4 juli 2008. Eiser en zijn gemachtigde zijn verschenen. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door mr. L.H. la Roi, bijgestaan door de heren M.M. de Keizer en D.R. Molenaar.

2 Overwegingen

Juridisch kader

Hoofdstuk 11 van de Tw ziet op “bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer”.

Artikel 11.7 van de Tw (spam-verbod) implementeert artikel 13 van de Richtlijn privacy en elektronische communicatie, dat regels geeft voor ongewenste/ongevraagde communicatie met het oog op direct marketing.

Artikel 11.7 van de Tw luidt, voor zover hier relevant, als volgt:

“1. Het gebruik van automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden aan abonnees is uitsluitend toegestaan, mits de verzender kan aantonen dat de desbetreffende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend, onverminderd hetgeen is bepaald in het tweede lid.

2. (...)

3. Bij het gebruik van elektronische berichten voor de in het eerste lid genoemde doeleinden dienen te allen tijde de volgende gegevens te worden vermeld:

a. de werkelijke identiteit van degene namens wie de communicatie wordt overgebracht, en

b. een geldig postadres of nummer waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kan richten.

4. (...)

Ingevolge artikel 11.8 van de Tw is de toepassing van artikel 11.7 beperkt tot abonnees die natuurlijke personen zijn.

Artikel 15.4, vierde lid, van de Tw bepaalt dat verweerder ingeval van overtreding van de bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, Tw, bedoelde voorschriften, waaronder overtreding van artikel 11.7 van de Tw, de overtreder een boete kan opleggen van ten hoogste € 450.000,=. Artikel 15.4, vijfde lid, van de Tw bepaalt dat de hoogte van de boete in ieder geval wordt afgestemd op de ernst en de duur van de overtreding, alsmede op de mate waarin de overtreder daarvan een verwijt kan worden gemaakt.

Ter zake van boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Tw heeft verweerder beleidsregels vastgesteld (hierna: Boetebeleidsregels), die op 2 augustus 2005 in werking zijn getreden. Als bijlage bij de Boetebeleidsregels is eveneens het “Boetebeleid en handhavingsbeleid spam” (hierna: Boetebeleid Spam) vastgesteld. Met dit document verschaft verweerder inzicht in de criteria op basis waarvan hij overgaat tot het treffen van handhavende maatregelen wanneer het gaat om overtredingen van het zo genoemd spamverbod.

Feiten en omstandigheden

Op 28 september 2006 is een boeterapport in de zin van artikel 15.8 van de Tw opgesteld, dat ziet op vermoedens van overtredingen van artikel 11.7, eerste en derde lid, van de Tw. In het kader van het onderzoek naar voornoemde overtreding hebben toezichthoudende ambtenaren op 1 november 2005 een onaangekondigd bezoek aan eisers woning gebracht. Daarbij is inzage gevorderd in bepaalde gegevens en bescheiden, waar-

onder een deel van de financiële administratie, gegevensdragers en computerapparatuur. Verder heeft eiser inlichtingen verstrekt en een aantal verklaringen afgelegd. Op basis van het onderzoek heeft de toezichthoudend ambtenaar in het voornoemde boeterapport geconcludeerd dat eiser het zogenoemde spamverbod (in casu zowel het eerste als het derde lid van artikel 11.7 van de Tw) heeft overtreden. Bij het primaire besluit is aan eiser een boete van € 75.000,= opgelegd voor het in strijd met artikel 11.7 van de Tw verzenden van grote hoeveelheden ongevraagde berichten. Bij het bestreden besluit heeft verweerder eisers bezwaren ongegrond verklaard.

Standpunt van verweerder

Bij het bestreden besluit stelt verweerder allereerst vast dat eiser niet ontkent dat hij het in artikel 11.7 van de Tw neergelegde verbod heeft overtreden.

Verweerder stelt verder dat een overtreding van het spamverbod getypeerd dient te worden als een minder zware overtreding van de Tw aangezien daardoor de belangen van eindgebruikers worden geschaad, maar niet in die (aanzienlijke mate) dat deze als zware of zelfs zeer zware overtreding kan worden aangemerkt. Verweerder stelt verder dat naast de zwaarte van de overtreding rekening wordt gehouden met de economische context en de bijzondere omstandigheden waaronder de overtreding heeft plaatsgevonden. Vanwege de aantallen verzonden berichten, de inkomsten van eiser, de veroorzaakte schade door het bericht en het feit dat eiser met de verzonden berichten meerdere leden van artikel 11.7 van de Tw heeft overtreden, meent verweerder in dit geval de overtreding als een ernstige overtreding te moeten kwalificeren.

Verweerder merkt in dit verband op dat uit berekeningen, uitgevoerd aan de hand van het onderzoek door de toezichthoudende ambtenaren, blijkt dat eiser zo'n negen miljard berichten heeft verzonden. Hoewel eiser gedurende het onderzoek weliswaar vraagtekens heeft geplaatst bij dit aantal, heeft hij desondanks nimmer een berekening laten zien of op andere wijze aannemelijk gemaakt dat hij een ander aantal berichten heeft verstuurd. Eisers argument dat hij naast het verzenden van spamberichten ook nog dertig uur per week aan het werk was, treft volgens verweerder geen doel nu de meeste bulkverzendingen plaats vinden nadat het bericht is klaargezet en de adressen zijn toegevoegd zonder menselijke tussenkomst, hetgeen betekent dat verzendingen ook 's-nachts geschieden.

Verweerder merkt daarnaast op het onderzoek te zijn gestart naar aanleiding van klachten op internetfora. Dat er geen klachten zijn binnengekomen via www.spamklacht.nl doet hier niet aan af. Verweerder kan eiser niet volgen in zijn stelling dat alleen ontvangen berichten schade kunnen aanrichten aangezien op grond van artikel 11.7 van de Tw reeds het verzenden van ongevraagde berichten verboden is, ongeacht of het bericht wordt ontvangen. Daarnaast wijst verweerder erop dat berichten die niet aankomen voor overlast kunnen zorgen bij de eindgebruiker omdat deze worden gevangen in het spamfilter of door de internetprovider. Voorts kunnen niet aangekomen berichten zorgen voor

congestie op het internet. Wanneer dit verzenden via open proxies gebeurt, zoals eiser heeft gedaan, dan wordt de computer van een argeloze eindgebruiker misbruikt voor het verzenden van spam, waarbij internetproviders over kunnen gaan tot het afsluiten van een eindgebruiker. Dit alles betekent dat de verzending van de berichten van eiser wel degelijk schade kan toebrengen aan de eindgebruiker.

De aannames omtrent de inkomsten die eiser heeft verkregen door het verzenden van de berichten heeft verweerder gebaseerd op verklaringen van eiser zelf en op diens boekhouding. Verweerder komt, op basis van het door eiser gestelde dat hij tussen de 0 en 200 dollar per dag verdiende, uit op een verdiensten tussen de 0 en 78.000 dollar in de dertien maanden dat de overtreding heeft geduurd. De berekening in het boeterapport is erop gebaseerd dat eiser 134 dollar per dag verdiende met het verzenden van berichten. De kosten die eiser heeft gemaakt neemt verweerder niet mee in de berekening van de verdiensten, omdat dit zou impliceren dat een overtreder die geen geldelijk voordeel behaalt bij zijn overtreding een minder ernstige overtreding begaat dan een overtreder die wel geldelijk voordeel behaalt.

Volgens verweerder is er geen sprake van boeteverlagende omstandigheden en deelt hij niet de mening van eiser dat het primaire besluit onvoldoende is gemotiveerd dan wel onzorgvuldig is voorbereid. Met betrekking tot het evenredigheidsbeginsel merkt verweerder op dat op grond van het Boetebeleid Spam de vermogenspositie van overtreder een rol kan spelen bij de vaststelling van de hoogte van de boete. Wat betreft eisers stelling, dat hij het verdiende geld niet meer heeft, overweegt verweerder dat eiser met het overleggen van een enkel bankafschrift niet aannemelijk heeft gemaakt dat zijn vermogenspositie dusdanig is dat hij de boete niet kan betalen. Eerst met een aangifte van de inkomstenbelasting kan een reëel inzicht worden verschaft in zijn vermogenspositie, op grond waarvan verweerder bij het vaststellen van de hoogte van de boete de vermogenspositie van eiser zou kunnen betrekken. Nu eiser onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt wat zijn vermogenspositie werkelijk is, ziet verweerder geen aanleiding om daarmee bij de vaststelling van de hoogte van de boete rekening te houden.

Standpunt van eiser

Eiser heeft verklaard in 2004 en 2005 gemiddeld 30 uur per week bezig te zijn geweest met advertentie- c.q. reclamewerkzaamheden op het internet. Daarnaast heeft hij zich bezig gehouden met het versturen van zogenaamde spamberichten, vanaf servers die in Amerika stonden. Eiser stelt daarbij niet veel inkomsten te hebben gegenereerd. In oktober 2005 is hij daar dan ook om die reden mee gestopt.

Eiser is in de eerste plaats van mening dat het bestreden besluit in strijd is met de Boetebeleidsregels. In dit verband merkt hij op dat uit deze regels volgt dat het versturen van spamberichten in de categorie minder zware overtredingen valt, waarbij de hoogte van de boete maximaal € 100.000,= bedraagt. Eiser erkent verder dat uit artikel 3.3 van het Boetebeleid Spam volgt dat de daarin genoemde criteria ter invulling van

de ernst van de overtreding niet cumulatief zijn en dat niet aan alle criteria hoeft te zijn voldaan, doch merkt op dat uit dit artikel wel volgt dat de criteria in onderlinge samenhang moeten worden gezien. Aan het feit dat aan een groot deel van de criteria niet wordt voldaan, dient dan ook belang te worden gehecht. Naar de mening van eiser staat vast dat een groot deel van die criteria niet zijn meegenomen in de vaststelling van de ernst van de overtreding. Ter zake van de wel meegenomen criteria merkt eiser het volgende op.

Aantal verstuurd berichten.

Eiser is het niet eens met verweerders stelling dat deze mag uitgaan van eisers verklaringen en het onderzoek van de toezichthoudend ambtenaar, nu eiser gedurende het onderzoek heeft verklaard dat die berekeningen niet correct zijn. Verweerders uitgangspunt dat het op de weg van eiser ligt te onderbouwen waarom het genoemde aantal van 9 miljard berichten onjuist zou zijn, is volgens eiser onjuist. Dit zou immers een omkering van het bewijslast inhouden. Eiser wijst er op dat de toezichthoudende ambtenaar zich wat betreft het aantal verzonden berichten uitsluitend baseert op de aantallen die eiser meldt in chatberichten en in gesprekken met de toezichthoudende ambtenaren, en wijst er verder op dat hij zich in een vijftal chatgesprekken tot afspraak heeft laten verleiden en zich heeft laten ontvallen dat hij tussen de 1-3 miljoen berichten per uur verzendt. Eiser stelt steeds te hebben verklaard dat deze aantallen niet klopten en dat de spamactiviteiten naast zijn eigenlijke werkzaamheden hebben plaats gevonden. Ook gaat verweerder er ten onrechte vanuit dat de servers uitsluitend voor het versturen van spamberichten werden gebruikt. Bovendien zegt het aantal verzonden berichten, aldus eiser, nog niets over het aantal berichten dat is aangekomen bij natuurlijke personen. De mailinglijsten waarmee werd gewerkt, waren vervuild. Deze bevatten zeer veel niet-bestaande e-mailadressen of e-mailadressen van rechtspersonen. Bij slechtere lijsten komt er gemiddeld maar 10 tot 20% van de berichten aan. Doordat zowel het aantal dagen, uren, servers als het aantal berichten dat in de berekening wordt gebruikt onjuist is, is er onvoldoende overtuigend bewijs dat er sprake is van het versturen van 9 miljard berichten aan natuurlijke personen. Dit aantal kan dus niet worden gebruikt als basis voor het opleggen van een boete.

Aantal klachten

Eiser merkt op dat verweerder geen enkele klacht via de websites www.spamklacht.nl en www.spamvrij.nl heeft ontvangen. Verweerder verwijst weliswaar naar klachten in speciale klachtengroepen op internet, maar de betrouwbaarheid van dergelijke klachtengroepen is volgens eiser gering. Onduidelijk is of deze klachten betrekking hebben op een overtreding van artikel 11.7 van de Tw. Dit is met name van belang omdat, indien over bepaalde spam heel weinig klachten zijn ontvangen, dit als een boeteverlagende omstandigheid is aan te merken. De afwezigheid van klachten via www.spamklacht.nl en www.spamvrij.nl laat volgens eiser bovendien zien dat het onaannemelijk is dat eiser 9 miljard spamberichten heeft verstuurd.

Veroorzaakte schade door het bericht aan eindgebruikers

Naar de mening van eiser heeft verweerder niet overtuigend bewezen dat hij schade heeft veroorzaakt bij eindgebruikers. Het is zeer goed mogelijk dat natuurlijke personen de berichten nooit hebben ontvangen en er dus helemaal geen schade is geleden. De afwezigheid van klachten doet dat ook vermoeden. Verweerder baseert de conclusie louter op eigen aannames en interpretaties. Er ligt geen enkel bewijs aan ten grondslag.

Nu verweerder slechts deze drie criteria, waarbij geenszins sprake is van overtuigend bewijs, aan zijn conclusie ten grondslag heeft gelegd, had verweerder volgens eiser tot de conclusie moeten komen dat er sprake is van een minder ernstige, in plaats van een ernstige overtreding, waarbij de boete maximaal € 100.000,= in plaats van € 300.000,= bedraagt. Ten onrechte heeft verweerder gemeend dat het uitzonderlijke hoge aantal verzonden berichten en de daarmee gegenereerde inkomsten daartoe aanleiding geeft. Ter zake van het aantal verzonden berichten verwijst eiser naar het vorenstaande. Wat betreft de gegenereerde inkomsten van minimaal 52.000 dollar, merkt eiser op dat verweerder dit bedrag uitsluitend baseert op een benadering naar aanleiding van hetgeen eiser zelf in een negental chatberichten heeft gemeld. Indien de bedragen uit de negen chatberichten bij elkaar worden opgeteld dan komt er een bedrag uit van nog geen 10.000 dollar. Aan de hand van de chatberichten wordt dus niet bewezen dat er 52.000 dollar is verdiend. De vermeende inkomsten worden in ieder geval niet gebaseerd op eisers bankafschriften. Eiser stelt niet precies te weten hoeveel hij in werkelijkheid met het verzenden van spam heeft verdiend. Hij denkt dat hij tussen de 0 en 200 dollar per dag verdiende, doch stelt dat dit soms niet genoeg was om uit de kosten te komen.

Eiser stelt zich verder op het standpunt dat verweerder ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de boeteverlagende omstandigheden, als genoemd in artikel 6.3 van de Boetebeleidsregels. Vast staat immers blijkens de bankrekening en de verklaringen van eiser, dat hij met het versturen van spamberichten geen winst heeft gemaakt. Daarnaast was hij op het moment dat de toezichthoudende ambtenaren bij hem binnen vielen al gestopt met zijn activiteiten en heeft hij alle medewerking aan het onderzoek verleend.

Voorts stelt eiser zich op het standpunt dat het bestreden besluit ondeugdelijk is gemotiveerd. Hij wijst er op dat het opleggen van een bestuurlijke boete een sanctie is met een punitief karakter, hetgeen met zich brengt dat aan de bewijsvoering ten aanzien van de overtreding en aan de motivering van het sanctiebesluit strenge eisen dienen te worden gesteld. Onderdelen van het bestreden besluit, zoals het aantal verstuurd berichten en de gegenereerde inkomsten zijn uitsluitend gebaseerd op aannames van de toezichthoudend ambtenaar. Er liggen geen - bewezen - feiten aan ten grondslag. In die zin kan ook gesteld worden dat er sprake is van een onzorgvuldige voorbereiding, immers het onderzoek van de toezichthoudend ambtenaar heeft

geen, of onvoldoende, bewijs opgeleverd om het opleggen van de onderhavige boete te rechtvaardigen.

Eiser is tot slot van mening dat het bestreden besluit in strijd is met het evenredigheidsbeginsel. Naast dat de overtreding niet getypeerd kan worden als een ernstige overtreding en verweerder evenzeer met de boeteverlagende omstandigheden rekening had moeten houden, dient tevens met eisers draagkracht rekening gehouden te worden. Juist bij hogere boetes moet een bestuursorgaan zich er van vergewissen dat de boete, mede gelet op de draagkracht van de overtreder, geen onevenredige gevolgen heeft. Zulks volgt ook uit artikel 5.2 van het Boetebeleid Spam. Uit de bankrekeningoverzichten volgt dat eiser de boete niet kan betalen. Eiser dreigt derhalve failliet te gaan, hetgeen volgens eiser niet in verhouding staat tot de ernst van de overtreding.

Beoordeling

Vast staat dat eiser in de periode van 12 september 2004 tot en met 10 november 2005 het in artikel 11.7 van de Tw neergelegde spamverbod heeft overtreden.

Ingevolge artikel 15.4, vierde lid, van de Tw is verweerder bevoegd een bestuurlijke boete op te leggen ter zake van overtreding van artikel 11.7 van de Tw.

Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder, gelet op haar beleid zoals neergelegd in het Boetebeleid Spam, in redelijkheid kunnen besluiten in het onderhavige geval van deze bevoegdheid gebruik te maken

Kern van het geschil tussen partijen betreft de hoogte van de door verweerder aan eiser opgelegde boete.

Volgens vaste jurisprudentie, ook van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens en het Hof van Justitie, dient de rechter de hoogte van een opgelegde boete “vol” te toetsen. Dat wil zeggen dat de rechter ten volle beoordeelt of, alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, (on)evenredigheid bestaat tussen de overtreding en de opgelegde boete. Deze norm ligt besloten in zowel artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) als in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de bescherming van de Rechten van de Mens en de Fundamentele Vrijheden (hierna: EVRM). Indien de rechter oordeelt dat deze norm is geschonden, mag hij ook - met gebruikmaking van de bevoegdheid om zijn uitspraak in de plaats te stellen van het door hem vernietigde besluit - zelf een lagere boete opleggen of eventueel de boete op nihil stellen.

Bij het gebruikmaken van de bevoegdheid tot boeteplegging is verweerder allereerst gehouden aan de Boetebeleidsregels. Deze hebben als wettelijk uitgangspunt dat de hoogte van de boete in ieder geval moet worden afgestemd op de elementen ernst en duur van de overtreding, alsmede op de verwijtbaarheid jegens de overtreder.

De ernst van de overtreding wordt bepaald door allereerst de zwaarte van de overtreding in abstracto te bepalen en deze daarna te bezien in het licht van de omgevingsfactoren. Deze optelsom bepaalt de definitieve kwalificatie van de overtreding: zeer ernstig, ernstig of minder ernstig. Aan elke kwalificatie is voorts een boetecategorie met een maximum boete verbonden. Deze belooft respectievelijk € 450.000,= (of,

indien dit meer is, maximaal 10% van de relevante omzet), € 300.000,= en € 100.000,=.

De mogelijke overtredingen heeft verweerder in abstracto in drie categorieën onderverdeeld: zeer zwaar, zwaar en minder zwaar. De rechtbank is met verweerder van oordeel dat de in dit geval door eiser geschonden norm in het licht van de door verweerder in de Boetebeleidsregels onder de categorieën opgesomde voorbeelden gekwalificeerd dient te worden als een minder zware overtreding.

Vervolgens dient de rechtbank te beoordelen of verweerder eisers overtreding, in het perspectief van de omgevingsfactoren, terecht als een ernstige overtreding heeft gekwalificeerd.

Verweerder is bij het bepalen van de ernst van de overtreding uitgegaan van de volgende drie criteria, te weten het aantal verstuurd berichten, het aantal klachten en de veroorzaakte schade. Voorts heeft verweerder daarbij betrokken de genoten inkomsten en het feit dat eiser meerdere leden van artikel 11.7 van de Tw heeft overtreden.

Ten aanzien van het aantal verzonden berichten staat vast dat eiser geen eigen administratie had en niet bijhield hoeveel berichten hij verzond. De conclusie dat eiser minimaal 9 miljard berichten heeft verstuurd is gebaseerd op hetgeen eiser zelf herhaaldelijk tegenover de toezichthoudend ambtenaar heeft verklaard. Voorts vormen de hoeveelheid bij eiser aangetroffen mailadressen en de bij hem aangetroffen software gereede aanwijzingen dat eiser in staat was om grote aantallen berichten te versturen. Van slechts een schatting is dan ook geen sprake. Integendeel, de berekening die de toezichthoudend ambtenaar heeft gemaakt om tot het aantal verzonden berichten te komen, is gebaseerd op een aantal feiten, waaronder verklaringen van eiser zelf. In dit verband merkt de rechtbank nog op dat eiser zelf niet aannemelijk maakt, noch daartoe een poging heeft gedaan, wat dan wel het werkelijk door hem verzonden aantal berichten zou zijn geweest. Eiser heeft niet meer gesteld dan dat hij moeite heeft met de rekensommen van de toezichthoudend ambtenaar. Uit vaste jurisprudentie, waaronder de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 13 maart 2007, AWB06/418 (LJN: BA1577), volgt dat wanneer de juistheid van de waarnemingen van de toezichthoudend ambtenaar niet gemotiveerd en evenmin op geloofwaardige wijze worden betwist, verweerder daar vanuit mag gaan. Nu bij verweerders berekeningen bovendien nog is uitgegaan van hoeveelheden die ruim onder het gemiddelde (van de in de afgelegde verklaringen genoemde aantallen) liggen en waarbij rekening is gehouden met de omstandigheden die eiser heeft genoemd, waaronder die dat niet alle servers tegelijk aan stonden, acht de rechtbank de gehanteerde rekensom realistisch en heeft verweerder deze in redelijkheid bij zijn beoordeling van de ernst van de overtreding kunnen betrekken.

De berekeningen van de verdiensten van eiser (minimaal 52.000 dollar, gerelateerd aan een gemiddelde verdienste van 134 dollar per dag), verkregen met het verzenden van spamberichten, heeft verweerder geba-

seerd op verklaringen van eiser zelf en op hetgeen uit zijn boekhouding valt af te leiden.

Eiser heeft, teneinde verweerders berekeningen te ontcrachten, enkele bankafschriften, die slechts betrekking hebben op een gedeelte van de periode van de overtreding, aan de rechtbank overgelegd. Daarmee heeft eiser naar het oordeel van de rechtbank echter onvoldoende aannemelijk gemaakt dat dit al zijn inkomsten, genoten wegens het verzenden van spamberichten, zijn geweest. Naast dat algemeen bekend is dat inkomsten, verkregen met het verzenden van spam, moeilijk traceerbaar zijn omdat ze bijvoorbeeld op buitenlandse bankrekeningen worden gezet dan wel dat er door middel van cheques wordt betaald, die vervolgens in contant geld worden omgezet, heeft eiser over de bedoelde periode geen aangifte voor de inkomstenbelasting gedaan. Een kopie van de aangifte van de inkomstenbelasting zou immers een reëel inzicht kunnen verschaffen in alle door eiser behaalde verdiensten. Verder is vast komen te staan dat eiser gebruik maakte van een Epassport-creditcard, een elektronische creditcard die het mogelijk maakt geld via het internet over te boeken en te ontvangen. Het gebruik van Epassport en cheques (welk gebruik niet door eiser is betwist) in combinatie met diens weigering om inzicht te bieden in zijn inkomsten en uitgaven, betekent dat het onmogelijk is om exact vast te stellen hoeveel eiser heeft verdiend. Nu de toezichhoudend ambtenaar heeft aangegeven dat in de logfile die eiser bewaarde van gesprekken die hij met derden voerde, passages zijn te vinden waarin hij inzicht geeft in zijn verdiensten, die duidelijk maken dat zijn verdiensten in de bandbreedte 200-400 dollar zouden hebben gelegen, met uitschieters tot 800 dollar, kan de vaststelling van verweerder dat eisers maandinkomen 4000 dollar moet hebben belopen als conservatief worden beschouwd. Gelet hierop en het feit dat eiser zijn enkele stelling, dat hij soms niet uit de kosten kwam dan wel dat de opbrengsten minder waren dan de kosten, niet heeft onderbouwd, noch aannemelijk heeft gemaakt, heeft verweerder naar het oordeel van de rechtbank bij het bestreden besluit in redelijkheid de desbetreffende berekeningen van de toezichhoudend ambtenaar kunnen volgen.

De rechtbank is wat betreft het aantal klachten met verweerder van oordeel dat deze bevoegd is om handhavend op te treden tegen iedere overtreding van artikel 11.7 van de Tw, ongeacht de vraag of daarvoor bij verweerder via www.spamklacht.nl klachten zijn binnengekomen of niet. In dit geval heeft verweerder aanleiding gezien een onderzoek te starten naar aanleiding van klachten op internetfora en tips van marktpartijen. In het Boeterapport van 28 september 2006 merkt de toezichhoudend ambtenaar op dat veelvuldig over de spamberichten van eiser is geklaagd. Honderden klachten zijn beschikbaar. Daarvan heeft verweerder vier klagers benaderd en van hen een aanvullende verklaring gevraagd teneinde vast te stellen dat deze klagers als natuurlijk persoon abonnee zijn in de zin van de Tw. Deze natuurlijke personen hebben daartoe een verklaring afgelegd. Eiser heeft het bestaan van die klachten niet ontkend noch aannemelijk weten

te maken dat verweerder ten onrechte deze klachten bij zijn beoordeling heeft betrokken.

Hoewel de daadwerkelijk geleden schade niet eenvoudig is vast te stellen, kan ervan worden uitgegaan dat als gevolg van de door eiser verzonden spamberichten schade is ontstaan bij de eindgebruikers. Niet alleen de aard en de inhoud van de berichten zorgen voor irritatie bij eindgebruikers, ook het enkele feit dat ongevraagd berichten worden verzonden is op zichzelf genomen onrechtmatig en daarmee schadelijk. De schadelijkheid blijkt onder meer uit een flink aantal klachten over eisers spamberichten. De rechtbank is voorts met verweerder van oordeel dat artikel 11.7 van de Tw uitsluitend het verzenden van ongevraagde communicatie verbiedt. Hoeveel berichten zijn aangekomen is niet relevant: veel berichten worden immers door ISP's door middel van spamfilters tegengehouden. Maar ook deze gefilterde berichten zijn schadelijk en vormen een reëel aspect, die de mate van ernst van de overtreding bepaalt. Voorts kunnen niet aangekomen berichten zorgen voor congestie op het internet. De rechtbank stelt verder vast dat eiser gebruik heeft gemaakt van zogenaamde open proxies. In die gevallen wordt de computer van een argeloze eindgebruiker misbruikt voor het verzenden van spam. Internetproviders gaan, zo leert de ervaring, over tot het afsluiten van een eindgebruiker bij het verzenden van grote hoeveelheden (spam)berichten. Dit alles betekent dat verweerder in zijn standpunt kan worden gevolgd, waar deze heeft gesteld dat de verzending van de vele berichten door eiser nogal wat (immateriële) schade heeft toegebracht aan de eindgebruiker.

In dit verband merkt de rechtbank tenslotte nog op dat de omstandigheid dat enkele van de criteria van artikel 3.2 van het Boetebeleid Spam niet bij verweerders beoordeling zijn meegenomen, niet afdoet aan het oordeel over de ernst van de overtreding. Hoewel de in artikel 3.2 genoemde criteria in onderlinge samenhang bezien kunnen worden, blijkt uit niets dat het voor verweerder noodzakelijk is om steeds alle genoemde criteria te betrekken bij de beoordeling van de ernst van een overtreding.

Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen alsmede de constatering dat er in casu sprake is geweest van een overtreding van zowel het eerste als het derde lid van artikel 11.7 van de Tw, is de rechtbank van oordeel dat verweerder op basis van de Boetebeleidsregels en het Boetebeleid Spam terecht heeft bepaald, dat er in dit geval sprake is van een "ernstige" overtreding, waarbij de hoogte van de boete maximaal € 300.000,= bedraagt.

De rechtbank stelt vast dat verweerder op grond van zijn beleid - welk beleid de rechtbank niet onredelijk acht - binnen de bandbreedte van deze boetecategorie bij het opleggen van de boete rekening houdt met onder meer de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder. Verder is het beleid er op gericht dat de hoogte van de boete eiser van een volgende overtreding dient te weerhouden, maar ook dat andere potentiële overtreders hierdoor worden afgeschrikt. Ter zake van spam dient tevens rekening gehouden te wor-

den met de persoon van de overtreder. Diens bekendheid als spammer kan daarbij een rol spelen.

In dit kader is de rechtbank van oordeel dat verweerder terecht tot de conclusie is gekomen dat de overtreding, die een aanzienlijke tijdsduur omvat, volledig aan eiser is toe te rekenen. Eiser heeft ook toegegeven spam te hebben verzonden en wist bovendien dat het verzenden van spam voor overlast en irritatie zorgde. Hij was immers zelf internetondernemer. Voorts dacht eiser de dans te ontspringen, omdat degenen die door verweerder beboet waren, volgens eiser, geen gebruik maakten van een buitenlandse server. Omdat eiser dat wel deed, zou verweerder hem toch niet kunnen traceren, zo meende eiser. Eiser heeft dus serieus nagedacht over de door hem gepleegde feiten en welbewust een overtreding begaan.

Met inachtneming hiervan en met het oog op de speciale en generale preventie die van punitieve sancties als de onderhavige uit dient te gaan is de rechtbank, gelet op al hetgeen hiervoor is overwogen, van oordeel dat een boete ten bedrage van € 75.000,=, voor overtreding van artikel 11.7, eerste en derde lid, van de Tw, in dit geval niet onevenredig is te achten. De boete is relatief laag in de bandbreedte van de boetecategorie, dit als gevolg van het feit dat verweerder rekening heeft gehouden met de omstandigheid dat (hoewel er sprake is van een bekende spammer) de overtreding is begaan door een natuurlijk persoon, die voornamelijk alleen opereerde. Nu eiser voorts onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt hoe zijn vermogenspositie eruit ziet heeft verweerder terecht geen aanleiding gezien bij de vaststelling van de boete rekening te houden met diens vermogenspositie. Eisers stelling dat hij als gevolg van de hoogte van de boete failliet gaat is niet onderbouwd. Bovendien heeft verweerder verklaard dat er een mogelijkheid bestaat om een betalingsregeling te treffen.

Voorts kan de rechtbank verweerder volgen in zijn opvatting geen reden te zien om boeteverlagende omstandigheden aan te nemen. In de omstandigheid dat eiser reeds de overtreding had beëindigd omdat hij niet genoeg verdiende met zijn activiteiten, heeft verweerder naar het oordeel van de rechtbank terecht geen aanleiding gezien om een boeteverlagende omstandigheid aanwezig te achten. Dit geldt tevens ter zake van het meewerken van eiser aan het onderzoek. Niet is sprake geweest van een daadwerkelijk verdergaand meewerken dan dat voortvloeit uit de wettelijke verplichting om mee te werken aan een onderzoek, in de zin van de Boetebeleidsregels. Evenmin is gebleken dat eiser derden schadeloos heeft gesteld.

Al hetgeen eiser overigens heeft aangevoerd ter onderbouwing van zijn betoog dat een lagere boete had moeten worden opgelegd, heeft de rechtbank niet kunnen overtuigen. De rechtbank komt dan ook tot het oordeel dat de door verweerder opgelegde boete niet onevenredig hoog is ten opzichte van de begane overtreding.

Verweerder heeft de (hoogte van de) boete terecht en op goede gronden bij het bestreden besluit gehandhaafd, terwijl de rechtbank ook overigens - en binnen de grenzen van artikel 8:69, eerste en tweede lid, van

de Awb - niet is gebleken, dat het bestreden besluit in strijd is met een geschreven of ongeschreven rechtsregel dan wel met enig algemeen rechtsbeginsel.

Het bestreden besluit kan dan ook in rechte in stand blijven, zodat het daartegen ingestelde beroep ongegrond is.

Voor een veroordeling in de proceskosten ziet de rechtbank geen aanleiding.

3 Beslissing

De rechtbank,
recht doende:

verklaart het beroep ongegrond.

Aldus gedaan door mr. A.I. van Strien, voorzitter, en mr. drs. J.W.H.G. Loyson en mr. M.J.S. Korteweg-Wiers, leden, en door de voorzitter en mr. A. Vermaat, griffier, ondertekend