



Besluit

Besluit op bezwaar van de Autoriteit Consumenten Markt gericht tegen het besluit tot het opleggen van boetes aan [VERTROUWELIJK] van 20 december 2017 met kenmerk ACM/UIT/369418

Ons kenmerk : ACM/UIT/500733
Zaaknummer : ACM/18/029857
Datum : 11 september 2018

1 Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 20 december 2017 (het 'bestreden besluit')¹ heeft de Autoriteit Consument en Markt (de 'ACM') boetes opgelegd aan [VERTROUWELIJK] (hierna: 'VERTROUWELIJK') ter hoogte van in totaal EUR 600.000 wegens overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet ('Tw') door het verzenden van spamberichten en meerdere overtredingen van artikel 8.8 van de Wet handhaving consumentenbescherming ('Whc') door het uitoefenen van oneerlijke handelspraktijken. Bij besluit van 2 februari 2018 (het 'publicatiebesluit') heeft de ACM besloten tot publicatie van het bestreden besluit.
2. Bij brief van 26 januari 2018 heeft [VERTROUWELIJK] pro forma bezwaar aangetekend tegen het bestreden besluit. Bij brief van 1 maart 2018 heeft [VERTROUWELIJK] de bezwaargronden aangevuld. Op 15 februari 2018 heeft [VERTROUWELIJK] eveneens bezwaar gemaakt tegen het publicatiebesluit.
3. Op 15 februari 2018 heeft [VERTROUWELIJK] zich gewend tot de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam met het verzoek het publicatiebesluit en het bestreden besluit te schorsen. De ACM heeft naar aanleiding van het verzoek tot voorlopige voorziening en de daarin opgenomen standpunten de publicatie van het bestreden besluit opgeschort tot zes weken na de bekendmaking van dit besluit op bezwaar. [VERTROUWELIJK] heeft het verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening daarop ingetrokken.
4. Op 31 mei 2018 heeft ten kantore van de ACM een hoorzitting plaatsgevonden waarin [VERTROUWELIJK] in de gelegenheid is gesteld de bezwaren toe te lichten. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt dat op 11 juli 2018 aan [VERTROUWELIJK] is toegezonden.

2 Het bezwaar

5. [VERTROUWELIJK] heeft in bezwaar – samengevat weergegeven – het volgende aangevoerd.
 - (i) Het bestreden besluit is onrechtmatig omdat het daaraan ten grondslag liggende onderzoek niet zorgvuldig is uitgevoerd.
 - (ii) Meer in het bijzonder heeft de ACM onzorgvuldig gehandeld bij de uitoefening van haar

¹ Besluit van 20 december 2017 met het kenmerk: ACM/UIT/369418.

toezichtsbevoegdheden door de wettelijke grenzen niet in acht te nemen. De ACM heeft een onjuiste toepassing gegeven aan haar Digitale Werkwijze 2014.

- (iii) De bewijsvoering is onvoldoende om de overtredingen in het bestreden besluit vast te stellen.
- (iv) Bij de vaststelling van de hoogte van de boetes had de ACM rekening moeten houden met boeteverlagende omstandigheden.
- (v) De financiële documentatie die [VERTROUWELIJK] heeft overgelegd geeft voldoende inzicht in haar financiële positie om op basis daarvan te kunnen concluderen dat zij onvoldoende draagkrachtig is om de opgelegde boetes te kunnen dragen.

3 Beoordeling van het bezwaar

- 6. De ACM komt in heroverweging, op basis van het dossier en de in bezwaar overgelegde stukken, tot de conclusie dat in deze specifieke zaak de verslaglegging van de verrichte handelingen tijdens het onderzoek niet voldoende is om alle aangevoerde bezwaren aanwijsbaar te weerleggen. De volgende overwegingen zijn daarbij van belang.
- 7. Vooropgesteld zij dat de ACM grote waarde hecht aan een zorgvuldige toepassing van de Digitale Werkwijze en van haar digitale onderzoeksbevoegdheden alsmede aan de schriftelijke verslaglegging van de in dat kader verrichte handelingen tijdens een onderzoek.
- 8. De keuze voor de inzet van een specifieke methode van onderzoek is onderdeel van de schriftelijke vastlegging. In de schriftelijke vastlegging worden verschillende forensische IT-handelingen opgenomen. Daarbij gaat nadrukkelijk de aandacht uit naar de vastlegging van specifieke of uitzonderlijke handelingen. De ACM heeft moeten vaststellen dat de schriftelijke vastlegging van specifieke handelingen met betrekking tot de totstandkoming (van een deel) van de onderzoeksdataset op onderdelen onvolledig is. Hierdoor is achteraf voor bepaalde onderzoekstappen niet met zekerheid vast te stellen welke onderzoekshandelingen zijn verricht en wat de reden was van dergelijke onderzoekshandelingen.
- 9. De ACM zal om deze redenen de bezwaren gegrond verklaren, het bestreden besluit herroepen en daarmee afzien van boeteoplegging voor alle eerder geconstateerde overtredingen.

4 Kostenvergoeding

- 10. In de brieven van 1 en 2 maart 2018 waarbij [VERTROUWELIJK] de gronden van bezwaar kenbaar heeft gemaakt, heeft zij de ACM tevens verzocht de door [VERTROUWELIJK] gemaakte proceskosten te vergoeden. Ingevolge artikel 7:15, tweede lid, Awb worden de kosten die de belanghebbende redelijkerwijs heeft moeten maken in verband met de behandeling van zijn bezwaar, uitsluitend door het bestuursorgaan vergoed op verzoek van die belanghebbende en wegens een aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. Het bestreden besluit wordt bij dit besluit herroepen (zie het hieronder weergegeven dictum), zodat die situatie zich – mede gelet op de redenen voor het herroepen van dit besluit – in het onderhavige geval voordoet.
- 11. Aangezien niet is gesteld of gebleken dat andere kosten zijn gemaakt dan die welke verband houden met (i) door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand (bij het opstellen van het bezwaarschrift en bijwonen van de hoorzitting) en (ii) het inschakelen van een externe deskundige,

komen alleen deze kosten voor vergoeding in aanmerking. Dat deze kostencategorieën kunnen worden geschaard onder het begrip 'vergoeding van de kosten' als bedoeld in artikel 7:15, tweede lid, Awb – en derhalve voor vergoeding in aanmerking komen – volgt uit artikel 1, onder a en b, van het Besluit proceskosten bestuursrecht.

12. Ten aanzien van de kosten van door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand, bepaalt artikel 2, eerste lid, aanhef en onder a, Besluit proceskosten bestuursrecht dat het bedrag van de te vergoeden kosten wordt vastgesteld overeenkomstig het in de bijlage van voornoemd besluit opgenomen tarief.
13. Conform onderdeel A5 onder 1 van die bijlage stelt de ACM vast dat voor de kosten die zijn gemaakt in verband met door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand (opstellen van het bezwaarschrift), één punt dient te worden toegekend. Conform onderdeel A5 onder 2 van die bijlage stelt de ACM vast dat voor de kosten die zijn gemaakt in verband met door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand (bijwonen van de hoorzitting), één punt dient te worden toegekend.
14. Verder stelt de ACM vast dat conform onderdeel B2, onder 2, van die bijlage aan deze punten een waarde van EUR 501 per punt dient te worden toegekend. Het gewicht van de zaak is naar oordeel van de ACM als zwaar te bestempelen, hetgeen betekent dat in het onderhavige geval ingevolge onderdeel C1 van de bijlage wegingsfactor 1,5 dient te worden gehanteerd.
15. Ten aanzien van de kosten van de deskundige, bepaalt artikel 2, eerste lid, aanhef en onder b, Besluit proceskosten bestuursrecht dat het bedrag van de te vergoeden kosten wordt vastgesteld overeenkomstig het bepaalde bij en krachtens de Wet tarieven in strafzaken. Ingevolge artikel 6 van het Besluit tarieven in strafzaken 2003 geldt een tarief van ten hoogste EUR 121,95 per uur. Uit de factuur van de deskundige zoals door de ACM ontvangen op 24 augustus 2018, heeft de betreffende deskundige 16 uur onderzoek verricht. De ACM acht deze gemaakte kosten redelijk en stelt de vergoeding voor de kosten van de deskundige vast op het maximum van EUR 1951,20 (16 uur x EUR 121,95).
16. De ACM ziet aanleiding om tot een kostenvergoeding over te gaan. Deze kostenvergoeding bedraagt ingevolge Besluit proceskosten bestuursrecht EUR 3454,20 (2 punten x EUR 501 x 1,5 = EUR 1503 + EUR 1951,20). Dit bedrag zal door de ACM worden uitbetaald op het door [VERTROUWELIJK] aan te geven bankrekeningnummer.

5 Besluit

De Autoriteit Consument en Markt:

I. verklaart de bezwaren van [VERTROUWELIJK] gegrond en herroept het besluit van 20 december 2017 met kenmerk ACM/UIT/369418;

II. ziet af van het opleggen van een bestuurlijke boete aan [VERTROUWELIJK];

III. wijst het verzoek tot een kostenvergoeding toe;

IV. kent aan [VERTROUWELIJK] een kostenvergoeding toe van EUR 3454,20 en bepaalt dat dit bedrag door de ACM zal worden uitbetaald op het door [VERTROUWELIJK] aan te geven bankrekeningnummer.

De Autoriteit Consument en Markt,
namens deze:

w.g.

drs. C.M.L. Hijmans van den Bergh MBA,
bestuurslid

Als u rechtstreeks belanghebbende bent, kunt u beroep instellen tegen dit besluit. Stuur uw gemotiveerde beroepschrift naar de Rechtbank Rotterdam, Sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam de Rechtbank Rotterdam, Sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Dit moet u doen binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit. Meer informatie over de beroepsprocedure vindt u op www.rechtspraak.nl. Natuurlijke personen kunnen ook digitaal beroep instellen, via www.rechtspraak.nl. Daarvoor moet u beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). Kijk op de genoemde site voor de precieze voorwaarden.