

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2014/206121_OV
Zaaknummer: 13.0151.32.1.01
Datum: 7 november 2014

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op het bezwaar van Daisycon B.V. gericht tegen het besluit van de Autoriteit Consument en Markt van 4 oktober 2013, inzake een zestal boetes wegens overtredingen van het spamverbod zoals bepaald in artikel 11.7, eerste t/m vierde lid, van de Telecommunicatiewet.

1 Samenvatting

1. In het boetebesluit van 4 oktober 2013 (hierna ook: het bestreden besluit) heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna ACM) vastgesteld dat Daisycon B.V. (hierna: Daisycon) gedurende de periode van oktober 2009 tot en met juli 2011 elektronische berichten met commerciële doeleinden heeft verzonden, dan wel heeft laten verzenden, zonder dat zij hiervoor de vereiste voorafgaande toestemming van abonnees heeft kunnen aantonen. In de verzonden e-mailberichten was bovendien geen functionerende afmeldmogelijkheid opgenomen. Hiervoor heeft ACM aan Daisycon en aan haar bestuurders een zestal boetes van in totaal € 810.000 opgelegd wegens overtreding van het spamverbod als neergelegd in artikel 11.7, eerste en vierde lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw). De boetes zijn zowel aan Daisycon als haar bestuurders opgelegd voor de gedragingen in hun rol als adverteerder, publisher en affiliate netwerk.
2. Daisycon heeft op 8 juli 2014 bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. Met de onderhavige beslissing op bezwaar verklaart ACM na heroverweging de bezwaren van Daisycon ongegrond.

2 Opbouw van het besluit

3. Dit besluit heeft de volgende opbouw: Allereerst beschrijft ACM het verloop van de procedure (hoofdstuk 3). Daarna volgt een samenvatting van het bestreden besluit (hoofdstuk 4). Vervolgens worden de bezwaren van Daisycon (hoofdstuk 5) en het toepasselijke juridische kader (hoofdstuk 6) weergegeven. Ten slotte volgt de beoordeling van het bezwaar van Daisycon (hoofdstuk 7 en 8).
4. Vanaf 1 april 2013 is ACM de rechtsopvolger van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA).¹ In het navolgende worden voor de leesbaarheid van dit besluit ook de beschreven handelingen van OPTA (die derhalve hebben plaatsgevonden vóór 1 april 2013) aangeduid als handelingen van ACM.

¹ Op 1 april 2013 is de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt in werking getreden (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (Stb. 2013, 102)). Vanaf die datum is de Autoriteit Consument en Markt (ACM) de rechtsopvolger van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit (CA).

Besluit Openbaar

3 Verloop van de procedure

5. De omstandigheden van feitelijke aard zijn uitgebreid weergegeven in de hoofdstuk 2 van het bestreden besluit. Voor het verloop van de procedure tot het bestreden besluit volstaat ACM daarom met een verwijzing naar de hoofdstuk 2 van het bestreden besluit.
6. Het verloop van de procedure na de bekendmaking van het bestreden besluit op 4 oktober 2014 is op hoofdlijnen als volgt.
7. Op 17 oktober 2013 heeft de gemachtigde van Daisycon telefonisch contact opgenomen met ACM. Tijdens dit gesprek heeft Daisycon aangegeven dat zij graag met ACM in gesprek zou treden over de implicaties van het bestreden besluit. Naar aanleiding van dit telefoongesprek is ACM met Daisycon een informeel traject ingegaan. Dit traject was gericht op het verbeteren van het werkproces van Daisycon, zodat zij in de toekomst wel in lijn met artikel 11.7, Tw zou handelen. In het kader van het informele traject is er vervolgens meerdere malen contact geweest tussen Daisycon en ACM.
8. Bij brief van 13 november 2014 heeft Daisycon pro-forma bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit.² ACM heeft bij brief van 21 november 2014 de ontvangst van het pro-forma bezwaar bevestigd en een termijn gesteld voor het aanvullen van de gronden van bezwaar.³ Gelet op het informele traject heeft ACM op 19 december 2013 op verzoek van Daisycon de termijn voor het aanvullen van de gronden van bezwaar tot nader order verlengd.⁴
9. Bij brief van 27 februari 2014 heeft Daisycon ACM verzocht de met het bestreden besluit opgelegde boete te matigen, aangezien zij - naar haar mening - vergaande maatregelen zal doorvoeren die ook effect hebben op de rest van de affiliate markt.⁵
10. ACM heeft uiteindelijk op 23 april 2014 aangegeven dat een dergelijke matiging van de boete alleen tot de mogelijkheid zou behoren indien Daisycon akkoord zou gaan met een aantal nadere randvoorwaarden.⁶ Hierop heeft Daisycon op 13 mei 2014 aangegeven dat zij het informele traject niet langer wenste voort te zetten en ACM verzocht om een termijn te stellen voor het aanvullen van de gronden van bezwaar.⁷
11. ACM heeft vervolgens bij brief van 28 mei 2014 Daisycon in de gelegenheid gesteld om voor 10 juli 2014 de gronden van bezwaar aan te vullen.⁸ Op 8 juli 2014 heeft Daisycon de bezwaargronden bij ACM ingediend (hierna: aanvullend bezwaarschrift).⁹ Bij brief van 30 juli 2014 heeft ACM Daisycon uitgenodigd om op 26 augustus 2014 haar bezwaarschrift mondeling toe te lichten.¹⁰ ACM heeft met toepassing van artikel 7:10, derde lid, van de

2/53

² Brief met uw kenmerk: 47244/NWO/lfb/1156048/0.7.

³ Brief met kenmerk: ACM/DJZ/2013/205964.

⁴ Brief met kenmerk: ACM/DJZ/2013/207000.

⁵ Brief met uw kenmerk: 47244/NWO/mvRef.

⁶ Brief met kenmerk: ACM/DJZ/2014/201882.

⁷ Brief met uw kenmerk: 47244/NWO/mvRef.

⁸ Brief met kenmerk: ACM/DJZ/2014/203003.

⁹ Brief met kenmerk: 47244/NWO/1289880/0.2.

¹⁰ Brief met kenmerk: ACM/DJZ/2014/204483.

Besluit Openbaar

Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) de beslissing op het bezwaar met zes weken verdaagd. Bovendien heeft ACM Daisycon verzocht om, gelet op de voorlopige voorziening die Daisycon tegen publicatie van het boetebesluit had aangevraagd, op grond van artikel 7:10, vierde lid, Awb in te stemmen met een nader uitstel van de beslistermijn. Bij brief van 31 juli 2014 heeft Daisycon ingestemd met dit verzoek van ACM.

12. Op 18 augustus 2014 heeft de voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam (hierna: de voorzieningenrechter) het verzoek om een voorlopige voorziening van Daisycon behandeld. Op 24 september 2014 heeft de voorzieningenrechter uitspraak gedaan en het verzoek van Daisycon afgewezen.¹¹
13. Op 26 augustus 2014 heeft een hoorzitting plaatsgevonden waarin Daisycon haar bezwaren tegen het bestreden besluit mondeling heeft toegelicht. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt. Het verslag is op 27 oktober 2014 naar Daisycon gestuurd.¹²

3/53

4 Het bestreden besluit

4.1 Algemeen

14. Daisycon B.V. is beheerder en exploitant van een affiliate netwerk dat zich richt op het bedenken, realiseren en exploiteren van internetmarketingdiensten. In het bestreden besluit is ACM tot de conclusie gekomen dat Daisycon overtredingen heeft gepleegd in haar rol als affiliate netwerk, als publisher en als adverteerder.

4.2 Daisycon als affiliate netwerk

15. Daisycon vormt, als beheerder van een affiliate netwerk, de schakel tussen de adverteerders en de publishers. Een adverteerder stelt zijn promotiemateriaal via Daisycon en haar affiliate-netwerk ter beschikking aan de publishers.
16. ACM heeft vastgesteld dat [VERTROUWELIJK] adverteerders en [VERTROUWELIJK] publishers zijn aangesloten bij het netwerk van Daisycon. Die adverteerders kunnen zelf banners, e-mailtemplates en andere advertentie- of promotiematerialen aanleveren. Daisycon plaatst vervolgens het advertentiemateriaal in het systeem met een beschrijving van de wijze waarop het advertentiemateriaal mag worden gepubliceerd en een vermelding van de vergoedingen die de publishers met publicatie kunnen verdienen. Dit betreft het affiliate programma van de adverteerder. ACM heeft vastgesteld dat in het systeem [VERTROUWELIJK] affiliate programma's zijn opgenomen.
17. In het bestreden besluit is Daisycon in deze rol van beheerder en exploitant van het affilatenetwerk als medepleger aangemerkt van de met behulp van haar publishers en adverteerders gepleegde overtreding van het spamverbod. ACM heeft in het bestreden besluit vastgesteld dat het affiliate netwerk van Daisycon in de periode van 1 oktober 2009 tot en met

¹¹ Rb. R'dam (vzr.), 24 september 2014, ECLI:NL:RBROT: 2014:7808.

¹² Brief met kenmerk: ACM/DJZ/2013/206140.

Besluit Openbaar

maart 2012 betrokken is geweest bij het verzenden van ten minste 2.123.917.076 ongevraagde commerciële e-mailberichten waarvoor zij geen voorafgaande toestemming heeft kunnen aantonen. Daarmee is de verzending van deze berichten in strijd met artikel 11.7, eerste lid, Tw.

18. Bovendien heeft ACM in het bestreden besluit vastgesteld dat de abonnees zich met de afmeldlink die was opgenomen in de e-mailberichten, slechts konden uitschrijven voor de nieuwsbrief van de publisher en zij zich niet konden vrijwaren van reclame-uitingen van de adverteerder. Hierdoor bleven abonnees de ongevraagde elektronische berichten ontvangen. Hiermee functioneerde de geboden afmeldmogelijkheid niet of onvoldoende. Hieruit heeft ACM geconcludeerd dat Daisycon artikel 11.7, vierde lid onder b, Tw heeft overtreden.

4.3 Daisycon als adverteerder

19. Behalve als beheerder en exploitant van het affiliate-netwerk, treedt Daisycon ook op als adverteerder. Uit de door ACM ontvangen klachten volgt dat er e-mailberichten zijn verzonden waarin wordt geadverteerd voor verschillende enquêtes, zoals de Nationale Consumenten Enquête, de Nationale Voordeel Enquête en Gemeentelijk Onderzoek. De websites van de enquêtes waarnaar in deze e-mailberichten wordt verwezen staan geregistreerd op naam van Daisycon. In de e-mailberichten wordt de ontvanger uitgenodigd naar de website met de enquête te gaan en de enquête in te vullen.
20. Het doel van de enquêtes van Daisycon is het verwerven van elektronische (contact)gegevens, waaronder e-mailadressen van consumenten voor het samenstellen van e-mailadressenbestanden. De contactgegevens die op deze wijze zijn verzameld, worden door Daisycon gebruikt voor het versturen van de nieuwsbrief "123aanbieding.nl". Daarnaast werden deze adressen ter beschikking gesteld aan derden in het affiliate-netwerk.
21. Daisycon heeft de e-mailberichten deels zelf verzonden met gebruikmaking van haar eigen e-mailadressenbestand en deels door gebruik te maken van de publishers uit haar affiliate-netwerk. Voorts heeft Daisycon verschillende marktpartijen benaderd om e-mailberichten te verzenden met een uitnodiging voor de enquêtes van Daisycon. ACM heeft vastgesteld dat in de periode 1 oktober 2009 tot en met 22 juli 2011 tussen de 2.455.820 en 6.855.833 e-mailberichten zijn verzonden met daarin een uitnodiging om de enquêtes van Daisycon in te vullen.¹³ Deze e-mailberichten zijn verzonden naar [VERTROUWELIJK] verschillende adressenbestanden van [VERTROUWELIJK] verschillende publishers.
22. Daisycon heeft niet aangetoond dat zij voor de verzending van deze e-mailberichten voorafgaande toestemming heeft verkregen van de abonnees. Hieruit heeft ACM geconcludeerd dat Daisycon artikel 11.7, eerste lid, Tw heeft overtreden.
23. Bovendien heeft ACM vastgesteld dat de afmeldlink die was opgenomen in de e-mailberichten, er niet toe leidde dat de abonnees werden afgemeld voor de enquêtes van Daisycon. Hierdoor bleven abonnees de ongevraagde elektronische berichten ontvangen. De

¹³ Zie onderzoeksrapport achter 556.

Besluit Openbaar

geboden afmeldmogelijkheid functioneerde dan ook niet of onvoldoende. Hieruit heeft ACM geconcludeerd dat Daisycon artikel 11.7, vierde lid onder b, Tw heeft overtreden.

4.4 Daisycon als publisher

24. ACM heeft vastgesteld dat in de periode oktober 2009 – januari 2011 minstens 70.060.082 e-mailberichten zijn verzonden door Daisycon naar e-mailadressen in het adressenbestand van 123aanbieding.nl.¹⁴ Daisycon heeft als feitelijk verzender van de e-mailberichten opgetreden door deze te verzenden vanaf de eigen e-mailserver. Daisycon heeft niet kunnen aantonen dat bij de verzending van deze berichten voorafgaande toestemming van abonnees was verkregen. Daisycon vroeg bovendien op zodanige wijze toestemming dat het voor de abonnee onvoldoende duidelijk was waarvoor hij precies toestemming gaf. De toestemming was niet specifiek en er was geen sprake van 'informed consent'. Hieruit heeft ACM geconcludeerd dat Daisycon artikel 11.7, eerste lid, Tw heeft overtreden.
25. Bovendien heeft ACM vastgesteld dat de afmeldlink die was opgenomen in de e-mailberichten, slechts tot afmelding bij het e-mailadressenbestand van 123aanbieding.nl leidde. De abonnee kon zich dan ook niet afmelden bij degene namens wie de communicatie werd overgebracht. Hierdoor bleven abonnees de ongevraagde elektronische berichten ontvangen. De geboden afmeldmogelijkheid functioneerde dan ook niet of onvoldoende. Hieruit heeft ACM geconcludeerd dat Daisycon artikel 11.7, vierde lid onder b, Tw heeft overtreden.

4.5 Opgelegde boete

26. De voorgaande gedragingen hebben geleid tot de vaststelling van meerdere overtredingen van artikel 11.7 eerste en vierde lid van de Telecommunicatiewet. Hiervoor heeft ACM, met inachtneming van de ernst van de overtreding, de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreders, aan Daisycon (in haar rol als publisher, adverteerder en affiliate netwerk) en aan de bestuurders [B] en [A], een zestal boetes opgelegd van in totaal 810.000 euro. De boetes zijn gezamenlijk opgelegd aan Daisycon en de feitelijk leidinggevers. De heer [B] en de heer [A] zijn derhalve hoofdelijk aansprakelijk voor betaling van de opgelegde boete. De (onrechtmatige) gedragingen van Daisycon en het feitelijk leidinggeven aan deze overtredingen door [B] en [A] hangen nauw samen en zijn niet of zeer moeilijk van elkaar te scheiden.

5 Bezwaren

27. De bezwaren die Daisycon tegen het bestreden besluit heeft ingebracht, komen samengevat neer op het volgende.
28. Daisycon stelt dat de norm uiteengezet in artikel 11.7 eerste lid, Tw zich primair richt tot de fysieke én materiële verzenders. Uit de door ACM aangehaalde passage uit de parlementaire geschiedenis kan niet worden afgeleid dat Daisycon in de rol van affiliate netwerk als

¹⁴ Zie boetebesluit achter 344 en onderzoeksrapport achter 579-584.

Besluit Openbaar

verzender kwalificeert en daarmee verantwoordelijk is voor de naleving van voornoemd artikel. Volgens Daisycon handelt ACM hierdoor in strijd met het legaliteitsbeginsel en het in artikel 6 EVRM neergelegde onschuldbeginsel. ACM had het verzoek tot aantonen van de voorafgaande toestemming moeten richten tot de affiliates/publishers. ACM heeft hierdoor niet voldaan aan de eisen van zorgvuldig onderzoek zoals neergelegd in artikel 3:2 Algemene wet bestuursrecht (hierna: bezwaargrond I).

29. Daisycon stelt zich op het standpunt dat ACM, zonder nadere motivering een inconsequente invulling geeft aan het begrip "verzender" zoals neergelegd in artikel 11.7, eerste lid Tw (hierna: bezwaargrond II).
30. ACM zou in het bestreden besluit onterecht hebben gesteld dat alle e-mailberichten kwalificeren als "ongevraagde commerciële communicatie" (hierna: bezwaargrond III). Daisycon is van mening dat de eisen die ACM naar voren brengt voor wat betreft "gevraagde communicatie" noch uit de wet, noch uit de wetsgeschiedenis volgen. De eerder geformuleerde eisen in het kader van de telemarketing kunnen volgens Daisycon niet naar analogie worden toegepast op e-mailmarketing.
31. ACM stelt ten onrechte dat alle ontvangers kwalificeren als "abonnees" (hierna: bezwaargrond IV). Ter onderbouwing van deze stelling brengt ACM naar voren dat alle e-maildiensten "openbare elektronische communicatiediensten" zijn in de zin van artikel 1.1 (g) Tw. Daarmee zou ACM een onjuiste uitleg aan het begrip "openbare elektronische communicatiedienst" geven. Volgens Daisycon handelt ACM hierdoor in strijd met handhavingsprocedures van haar voorganger OPTA. Voorts is Daisycon van mening dat een aantal van de ingediende klachten als ongegrond moet worden aangemerkt.
32. Daisycon betoogt verder dat ACM in het boetebesluit een nieuwe en volledig zelfstandige invulling geeft aan het begrip "toestemming" (hierna: bezwaargrond V). Het juridisch kader waaraan ACM de toestemmingsvragen toetst is anders dan het wettelijke toetsingskader. De eisen die ACM stelt aan de vereiste toestemming zijn de eisen die gelden voor uitdrukkelijke of expliciete toestemming. De toestemming waar artikel 11.7, eerste lid, Tw naar verwijst is echter de "gewone" toestemming zoals neergelegd in artikel 1, onder i, Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp). Subsidiair stelt Daisycon dat de gegeven uitleg strijdig is met het vertrouwensbeginsel en het rechtzekerheidsbeginsel.
33. De interpretatie die ACM geeft aan het begrip "degene namens wie de communicatie wordt overgebracht" zou niet in overeenstemming zijn met de gangbare uitleg, waardoor ACM handelt in strijd met het vertrouwens-, lex certa- en rechtzekerheidsbeginsel (hierna: bezwaargrond VI).
34. Daisycon is van mening dat ACM ten onrechte heeft geconcludeerd dat er in strijd met het spamverbod is gehandeld. ACM had volgens Daisycon dan ook geen boete kunnen opleggen (hierna: bezwaargrond VII). Voor zover er sprake zou zijn van een overtreding stelt Daisycon zich op het standpunt dat de verwijtbaarheid ontbreekt. Bovendien heeft ACM de betrokkenen niet adequaat gewezen op het wettelijk gewaarborgde zwijgrecht als verwoord in artikel 5:10a,

Besluit Openbaar

tweede lid, Awb, ten gevolge waarvan het bewijsmateriaal dat in strijd hiermee is verkregen niet kan worden gebruikt ten behoeve van het opleggen van een punitieve sanctie.

35. De door ACM opgelegde boete is volgens Daisycon onevenredig (hierna: bezwaargrond VIII). Daisycon keert zich tegen de stelling dat er sprake zou zijn van ernstige overtredingen en voorts dat er sprake zou zijn van meerdere overtredingen. Daarnaast is Daisycon van mening dat de wijze waarop ACM het aantal door Daisycon in haar rol als affiliate netwerk verzonden berichten heeft vastgesteld, arbitrair en onzorgvuldig is. ACM zou volgens Daisycon bovendien niet hebben onderkend dat de boete mogelijk zal leiden tot het faillissement van Daisycon nu zij bij de vaststelling van de boetehoogte geen rekening heeft gehouden met de financiële draagkracht van het bedrijf.
36. De vaststelling dat Daisycon in haar rol als affiliate netwerk kan worden aangemerkt als medepleger in de zin van artikel 5:1, tweede lid, Awb is onjuist (hierna: bezwaargrond IX). Volgens Daisycon is er geen sprake van een bewuste en gezamenlijke uitvoering.
37. ACM stelt onterecht dat de bestuurders als feitelijk leidinggevend kunnen worden aangemerkt aangezien er geen overtreding heeft plaatsgevonden (hierna: bezwaargrond X).

6 Juridisch kader

38. Voor het juridisch kader verwijst ACM kortheidshalve naar hoofdstuk 6 van het bestreden besluit.

7 Overwegingen

39. In dit hoofdstuk gaat ACM in op de bezwaren van Daisycon, zoals samengevat weergegeven in hoofdstuk 5 van dit besluit, gericht tegen het bestreden besluit.

7.1 Ongevraagde communicatie

40. Daisycon stelt zich op het standpunt dat ACM ten onrechte alle e-mailberichten heeft gekwalificeerd als ongevraagde e-mailberichten (bezwaargrond III). Daartoe voert Daisycon aan dat de eisen die ACM stelt aan gevraagde communicatie nieuw zijn en verder gaan dan de wet. Daarom zou deze uitleg in strijd zijn met het vertrouwens- en rechtzekerheidsbeginsel. De definitie van gevraagde communicatie die ACM eerder in het kader van haar toezicht op de telemarketingregels heeft gebruikt is, gelet op de aard van het medium, volgens Daisycon niet toepasbaar op e-mailmarketing. Daarnaast is er volgens Daisycon bij de e-mailberichten die zijn verzonden naar deelnemers van cash-back/spaarprogramma's wel degelijk sprake van gevraagde communicatie en heeft ACM nagelaten dit te onderzoeken.
41. Hierna zal eerst worden ingegaan op de uitleg die ACM geeft aan het begrip gevraagde communicatie (§ 7.1.1), daarna zal worden ingegaan op de zogenaamde cash-back- en spaarprogramma's (§ 7.1.2) en tenslotte zal worden ingegaan op het vertrouwens- en rechtzekerheidsbeginsel (§ 7.1.3).

Besluit Openbaar

7.1.1 Uitleg ongevraagde communicatie

42. Artikel 11.7 van de Tw is uitsluitend van toepassing op ongevraagde communicatie. Het eerste tot en met het vierde lid van artikel 11.7 Tw bevatten regels die betrekking hebben op het verzenden van ongevraagde elektronische berichten, de leden 5 tot en met 13 van artikel 11.7 Tw bevatten regels voor het overbrengen van ongevraagde communicatie met andere middelen. Voor de verschillende middelen voor het overbrengen van ongevraagde communicatie heeft de wetgever verschillende regimes in het leven geroepen. Voor het gebruik van (automatische oproepsystemen, faxen en) elektronische berichten geldt het vereiste van voorafgaande toestemming (lid 1), voor het overbrengen van ongevraagde communicatie via andere middelen geldt een opt-out-regime (lid 5-13). Voor het gehele artikel geldt echter dat de regels alleen zien op ongevraagde communicatie.
43. De wetsgeschiedenis geeft geen aanknopingspunten voor de beantwoording van de vraag wanneer sprake is van ongevraagde communicatie en wanneer sprake is van gevraagde communicatie. Vast staat wel dat er een verbod bestaat op het versturen van ongevraagde elektronische berichten zonder voorafgaande toestemming. Dit verbod kan naar het oordeel van ACM niet worden omzeild door al te gemakkelijk te accepteren dat een abonnee gevraagd heeft om de communicatie.
44. Uiteraard moet een abonnee op zijn verzoek commerciële berichten kunnen ontvangen zonder dat daar voorafgaande toestemming voor is vereist. Het opvragen van een offerte is daarvan een voorbeeld. Een abonnee verzoekt een onderneming om hem een offerte toe te sturen. De abonnee verzoekt in dat geval een specifieke onderneming om (prijs)informatie over een specifiek product. Wanneer de abonnee de betreffende offerte ontvangt (in de vorm van een e-mailbericht) wordt aan het verzoek van de abonnee voldaan, hij ontvangt waar om is gevraagd. Er is dan sprake van gevraagde communicatie. Het accepteren van zeer algemeen gestelde voorwaarden bij een prijsvraag of enquête of het in algemene zin instemmen met de ontvangst van commerciële e-mailberichten of nieuwsbrieven van verschillende partijen zonder duidelijkheid over de inhoud of aard van de berichten, is van een volstrekt andere aard en daarmee onvoldoende om te kunnen spreken van gevraagde communicatie.
45. Een redelijke uitleg van het begrip gevraagde communicatie brengt volgens ACM met zich mee dat de abonnee met zoveel woorden om de communicatie verzocht moet hebben. Dit betekent dat de abonnee zelf en op eigen initiatief voor ieder afzonderlijk e-mailbericht verzocht moet hebben om dit bericht te ontvangen. Verder betekent dit dat het verzoek van de abonnee voldoende duidelijk moet zijn en dus tenminste de naam van het bedrijf of de organisatie waarvan communicatie wordt verzocht en het onderwerp van die communicatie moet bevatten.
46. Niet valt in te zien waarom de uitleg die ACM in het primaire besluit heeft gegeven aan het begrip gevraagde communicatie, gezien de aard van het medium, niet toegepast kan worden op e-mailmarketing. Doormiddel van e-mail kunnen op een relatief goedkope manier grote hoeveelheden berichten worden verzonden. Het spamverbod uit artikel 11.7, eerste lid, Tw is juist bedoeld om overlast die wordt veroorzaakt door het op grote schaal verzenden van bulk-

Besluit Openbaar

e-mail tegen te gaan. De overwegingen bij artikel 13 van de ePrivacyrichtlijn onderschrijven deze doelstellingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw:¹⁵

Zie overweging 40 ePrivacyrichtlijn:

“Aan abonnees dienen waarborgen te worden geboden tegen inbreuken op hun persoonlijke levenssfeer door ongewenste communicatie voor de doeleinden van direct marketing, met name door middel van automatische oproepapparaten, faxen en e-mails, waaronder SMS-berichten. De verzending van dergelijke ongewenste commerciële mededelingen kan betrekkelijk gemakkelijk en goedkoop geschieden en anderzijds een belasting en/of kosten voor de ontvanger met zich meebrengen. Soms kan het volume van die mededelingen tevens moeilijkheden voor de elektronische-communicatienetwerken en de eindapparatuur opleveren. Wat dergelijke ongewenste communicatie voor direct marketing betreft is het gerechtvaardigd dat de ontvangers eerst uitdrukkelijk toestemming moeten geven voordat dergelijke communicatie tot hen wordt gericht. De interne markt vergt een geharmoniseerde aanpak om te voorzien in eenvoudige, in de gehele Gemeenschap geldige regels voor bedrijven en gebruikers.”

9/53

47. De uitleg die ACM geeft aan het begrip gevraagde communicatie doet recht aan deze bedoeling van de (Europese) wetgever. Alleen wanneer sprake is van een bericht dat wordt verzonden naar aanleiding van een uitdrukkelijk en specifiek verzoek van een abonnee, is dit bericht aan te merken als gevraagde communicatie en ontvangt de abonnee de bescherming van het spamverbod.

7.1.2 Cash-back en spaarprogramma's

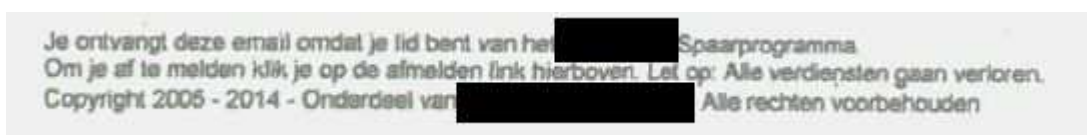
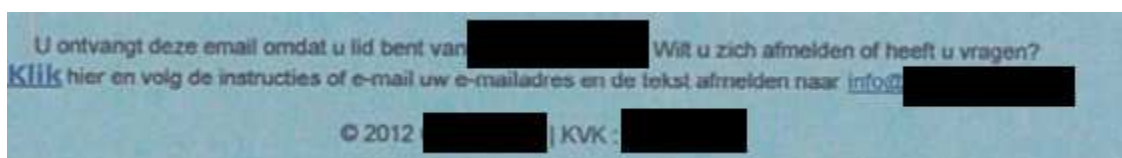
48. Volgens Daisycon is er voor wat betreft de cash-back/spaarprogramma-partijen wel degelijk sprake van gevraagde communicatie. Cash-back- of spaarprogramma's zijn volgens Daisycon programma's waar de abonnee vrijwillig aan deelneemt en waarbij verschillende aanbiedingen worden ontvangen door de abonnee. Door het openen (of lezen) van de aanbiedingen kunnen door de abonnee punten worden verdiend. Daisycon heeft als productie III enkele voorbeelden ingebracht van e-mailberichten die door cash-back/spaarprogramma-partijen zijn verzonden.
49. ACM stelt allereerst vast dat het standpunt van Daisycon dat sprake is van gevraagde communicatie voor zover het gaat om e-mailberichten die zijn verzonden aan e-mailadressen van zogenaamde cash-back/spaarprogramma-partijen, geen betrekking heeft op de 70.060.082 berichten die door Daisycon zelf zijn verzonden in haar rol van publisher. Voor het verzenden van deze e-mailberichten maakte Daisycon immers gebruik van het adressenbestand 123aanbieding.nl, welk adressenbestand niet in het kader van een cash-back- of spaarprogramma werd verkregen.¹⁶

¹⁵ Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad, *Publicatieblad Nr. L 201 van 31/07/2002 blz. 0037 – 0047*.

¹⁶ Zie onderzoeksrapport r.n. 145-148.

Besluit Openbaar

50. Voor de berichten die door Daisycon zijn verzonden in haar rol als adverteerder (ter promotie van de verschillende Nationale enquêtes) is geen onderscheid gemaakt tussen cashback en niet-cashback partijen. Wel is uit het onderzoek gebleken dat een gedeelte van deze e-mailberichten zijn verstuurd naar e-mailadressen van zogenaamde cashback/spaarprogramma-partijen. Voor de berichten die zijn verzonden voor de affiliate programma's van Daisycon is wel een onderscheid te maken in berichten die zijn verzonden door cashback/spaarprogramma-partijen en niet- cashback/spaarprogramma-partijen.¹⁷
51. Hierna zal ACM beoordelen of de e-mailberichten die door Daisycon als adverteerder zijn verzonden en de berichten die via het affiliate netwerk van Daisycon zijn verzonden en waarbij (mogelijk) gebruik is gemaakt van adressenbestanden van cashback/spaarprogramma-partijen kwalificeren als gevraagde communicatie.
52. Om te beoordelen of sprake is van gevraagde communicatie dient het verzoek van de abonnee te worden beoordeeld. Daaruit kan worden afgeleid in hoeverre sprake was van een uitdrukkelijk en specifiek verzoek van de abonnee om het betreffende bericht te ontvangen.
53. De voorbeelden van e-mailberichten die Daisycon als productie III heeft toegevoegd aan haar bezwaarschrift zijn niet relevant voor de beoordeling of sprake is van ongevroegde communicatie. Zoals hiervoor is opgemerkt, is voor deze beoordeling het verzoek van de abonnee relevant. Uit de voorbeelden van de e-mailberichten blijkt echter niet dat de abonnee met zoveel woorden om deze berichten heeft verzocht of dat de abonnee zich heeft aangemeld bij het betreffende cashback- of spaarprogramma. Uit de verschillende e-mailberichten die in productie III worden genoemd blijkt slechts dat de betreffende e-mailberichten worden ontvangen omdat de abonnee lid is van het betreffende programma of de nieuwsbrief:



54. Hoe de abonnees lid zijn geworden van het betreffende cashback- of spaarprogramma blijkt geenszins uit de genoemde voorbeelden. Nergens blijkt uit dat de betreffende abonnee zich heeft ingeschreven voor het programma of op een andere wijze heeft verzocht om de betreffende berichten. Uit het onderzoek van ACM blijkt zelfs dat het niet aannemelijk is dat

¹⁷ Zie onderzoeksrapport r.n. 624-626.

Besluit Openbaar

abonnees zich op de websites van de betreffende cashback- of spaarprogramma's hebben geregistreerd. Zo blijkt bijvoorbeeld dat de aanmeldprocedure voor het spaarprogramma [VERTROUWELIJK] in een bepaalde periode slechts 5 maal werd aangeklikt terwijl in dezelfde periode de link voor afmelden 33 keer werd aangeklikt. Dat in deze periode het aantal afmeldingen het aantal aanmeldingen overtreft, maakt het niet aannemelijk dat op via de website van dit spaarprogramma een groot aantal adressen is geworven. Bovendien staat vast dat hetzelfde spaarprogramma een groot deel van haar adressenbestand ([VERTROUWELIJK] e-mailadressen) heeft geworven via co-registratie¹⁸ of automatische leaduitlevering via de enquêteconcepten van Daisycon.¹⁹

11/53

55. Ook andere partijen (publishers) die Daisycon kwalificeert als cashback/spaarprogramma-partijen hebben hun e-mailadressen voor een groot gedeelte gegenereerd via co-registratie of automatische leaduitlevering via de enquêteconcepten. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat de cashback/spaarprogramma-partijen voornamelijk e-mailadressen verzamelden via online enquêtes of prijsvragen doormiddel van co-registratie.²⁰ In deze enquêtes of prijsvragen werd de naam van de publisher of zijn medium (website/nieuwsbrief, etc) in de privacy statement opgenomen waarnaar wordt verwezen middels een link.
56. Gezien het bovenstaande is ACM van oordeel dat cashback/spaarprogramma-partijen de gebruikte bestanden met e-mailadressen op eenzelfde wijze hebben verzameld als andere publishers, te weten doormiddel van co-registratie via online enquêtes en prijsvragen. Bij het verzamelen van e-mailadressen op een dergelijke wijze, is geen sprake van gevraagde communicatie. Bij inschrijving via co-registratie werd immers niet voor ieder afzonderlijk verzonden e-mailbericht door de abonnee zelf een specifiek verzoek gedaan om dit bericht te ontvangen. Laat staan dat dit verzoek van de abonnee voldoende duidelijk was. Wanneer een abonnee via co-registratie werd ingeschreven voor een nieuwsbrief of spaarprogramma was voor de abonnee geenszins duidelijk wat voor berichten zouden worden ontvangen, wat de inhoud van de berichten zou zijn en van wie de berichten afkomstig waren. Van gevraagde communicatie is, in de bedoelde gevallen waarbij cash-back- of spaarprogramma-partijen betrokken zijn, dan ook geen sprake. ACM is derhalve van oordeel dat ook in het geval van cashback/spaarprogramma-partijen sprake is van ongevraagde commerciële e-mailberichten waarop de eisen van artikel 11:7, eerste lid, Tw van toepassing zijn.

7.1.3 Het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel

57. Dat ACM niet eerder in besluitvorming expliciet uitleg heeft gegeven aan het begrip gevraagde communicatie ten aanzien van e-mailberichten, zoals Daisycon stelt, kent een eenvoudige verklaring. In zaken die betrekking hadden op het versturen van ongevraagde e-mailberichten is een dergelijke discussie niet eerder aan de orde gekomen. Dit is anders bij telemarketingzaken waarbij deze discussie wel is gevoerd. Dat komt omdat het overbrengen

¹⁸ Co-registratie wil zeggen dat het privacy-statement van bijvoorbeeld een enquête of prijsvraag de namen van een aantal bedrijven en organisaties bevat aan wie de gegevens van deelnemers worden uitgeleverd en welke mogelijk contact op kunnen nemen met de deelnemer. In voorkomende gevallen wordt ook verwezen naar 'zorgvuldig geselecteerde partners' of woorden van gelijke strekking waardoor het aantal bedrijven of organisatie oneindig groot wordt.

¹⁹ Zie onderzoeksrapport r.n. 266-267.

²⁰ Zie onderzoeksrapport r.n. 270-272.

Besluit Openbaar

12/53

van ongevraagde communicatie via telemarketing niet verboden is, tenzij de abonnee verzet heeft aangetekend of ingeschreven staat in het bel-me-niet-register. Toestemming speelt in de regels die gelden voor telemarketing dan ook geen rol. Een abonnee bellen die ingeschreven staat in het bel-me-niet-register, is alleen mogelijk wanneer de abonnee om deze communicatie heeft gevraagd. Dat is anders bij het versturen van e-mailberichten, daar geldt dat het versturen van ongevraagde e-mailberichten uitsluitend is toegestaan na voorafgaande toestemming van de abonnee. De discussie bij e-mailmarketing gaat dan ook om de vraag of voorafgaande toestemming is verkregen en niet zo zeer of er sprake is van gevraagde communicatie.

58. In deze zaak wordt nu door Daisycon betwist dat sprake zou zijn van ongevraagde communicatie. Niet valt in te zien waarom de uitleg die ACM in het bestreden besluit aan het begrip ongevraagde communicatie heeft gegeven in strijd zou zijn met het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel. De uitleg die ACM aan dit begrip heeft gegeven, volgt immers rechtstreeks uit de wet. Uit de wet zelf volgt dat voldoende duidelijk, concreet en kenbaar is wat onder gevraagde communicatie moet worden verstaan en dat dit niet hetzelfde is als (het vragen om) toestemming.
59. ACM wijst er in dit verband op dat ook in een telemarketingzaak eerder is betoogd dat de uitleg van ACM van het begrip gevraagde communicatie in strijd zou zijn met het rechtszekerheidsbeginsel omdat ACM deze uitleg niet eerder bekend had gemaakt. In dat geval oordeelde de rechtbank dat uit de wettekst en de definitie van het begrip toestemming voldoende duidelijk blijkt wat onder gevraagde communicatie (informatie) moet worden verstaan.

Zie Rb. Rotterdam, 30 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:9079, r.o. 4.3.3.:

“De rechtbank verenigt zich met verweerders betoog. Naar het oordeel van de rechtbank is - gelet op de tekst van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw en de definitie van het begrip toestemming - voldoende duidelijk, concreet en kenbaar wat onder gevraagde informatie als bedoeld in artikel 11.7, vijfde en negende lid, van de Tw dient te worden verstaan en dat toestemming niet hetzelfde is als gevraagde informatie. Dat eiseres stelt dat verweerder pas zeer recent eiseres en de rest van de markt actief heeft geïnformeerd over haar standpunt terzake van contactgegevens en toestemmingen die zijn verkregen via (online) prijsvragen en enquêtes doet daar dan ook niet aan af. Verweerder heeft ook aangegeven dat zij die toelichting geeft uit het oogpunt van transparantie, omdat een aantal van de boetebesluiten vanwege rechterlijke procedures nog niet is gepubliceerd, waardoor het niet voor iedereen even inzichtelijk is hoe OPTA in alle gevallen telemarketingregels heeft toegepast. Het toepassen van de norm in de periode voorafgaand aan deze toelichting is naar het oordeel van de rechtbank - anders dan eiseres stelt - niet in strijd met het lex certa beginsel.”

60. Gezien het vorenstaande is ACM van oordeel dat de uitleg die zij in het bestreden besluit heeft gegeven aan het begrip gevraagde communicatie juist is. Wanneer deze uitleg wordt toegepast op de bevindingen uit het onderzoeksrapport, dan moet worden vastgesteld dat ook in het geval van cashback/spaarprogramma-partijen sprake was van ongevraagde communicatie. Tenslotte komt ACM tot de conclusie dat de uitleg die zij in het bestreden

Besluit Openbaar

besluit heeft gegeven aan het begrip gevraagde communicatie ook niet in strijd is met het vertrouwens- of rechtszekerheidsbeginsel. Bezwaargrond III is dan ook ongegrond

7.2 Abonnees

61. Als grond IV van haar bezwaar voert Daisycon aan dat ACM er onterecht van uit gaat dat alle ontvangers van de e-mailberichten kwalificeren als abonnee. Volgens Daisycon is de uitleg die ACM geeft aan het begrip 'abonnee' onjuist en in strijd met de eerdere praktijk van OPTA. Daarnaast zijn de klachten die door ACM zijn geverifieerd volgens Daisycon ongegrond. Hierna zal ACM eerst ingaan op de vraag wanneer berichten geacht worden te zijn verzonden aan abonnees (§ 7.2.1) en daarna op het klagersonderzoek dat door ACM is verricht (§ 7.2.2).

7.2.1 Berichten verzonden aan abonnees

62. ACM is van oordeel bij ieder e-mailadres een abonnee hoort. Een e-mailadres wordt door de aanbieder van de e-maildienst ter beschikking gesteld aan zijn abonnee. De aanbieder van een e-maildienst kan een Internet service Provider zijn die tevens internettoegang verleent, maar ook een aanbieder van een webmaildienst, bijvoorbeeld Google of Microsoft. Het e-mailadres wordt steeds door de aanbieder van de e-maildienst aan de abonnee van de dienst toegewezen. Een e-mailbericht wordt dan ook altijd verzonden naar een e-mailadres dat aan een abonnee is toegewezen. Volgens ACM is dan ook altijd een abonnee betrokken bij de ontvangst van e-mailberichten.
63. ACM is van oordeel dat ook aanbieders van webmaildiensten (zoals Google en Microsoft) aan te merken zijn als aanbieders van een openbare elektronische communicatiedienst. De klanten van deze dienstverleners zijn dan ook abonnees in de zin van de Tw. Ook een webmaildienst bestaat immers hoofdzakelijk uit het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken. De belangrijkste functie van een dergelijke webmaildienst is het ontvangen en versturen van e-mailberichten. Dat gebeurt via een elektronisch communicatienetwerk.
64. Voor het versturen van (web)mail wordt gebruik gemaakt van mailservers. De functie van een mailserver is het verwerken van e-mailberichten. Een mailserver routeert e-mailberichten van het ene e-mailadres naar het andere e-mailadres op een technisch vergelijkbare wijze als een telefooncentrale een gesprek routeert.
65. Een mailserver moet dan ook worden aangemerkt als een transmissiesysteem in de zin van artikel 1.1 onder e van de Telecommunicatiewet en dus als elektronisch communicatienetwerk. Een webmaildienst is daarmee een dienst die hoofdzakelijk bestaat uit het overbrengen van signalen via een elektronisch communicatienetwerk (de mailserver).
66. Webmaildiensten van bijvoorbeeld Google of Microsoft zijn ook nog eens openbare elektronische communicatiediensten. Deze diensten zijn immers beschikbaar voor het publiek. De abonnees van deze diensten moeten dan ook als abonnee in de zin van de Tw worden aangemerkt.

Besluit Openbaar

14/53

67. Dat de gebruiker van een webmaildienst alleen van een dergelijke dienst gebruik kan maken via het internet, dus met gebruikmaking van een internettoegangsdienst, is niet relevant. De definitie van een elektronische communicatiedienst vereist niet dat de dienst volledig via het eigen netwerk van de dienstverlener verloopt.
68. Uit het spamverbod - zoals dat gold tot 5 juni 2012 - volgt onmiskenbaar dat het verzenden van ongevraagde berichten alleen is toegestaan indien de verzender kan aantonen over toestemming van de abonnee te beschikken. Voor de berichten die door Daisycon zijn verzonden moet zij dus aantonen over toestemming van de abonnee van het e-mailadres te beschikken. Dat er ook gebruikers zijn die een e-mailadres van de abonnee feitelijk in gebruik hebben, maakt dit niet anders. De abonnee was tot 5 juni 2012 immers de enige die toestemming kon geven voor de ontvangst van ongevraagde e-mailberichten op een aan hem toegewezen e-mailadres. Enkel en alleen de abonnee beslist over de toestemming, ook wanneer het e-mailadres in de praktijk wordt gebruikt door iemand anders dan de abonnee zelf.
69. In feite verschilt deze situatie niet van de situatie die zich voordoet bij telemarketing. Daar kan de abonnee beslissen om zijn telefoonnummer in te schrijven in het Bel-me-niet-register. Deze inschrijving heeft tot gevolg dat het telefoonnummer niet meer gebeld mag worden, ook niet als het telefoonnummer in de praktijk door iemand anders wordt gebruikt of beantwoord.²¹
70. Hetzelfde geldt volgens ACM voor het verzenden van e-mails. Zonder toestemming van de abonnee mogen geen berichten worden verzonden naar het e-mailadres van de abonnee. Of de abonnee steeds zelf gebruik maakt van het e-mailadres of de betreffende e-mail heeft geopend is geen voorwaarde om het spamverbod te kunnen overtreden. Het gaat er om of de e-mailberichten zijn verzonden naar het e-mailadres van de abonnee, net zoals het er bij telemarketing om gaat of is gebeld met het nummer van de abonnee en niet of de abonnee daadwerkelijk is gesproken.
71. Voor zover Daisycon stelt dat ACM in eerdere zaken haar onderzoek anders had ingericht, ziet ACM niet in welke rechtsregel zij daarmee heeft geschonden. De wijze waarop onderzoek wordt gedaan zal van zaak tot zaak verschillen. In de onderhavige zaak heeft ACM besloten wel een aanvullend abonneeonderzoek uit te voeren om daarmee onomstotelijk vast te stellen dat door Daisycon e-mailberichten zijn verzonden aan abonnees. Op dit onderzoek wordt in §7.2.2 nader ingegaan.

7.2.2 Klagersonderzoek ACM

72. In deze zaak is uitgebreid onderzoek gedaan naar de klagers die via spamklacht.nl één of meerdere klachten hebben ingediend over de e-mailberichten van Daisycon.²² Er bestond volgens ACM geen noodzaak een dergelijk onderzoek te verrichten. Het klagersonderzoek van ACM toont echter wel onomstotelijk aan dat door Daisycon, in haar verschillende rollen, e-mailberichten zijn verzonden aan abonnees. In het kader van dit onderzoek heeft ACM aan 35 klagers gevraagd of zij bereid waren mee te doen aan het 'abonneestatusonderzoek'. Van

²¹ Zie o.a. Rechtbank Rotterdam, 20 maart 2014, ECLI:NL:RBROT:2014:1924, r.o. 6.3.

²² Zie bijlage 21-24 bij het onderzoeksrapport.

Besluit Openbaar

15/53

deze 35 klagers hebben 22 klagers aangegeven mee te willen doen. Deze 22 klagers hebben schriftelijk verklaard dat zij ten tijde van de ontvangst van het betreffende bericht een overeenkomst hadden met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten.²³ Daarnaast zijn ten aanzien van deze 22 klagers door ACM informatievorderingen naar de aanbieders van elektronische communicatiediensten gestuurd om de abonneestatus te verifiëren.²⁴ Uit de reacties van de verschillende aanbieders is gebleken dat van 17 klagers vast staat dat zij voldoen aan de definitie van abonnee.²⁵ Vier klagers waren niet langer bij de betreffende aanbieder geregistreerd, waardoor de aanbieder geen gegevens meer kon verstrekken. Ten aanzien van één klager gold dat het betreffende e-mailadres op een andere naam stond geregistreerd.

73. Uit het hiervoor beschreven klagersonderzoek volgt onomstotelijk dat er door Daisycon ongevraagde e-mailberichten zijn verzonden aan abonnees. Door de rechtbank is in eerdere spamzaken reeds vastgesteld dat ACM met een beperkte verificatie van de abonneestatus (lees: van drie abonnees) kon volstaan om de overtreding met voldoende mate van zekerheid te kunnen vaststellen voor de gehele groep van ontvangers.²⁶ Door het CBb is bevestigd dat een klagersonderzoek, waarbij drie klachten worden geverifieerd, voldoende is om vast te stellen dat de e-mailberichten zijn verzonden aan abonnees.²⁷ Voorts heeft de voorzieningenrechter in deze zaak ook geoordeeld dat ACM in voldoende mate heeft vastgesteld dat de ongevraagde e-mailberichten zijn verzonden aan abonnees:

“Hoewel het betoog van verzoekers in zoverre slaagt, kunnen zij daarmee niet bereiken wat zij daarmee beogen. Niet alleen acht de voorzieningenrechter het aannemelijk dat in de reclameboodschappen in een substantieel aantal gevallen wel zijn verzonden naar een abonnee, maar bovendien heeft ACM van zeventien klagers daadwerkelijk vastgesteld dat zij als abonnee een of meerdere berichten van Daisycon hebben ontvangen.”²⁸

74. De stelling van Daisycon dat sommige door ACM onderzochte klachten ongegrond zijn (r.n. 33 bezwaarschrift), is onjuist. Ten aanzien van de abonnees [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK], staat vast dat zij abonnee waren van een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst. Voor alle hiervoor genoemde klagers is door ACM bij de aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst (i.c. de internettoegangsdienstverlener) vastgesteld dat zij een overeenkomst hadden met deze dienstverlener.²⁹ Daarmee zijn deze klagers abonnee in de zin van de wet. Overigens blijkt uit de klachtprocedure dat de e-mailberichten die naar het betreffende adres zijn verzonden ook daadwerkelijk door de abonnee zijn ontvangen. In deze procedure dient de klager zijn/haar klacht te bevestigen door te reageren op een e-mailbericht van ACM dat wordt verstuurd naar het door de klager opgegeven e-mailadres,

²³ Zie bijlage 21 bij het onderzoeksrapport.

²⁴ Zie bijlage 22 bij het onderzoeksrapport.

²⁵ Zie bijlage 23 bij het onderzoeksrapport.

²⁶ Zie Rb. Rotterdam, 23 mei 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BA6377 en Rb. Rotterdam, 12 januari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BK8880, r.o. 2.4.3.

²⁷ Zie CBb, 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU9170, r.o.3.3.

²⁸ Rb. R'dam (vzr.), 24 september 2014, ECLI:NL:RBROT: 2014:7808, r.o. 9.3.

²⁹ Zie bijlage 23 bij het onderzoeksrapport.

Besluit Openbaar

75. Ook het betoog van Daisycon dat de klachten van klagers [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] ongegrond zijn omdat in de betreffende e-mailberichten de zogenaamde ds-1-link ontbreekt, kan geen doel treffen. Uit (de body van) de betreffende e-mailberichten die door de klagers zijn meegestuurd bij hun klachten blijkt dat deze ds-1-link wel degelijk was opgenomen in de betreffende berichten. Hieronder zijn de betreffende berichtonderdelen opgenomen.

Zie klacht [VERTROUWELIJK], p. 4³⁰:

```
=0D
krant en krijg een [REDACTED] muzieksysteem cadeau! " alt=3D"Lees 12 maanden h=
et=0D
[REDACTED] voor  euro: 0,74 per krant en krijg een [REDACTED] muzieksysteem cadeau! "=
=0D
src=3D"http://b.dsl.nl/867/1177456/index.php?wi=[REDACTED];si=[REDACTED];li=
=3D1177456&ws=3D[REDACTED]kerstactie&dl=3D"=0D
style=3D"border:none;" height=3D"400" width=3D"400" /></a> <!-- END PARTNER=
=0D
PROGRAM --></font></td>=0D
```

Zie klacht [VERTROUWELIJK] p.2³¹:

```
<tr>=20
<td colspan=3D"3" bgcolor=3D"#c9eff7"><a href=3D"http://deelname.[REDACTED].nl/go/15/GETCF3Z-1V2YFN5-1V2YPN3-ITAl1D7.html?ws=
=3D942588200911VP0" target=3D"_blank">
<img src=3D"http://b.dsl.nl/867/1156789/index.php?w=
i=[REDACTED];si=[REDACTED];li=3D1156789" alt=3D"" border=3D"0" style=3D"di=
splay: block; color:#ffffff;"></a></td>=20
</tr>=20
=20
<tr>=20
```

Zie klacht [VERTROUWELIJK] p. 4³²:

```
target="_blank"></a> <!-- END PARTNER
PROGRAM --></font></td>
```

76. Gelet op het bovenstaande is ACM van oordeel dat vaststaat dat de berichten die Daisycon in haar verschillende rollen heeft verzonden, zijn verzonden aan abonnees. Bezwaargrond IV treft dan ook geen doel.

³⁰ Onderzoeksrapport bijlage 21.

³¹ Onderzoeksrapport bijlage 21.

³² Onderzoeksrapport bijlage 21.

Besluit Openbaar

7.3 Verzender/ voorafgaande toestemming

77. Daisycon is van mening dat zij in de rol van adverteerder³³ en affiliate netwerk³⁴ ten onrechte als verzender is aangemerkt. Daarom zou zij niet de bewijslast dragen voor het aantonen van de toestemming voor de ongevraagde e-mailberichten. Bovendien is Daisycon van mening dat het bestreden besluit een inconsequentie over het verzenderbegrip bevat. Deze zou zijn gelegen in het feit dat zij in de rol als publisher zowel als feitelijk als materieel verzender is aangemerkt.
78. Daisycon stelt zich verder op het standpunt dat zij als adverteerder en als affiliate netwerk niet verantwoordelijk is voor de toestemming die de verschillende publishers of affiliates dienden te verkrijgen voor het toesturen van ongevraagde e-mailberichten. Ten aanzien van de e-mailberichten die door Daisycon zelf als publisher en adverteerder zijn verstuurd stelt Daisycon zich bovendien op het standpunt dat deze zijn verzonden nadat daarvoor specifieke en op informatie berustende toestemming is gegeven door de abonnee.
79. Omdat de kwalificatie van een partij als verzender bepalend is voor het antwoord op de vraag of die partij moet kunnen aantonen of er toestemming was voor het verzenden van de e-mailberichten, bestaat er een grote verwevenheid tussen beide bezwaargronden. Gelet op deze verwevenheid zal ACM deze bezwaargronden in dit hoofdstuk gezamenlijk behandelen. Hieronder zal ACM eerst ingaan op het standpunt van Daisycon dat zij niet verantwoordelijk is voor de toestemming die de verschillende publishers en affiliates dienden te verkrijgen (§ 7.3.1) en daarna op het standpunt dat Daisycon rechtsgeldige toestemming voor de door haar verstuurd e-mailberichten heeft verkregen (§7.3.2). Tot slot gaat ACM in op de stelling dat zij een geheel nieuwe en zelfstandige uitleg zou geven aan het begrip toestemming (§ 7.3.2.3)

7.3.1 Affiliate netwerk als verzender

80. Gezien het vorenstaande dient ACM in bezwaar te beoordelen of Daisycon ook in haar rol van affiliate netwerk als verzender van de berichten moet worden aangemerkt. Bij deze beoordeling zal ACM eerst nader ingaan op de verhouding tussen Daisycon en de adverteerders (7.3.1.1) en daarna op de verhouding tussen Daisycon en de publishers (7.3.1.2). Vervolgens zal worden ingegaan op de mate van invloed en betrokkenheid van de adverteerder bij de handelingen van de publisher (7.3.1.3). Tot slot zal de rol van Daisycon bij het verzenden van de berichten via haar affiliate netwerk worden getoetst aan het verzenderbegrip uit artikel 11.7, Tw en de wijze waarop dit begrip in de wetsgeschiedenis en de rechtspraak is uitgelegd (7.3.1.4).

7.3.1.1 Verhouding Daisycon - Adverteerders

81. De dienst die Daisycon aanbiedt aan adverteerders bestaat uit het genereren van verkoopleads of verkopen (sales/transacties) door bezoekers of verkeer ("traffic") naar online acties van de adverteerder te leiden. Daarbij maakt Daisycon gebruik van de online marketinginstrumenten van haar publishers.³⁵ Op verschillende manieren, waaronder het

³³ Zie pleitnota bezwaar r.n.8.

³⁴ Zie o.m. bezwaarschrift r.n. 4.

³⁵ Zie onderzoeksrapport, randnummers 376.

Besluit Openbaar

versturen van e-mailberichten, wordt via de publishers gezorgd voor (extra) verkeer naar de website van de adverteerder.

82. Daisycon wierf actief adverteerders om via haar affilatenetwerk (extra) verkeer te genereren. De werving van adverteerders geschiedde hoofdzakelijk door het sales-team van Daisycon, dat actief op zoek ging naar nieuwe adverteerders en de diensten van Daisycon hierbij promootte.³⁶
83. Adverteerders die vervolgens een opdracht verleenden aan Daisycon, werden ingedeeld in een channel (branche) en werden door zogenaamde channelmanagers geadviseerd over de wijze waarop een campagne kon worden vormgegeven.³⁷ Daarbij kon een adverteerder er voor kiezen om zelf promotie- of reclamemateriaal (bijvoorbeeld de opmaak van een e-mailbericht) aan te leveren, maar kon zij ook Daisycon verzoeken het ontwerp te vervaardigen.³⁸
84. Daisycon had een grote mate van vrijheid bij het uitvoeren van de opdracht van de adverteerder. In de contracten tussen Daisycon en de adverteerders wordt niet vastgelegd hoe de transacties of het verkeer gerealiseerd zullen worden, Daisycon mocht naar eigen inzicht derden inschakelen voor het uitvoeren van de opdracht. De adverteerder kon via de channelmanager of via het systeem van Daisycon wel aangeven dat e-mailmarketing niet was toegestaan. Voor het systeem van Daisycon gold dat e-mailmarketing standaard ingeschakeld stond en er een actieve handeling van de adverteerder voor nodig was om dit kanaal uit te sluiten.³⁹
85. Daisycon zette deze opdracht vervolgens via haar systeem uit bij de bij haar aangesloten publishers.⁴⁰ Waarbij Daisycon de verplichting op zich nam om actief publishers te werven.⁴¹ Daarbij stelde Daisycon de promotiemiddelen van de adverteerder ter beschikking aan haar publishers, hield zij bij hoeveel verkeer of sales er wordt gerealiseerd en droeg zij zorg voor de uitbetaling aan de publisher.

7.3.1.2 *Verhouding Daisycon - Publishers*

86. Een publisher is een partij die één of meerdere kanalen (media) ter beschikking stelt die kunnen worden ingezet voor het verspreiden van het advertentiemateriaal van de adverteerder. Voorbeelden van media zijn: een website waarop advertenties geplaatst kunnen worden, een bestand met e-mailadressen waar reclame-e-mails naartoe kunnen worden gestuurd of een zoekterm van een keywordmarketeer die aan een adverteerder gekoppeld kan worden.

³⁶ Zie onderzoeksrapport, randnummer 58.

³⁷ Zie onderzoeksrapport, randnummer 58.

³⁸ Zie onderzoeksrapport, randnummer 59.

³⁹ Zie onderzoeksrapport, randnummer 383

⁴⁰ Zie onderzoeksrapport, randnummer 59.

⁴¹ Zie o.a. artikel 3.2 in de overeenkomst tussen Daisycon en [VERTROUWELIJK], bijlagen DVD bij onderzoeksrapport, Hoofdstuk 7:48, en de voorbeelden die worden genoemd in het Onderzoeksrapport, randnummers 399-400.

Besluit Openbaar

87. Publishers konden zich aansluiten bij het affilatenetwerk van Daisycon om voor de verschillende bij Daisycon aangesloten adverteerders verkeer of sales te genereren. Een publisher moest zich daarvoor registreren via het aanmeldformulier op de website van Daisycon, waarbij de publisher een naam, de locatie en een omschrijving van de media op moest geven.⁴² Vervolgens moest de publisher akkoord gaan met de algemene voorwaarden van Daisycon.⁴³ Uit deze algemene voorwaarden blijkt dat Daisycon niet verplicht is om een publisher die zich bij haar affilatenetwerk wil aansluiten te accepteren. Alvorens een publisher te accepteren beoordeelde Daisycon eerst of de aanmelding en de website van de publisher voldeden aan de door Daisycon gestelde eisen.⁴⁴
88. Na acceptatie ontstond volgens Daisycon een overeenkomst tussen de publisher en Daisycon. De publisher kon zich vervolgens inschrijven op de opdrachten van adverteerders die in het affilatenetwerk werden uitgezet. In de praktijk was het Daisycon die actief de publishers benaderde en de betreffende (e-mail) campagnes inplande, controleerde en goedkeurde.⁴⁵ Daarbij gold dat de publishers de aanwijzingen van Daisycon dienden op te volgen.⁴⁶
89. In ruil daarvoor betaalde Daisycon de publishers voor hun diensten.⁴⁷ Doordat de publishers in hun media een gepersonaliseerde link opnamen (DS-1-link) kon Daisycon bijhouden hoeveel verkeer of sales door een bepaalde affiliate werd gegenereerd en kon zij de daarvoor afgesproken vergoeding uitbetalen.
90. In bepaalde gevallen sloot Daisycon ook een separate (schriftelijke) overeenkomst met een publisher voor het verzenden van een mailing.⁴⁸ Uit een voorbeeld van een dergelijke overeenkomst blijkt dat de e-mailberichten door de publisher werden verzonden voor Daisycon:
- “[VERTROUWELIJK] verzendt voor Daisycon (adverteerder [VERTROUWELIJK]) een e-mailcampagne naar [VERTROUWELIJK] emailadressen op de databases van [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK].”*
91. Ten slotte hield Daisycon ook toezicht op de publishers en de wijze waarop de opdracht werd uitgevoerd. De algemene voorwaarden van Daisycon bevatten onder meer het verbod voor de publishers om het aangeleverde materiaal en de verkregen gegevens te gebruiken voor “spamming” (het ongevraagd verzenden van grote hoeveelheden e-mails met dezelfde

⁴² Zie onderzoeksrapport, randnummers 64, in het systeem van Daisycon zijn onder meer de volgende beschrijvingen van media aangetroffen: “sturen van betaalde nieuwsbrieven”, “[VERTROUWELIJK] - alle aanbiedingen op een rij. Heeft tevens een nieuwsbrief met [VERTROUWELIJK] opt-in users”, “[VERTROUWELIJK]opt-in e-maileden die acties, prijsvragen en informatie wensen te ontvangen. Samenstelling: 18 jaar en ouder en 70% vrouw.”

⁴³ Zie onderzoeksrapport, randnummers 388.

⁴⁴ Bijlagen DVD bij onderzoeksrapport, Hoofdstuk 7:55 - website Daisycon - Algemene publisher voorwaarden 2.3.

⁴⁵ Bijlagen DVD bij onderzoeksrapport, Hoofdstuk 7:70 - SVO14 Publishermanagement [461364] en Hoofdstuk 7:70 - SVO19 Hoe plan ik een emailing in 3 [146990].

⁴⁶ Bijlagen DVD bij onderzoeksrapport, Hoofdstuk 7:55 - website Daisycon - Algemene publisher voorwaarden artikel 3.3.

⁴⁷ Zie onderzoeksrapport, randnummers 391.

⁴⁸ Zie onderzoeksrapport, randnummers 393.

Besluit Openbaar

inhoud).⁴⁹ Op grond van deze zelfde algemene voorwaarden is een publisher die in strijd handelt met de algemene voorwaarden (of waarvan een vermoeden bestaat dat hij dat doet) verplicht om mee te werken aan een onderzoek naar de overtredingen en inzage te verlenen in zijn administratie.⁵⁰

92. Uit het bovenstaande volgt dat Daisycon een controle uitvoerde alvorens de publishers toegang kregen tot haar netwerk. Eenmaal toegelaten tot het netwerk van Daisycon dienden de publishers de aanwijzingen van Daisycon op te volgen en was Daisycon ook bevoegd om toe te zien op de werkzaamheden van de publishers. Tenslotte zorgde Daisycon voor de uitbetaling van de vergoedingen aan haar publishers.

7.3.1.3 *Verhouding tussen de Adverteerder en de Publisher*

93. Blijkens de handleiding voor adverteerders⁵¹ en de contracten die Daisycon met haar adverteerders afsluit⁵² hadden adverteerders, nadat een publisher een medium had aangemeld, 10 dagen de tijd om dit medium te beoordelen en op basis van deze beoordeling wel of niet toe te laten tot het affiliate programma. Indien de adverteerder niet zelfstandig overging tot goed- dan wel afkeuring van een aangemeld medium, dan werden deze na 10 dagen *automatisch* toegelaten tot het programma.
94. Indien een adverteerder de verleende toestemming weer wenste in te trekken diende bij verwijdering van de aangesloten publisher Daisycon onmiddellijk op de hoogte te worden gebracht, inclusief de mededeling van de reden van de verwijdering.
95. Verder waren voor adverteerders beperkte gegevens beschikbaar, namelijk de accountnaam en gegevens die door de publisher zelf werden ingevoerd. Bovendien wordt aan de hand van e-mailwisselingen met Daisycon duidelijk dat zij geen additionele informatie en gegevens van publishers verstrekten indien een adverteerder hierom verzocht.⁵³ Adverteerders waren derhalve, ten aanzien van het contact met publishers en de controle of er toestemming van de abonnee was verkregen, aangewezen op de informatie die het affiliate netwerk aan hen ter beschikking stelde. Nadere afspraken tussen de adverteerder en de publisher waren niet mogelijk, omdat elk contact via Daisycon verliep.

⁴⁹ Bijlagen DVD bij onderzoeksrapport, Hoofdstuk 7:55 - website Daisycon - Algemene publisher voorwaarden artikel 3.9.

⁵⁰ Bijlagen DVD bij onderzoeksrapport, Hoofdstuk 7:55 - website Daisycon - Algemene publisher voorwaarden, artikel 3.18.

⁵¹ Bijlagen DVD hoofdstuk 7: 50 – SVO09 Handleiding adverteerders met een affiliateprogrammaBRONDOCUMENT[456058].

⁵² Bijlagen DVD hoofdstuk 7: 48 - SVO17 Contracten / Contracten Affiliate Marketing. In al deze contracten is de volgende bepaling opgenomen: *2.5 De Cliënt verplicht zich om aanvragen van Affiliates voor toetreding tot het Programma van de Cliënt binnen tien werkdagen af te handelen. Indien de Cliënt de aanvragen voor toetreding tot het Programma niet binnen deze termijn behandelt, gaat Daisycon ervanuit dat de aanvragen voor akkoord zijn bevonden en zal Daisycon de Affiliate toegang tot het Programma verschaffen.*

⁵³ Bijlagen DVD Hoofdstuk 7: 58 - SVO19 Message2885[277023].

Besluit Openbaar

7.3.1.4 Verzender van de e-mailberichten

96. Zoals door ACM in het bestreden besluit reeds uitvoerig is uiteengezet, gaat de wetgever uit van een breed verzenderbegrip.

Zie Kamerstukken II 2005/2006, 30661, nr. 3, p. 11:

“Overigens is wel van belang dat artikel 11.7, eerste lid, zich richt tot de verzender van de ongevraagde communicatie. In de praktijk blijken er vele partijen betrokken te zijn bij het verzenden van ongevraagde elektronische berichten met marketingdoeleinden waarbij de verantwoordelijkheid voor het verzonden elektronische bericht in wisselende mate bij de verschillende betrokken partijen ligt. Om te voorkomen dat betrokken partijen zich achter elkaar gaan verschuilen in de gevallen dat elektronische berichten zijn verzonden zonder de vereiste voorafgaande toestemming, is gekozen voor een breed begrip verzender. Dat wil zeggen zowel de materiële verzender (opdrachtgever) als de daadwerkelijke verzender.”⁵⁴

97. Dit brede verzenderbegrip brengt met zich dat op partijen die kunnen worden aangemerkt als opdrachtgever (materieel verzender) of als feitelijk verzender van de betreffende e-mailberichten de verantwoordelijkheid rust om de vereiste toestemming aan te tonen. De definitie van verzender omvat bovendien blijkens de hierboven aangehaalde wetsgeschiedenis tevens het verrichten van hand- en spandiensten (zoals het verzamelen van e-mailadressen).⁵⁵ Daarnaast heeft de wetgever expliciet voor een ruime interpretatie van het verzenderbegrip gekozen om te voorkomen dat de bij de verzending betrokken partijen zich achter elkaar kunnen verschuilen.
98. Ook het CBb sluit een ruime interpretatie van het verzenderbegrip niet uit. De hulppersoon die naar maatschappelijke opvatting de verantwoordelijkheid voor de verzending draagt, kan als verzender worden aangemerkt.⁵⁶
99. Anders dan in de zaak die heeft geleid tot de hierboven genoemde uitspraak van het CBb, leverde Daisycon geen adressen (e-mailadressen) aan de adverteerders. De rol van Daisycon was echter niet die van een passieve aanbieder van software of een marktplaats waar vragers en aanbieders bij elkaar kwamen. Daisycon bemiddelde actief tussen de adverteerders en publishers en bood een platform waarop deze elkaar konden vinden.
100. Daisycon verplichtte zich jegens de adverteerders waarmee zij een overeenkomst sloot immers om actief publishers te werven voor de adverteerders.⁵⁷ Zij stelde voorwaarden aan de publishers en zag toe op de kwaliteit van de door de publisher geleverde werkzaamheden. Daarbij had Daisycon de mogelijkheden om de (digitale) administratie van de publishers te controleren op naleving van de algemene voorwaarden en publishers de toegang tot haar netwerk te ontzeggen. In bepaalde gevallen was Daisycon verantwoordelijk voor het

21/53

⁵⁴ Kamerstukken II 2005/2006, 30661, nr. 3, p. 11.

⁵⁵ Kamerstukken II 2005/2006, 30 661, nr. 3, blz. 11

⁵⁶ College van Beroep voor het bedrijfslevens 30 september 2014, ECLI:NL:CBB:2014:371 r.o. 4.4.4.

⁵⁷ Zie r.n. 85.

Besluit Openbaar

ontwerpen of aanpassen van het reclamemateriaal. Ten slotte was het ook Daisycon die de publishers betaalde voor de uitgevoerde werkzaamheden.

101. Hiermee staat volgens ACM vast dat Daisycon een cruciaal aandeel had bij het verzenden van de berichten via haar affilietenetwerk. In feite was het Daisycon die de opdracht van de adverteerder aannam en doorgaf aan de bij haar aangesloten publishers. Met deze publishers had Daisycon een overeenkomst op grond waarvan de publishers tegen een vergoeding bepaalde werkzaamheden verrichtten, waaronder het versturen van ongevraagde e-mailberichten. Daisycon plande (e-mail) campagnes in met de publishers, controleerde deze en keurde deze goed. De publishers waren steeds verplicht de aanwijzingen van Daisycon op te volgen en Daisycon beschikte over vergaande controle mogelijkheden om de werkzaamheden van de publishers te controleren en over bevoegdheden om de publishers uit haar netwerk te weren wanneer zij deze aanwijzingen niet opvolgde. Dat de publishers in bepaalde gevallen de ruimte werd gelaten om zelf te beslissen welk middel (of medium) zij zouden inzetten ter promotie van de producten of diensten van de adverteerder doet hier niet aan af.
102. De actieve rol van Daisycon, waarin zij richting de publishers als opdrachtgever optreedt, wordt ook bevestigd door de hiervoor (r.n. 90) genoemde overeenkomst tussen Daisycon en een van haar publishers, waarin Daisycon met zoveel woorden de opdracht verstrekt aan de publisher tot het verzenden van een hoeveelheid e-mailberichten. Maar ook in andere gevallen zochten de publishermanagers van Daisycon de publishers uit die naar hun mening het beste zouden passen bij een bepaalde e-mailcampagne.⁵⁸ Vervolgens benaderde Daisycon die publisher, plande zij een (e-mail)campagne in, controleerde de berichten en gaf zij akkoord voor het versturen van de berichten.⁵⁹
103. Gezien het bovenstaande staat volgens ACM vast dat Daisycon voor de berichten die zijn verzonden via haar affiliate netwerk moet worden aangemerkt als (materieel) verzender. De stelling van Daisycon dat zij in het bestreden besluit in de rol van affiliate netwerk niet zou zijn aangemerkt als verzender, deelt ACM overigens niet. In randnummer 222 van het bestreden besluit staat beschreven dat Daisycon vanwege haar essentiële rol een onmisbare schakel was in de keten die tot de verzending van de betreffende e-mailberichten leidde. Daarmee acht ACM haar mede verantwoordelijk voor de verzending van de e-mailberichten en is zij dus aan te merken als verzender. Hetgeen overigens ook door de voorzieningenrechter is onderschreven:

Zie Rb. R'dam (vzr.), 24 september 2014, ECLI:NL:RBROT: 2014:7808, r.o. 11.3:

“De voorzieningenrechter voegt hier aan toe dat voor medeplegen niet is vereist dat de medepleger de kwaliteit van verzender heeft, doch dat Daisycon als beheerder en exploitant van het affiliate-netwerk wel voldoet aan die definitie. De definitie van verzender is immers blijkens de onder 8 aangehaalde wetsgeschiedenis ruim en omvat

⁵⁸ Zie r.n. 85.

⁵⁹ Bijlagen DVD bij onderzoeksrapport, Hoofdstuk 7:70 - SVO14 Publishermanagement [461364] en Hoofdstuk 7:70 - SVO19 Hoe plan ik een emailing in 3 [146990].

Besluit Openbaar

volgens die wetsgeschiedenis ook de transporteur die hand- en spandiensten verricht (zoals het verzamelen van adressen) in het kader van het versturen van spam. Niet valt in te zien dat Daisycon als beheerder en exploitant van het affiliate-netwerk, die zelf onder meer de e-mailadressen aan publishers ten behoeve van verzending van ongevraagde communicatie door het affiliate-netwerk leverde, niet valt onder deze ruime definitie.”

104. Dat ACM in randnummer 273 van het bestreden besluit heeft opgemerkt dat Daisycon niet automatisch is aan te merken als verzender maakt dit niet anders. Juist omdat er sprake is van een keten, waarbij iedere partij bepaalde taken voor haar rekening neemt, vergt het zorgvuldigheidsbeginsel dat ACM nagaat of een bepaalde partij ook daadwerkelijk is aan te merken als overtreder. Dit inleidende randnummer laat zien dat ACM dit erkent. In de rest van paragraaf 10.3.1 wordt vervolgens uitgebreid onderbouwd dat Daisycon is aan te merken als overtreder. Dat ACM haar in dit geval heeft aangemerkt als medepleger doet hier geen afbreuk aan. Dit wil niets anders zeggen dan dat er sprake is van meerdere partijen die gezamenlijk uitvoering geven aan een overtreding. Waarbij ieder van de partijen een deel van de bestanddelen op zich neemt.
105. Gezien het vorenstaande is volgens ACM voldoende duidelijk dat Daisycon als verzender in de zin van art 11.7 Tw heeft gehandeld. Hoewel Daisycon in het sanctiebesluit initieel als medepleger is aangemerkt, valt op basis van bovenstaande feiten niet in te zien dat Daisycon als beheerder en exploitant van het affiliate netwerk niet ook als verzender kan worden aangemerkt.
106. Nu Daisycon is aan te merken als verzender, is ook komen vast te staan dat Daisycon bovendien verantwoordelijk is voor het kunnen aantonen van voorafgaande toestemming voor de e-mailberichten die via haar affiliate netwerk zijn verzonden. Daisycon had zich er van moeten vergewissen dat toestemming was verleend die in overeenstemming was met de vereisten van artikel 11.1 aanhef en onder g, Tw jo. artikel 1, onder i, Wbp. Daarnaast had Daisycon bewijs van deze toestemming moeten kunnen overleggen.
107. Daisycon was ook in staat om bij de publishers na te gaan of deze over de vereiste toestemming beschikten. Dit blijkt uit artikel 3.18 van de *Publishervoorwaarden* waaruit volgt dat Daisycon een publisher kon verplichten om mee te werken aan een onderzoek naar overtreding van de *Publishervoorwaarden*, waaronder overtreding van het spamverbod (artikel 3.9 *Publishervoorwaarden*).
108. ACM is verder van oordeel dat Daisycon zich niet kan onttrekken aan haar eigen verantwoordelijkheid om aan te kunnen tonen dat de vereiste toestemming is verleend, door in haar bezwaar te wijzen op het feit dat ACM overige partijen niet in haar onderzoek heeft betrokken. Het valt binnen de discretionaire bevoegdheid van ACM om op grond van objectieve criteria de omvang van haar onderzoek te bepalen, waarbij bovendien rekening dient te worden gehouden met de begrensde onderzoekscapaciteit.⁶⁰ De stelling dat ACM ook

23/53

⁶⁰ Rechtbank Rotterdam 25 juli 2013. ECLI:NL:RBROT:2013:5540.

Besluit Openbaar

de bij Daisycon aangesloten adverteerders en publishers in haar onderzoek had moeten betrekken is derhalve onjuist.

7.3.2 Benodigde voorafgaande toestemming

109. Daisycon stelt zich op het standpunt dat, ten aanzien van de e-mailberichten die door Daisycon zijn verstuurd in haar rol als publisher of adverteerder, de benodigde voorafgaande toestemming van abonnees wel is verkregen. De verzending van de commerciële e-mailberichten vond in dat geval volgens Daisycon dan ook rechtmatig plaats. In dat verband stelt Daisycon dat in alle door ACM aangehaalde gevallen altijd via een concrete toestemmingsvraag om toestemming is verzocht en nadere toelichting bij het verzoek om toestemming kon worden gevonden in de algemene voorwaarden en/of privacy statement.
110. ACM volgt Daisycon niet in haar standpunt. In het onderzoeksrapport (r.n.101, 190, 276) en het boetebesluit (r.n. 102, 185-188. 252-255.) heeft ACM uiteengezet dat de wijze waarop Daisycon toestemming meent te hebben verkregen niet voldoet aan de vereisten die de wet daaraan stelt. In het hiernavolgende zal ACM daar waar de bezwaren van Daisycon daar aanleiding toe geven, ingaan op de vraag of er door de betreffende abonnees toestemming is gegeven voor ontvangst van de e-mailberichten waarin wordt geadverteerd voor de enquêtes van Daisycon (Daisycon als adverteerder). Vervolgens zal de toestemming voor ontvangst van berichten met als afzender 123aanbieding.nl worden besproken (Daisycon als publisher).

24/53

7.3.2.1 Bewijslast voor het aantonen van toestemming

111. De bewijslast voor het aantonen van toestemming voor het ontvangen van elektronische berichten is door de wetgever expliciet bij de verzender neergelegd.⁶¹

“De heer Van Dam heeft een amendement ingediend op stuk nr. 15 om te bepalen dat de verzender van de communicatie moet kunnen aantonen dat de desbetreffende abonnee hiervoor voorafgaand toestemming heeft gegeven. Daarover zijn heel veel dingen te zeggen maar de kern is dat het als het ware verschuift naar de verzender. Dat is ook de enige plaats waar dat zou moeten plaatsvinden. Ik neem dat amendement graag over. Daarmee zeg ik niet dat er soort van confirmed consent moet komen want dan krijg je als het ware de zaak weer terug.”⁶² (onderstreping ACM)

112. Deze bewijsopdracht aan de verzenders geldt sinds 19 mei 2004. De tekst van deze bepaling is naar het oordeel van ACM ondubbelzinnig en duidelijk. Op grond van artikel 11.7, eerste lid, Tw mag je alleen een ongevraagd e-mail bericht versturen als je kunt aantonen dat de desbetreffende abonnee, oftewel de ontvanger van het e-mailbericht, hiervoor toestemming heeft verleend. Uit de woordkeuze van de wetgever blijkt dan ook zonder meer dat de verzender dit per abonnee moet kunnen aantonen. Dit blijkt onder meer ook uit de volgende passage uit de parlementaire geschiedenis:

“Het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële en charitatieve doeleinden aan abonnees via automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten is immers ingevolge het

⁶¹ Kamerstukken II 2003/04, 28 851, nr. 15.

⁶² Handelingen II 2003/04, 14, p. 788.

Besluit Openbaar

eerste lid uitsluitend toegestaan, indien de verzender kan aantonen dat de desbetreffende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend. Omdat de verzender eerst toestemming dient te verkrijgen van de abonnee en ook – bijvoorbeeld als er een geschil rijst – moet kunnen aantonen dat hij die toestemming heeft, mag worden aangenomen dat de verzender weet aan wie hij zijn berichten stuurt.⁶³ (onderstreping ACM)

113. Deze bewijst last volgt naar het oordeel van ACM dan ook rechtstreeks uit de wet en reeds hierom is het bestreden besluit niet, zoals Daisycon stelt,⁶⁴ in strijd met het lex certa beginsel.

7.3.2.2 Daisycon als adverteerder

114. ACM heeft in het bestreden besluit uiteengezet (randnummer 56) dat Daisycon als adverteerder een groot aantal enquêtes heeft laten verzenden door verschillende publishers. Dat het hier gaat om ongevroegde communicatie van commerciële aard waarvan verzending uitsluitend is toegestaan indien de verzender kan aantonen dat de desbetreffende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend, wordt door Daisycon niet betwist.
115. ACM heeft Daisycon meerdere malen in de gelegenheid gesteld om aan te tonen dat de enquêtes uitsluitend zijn verstuurd naar abonnees die daarvoor voorafgaande toestemming hebben verleend. Daisycon heeft nagelaten om deze toestemming aan te tonen. Volgens Daisycon behoort dit niet tot haar verantwoordelijkheid.⁶⁵ De verantwoordelijkheid zou uitsluitend liggen bij de publishers (als feitelijk verzenders).
116. ACM is van oordeel dat Daisycon hiermee miskent dat de wetgever bij de formulering van het spamverbod in artikel 11.7 Tw heeft gekozen voor een breed verzenderbegrip⁶⁶. In de wetsgeschiedenis is nadrukkelijk uiteengezet dat in ieder geval zowel de feitelijke verzender (publisher) als de materiële verzender (adverteerder) als verzender moet worden aangemerkt. Juist deze opstelling van Daisycon, waarin zij zich verschuilt achter de publishers⁶⁷, heeft de wetgever expliciet willen voorkomen.⁶⁸
117. Dit brengt met zich dat Daisycon ook in haar rol als adverteerder (materiële verzender) moet kunnen aantonen dat haar enquêtes uitsluitend zijn verstuurd naar abonnees die hiervoor toestemming hebben verleend⁶⁹.
118. Nu Daisycon er niet in is geslaagd om de toestemming van abonnees aan te tonen staat volgens ACM in zoverre vast dat Daisycon als adverteerder niet heeft voldaan aan het gestelde in artikel 11.7 eerste lid, Tw.

25/53

⁶³ Kamerstukken I 2003/04, 28 851, nr. C, p. 24.

⁶⁴ Pleitnota bezwaar 9.

⁶⁵ Pleitnota bezwaar 8.

⁶⁶ Kamerstukken II 2005/2006, 30661, nr. 3, p. 11.

⁶⁷ Zie verslag hoorzitting 28 augustus 2014, p. 5 en 6.

⁶⁸ Kamerstukken II 2005/2006, 30661, nr. 3, p. 11.

⁶⁹ Kamerstukken II 2002/2003, 28 851, nr. 15; *Handelingen II 2003/2004*, 28 851, p. 14-788.

Besluit Openbaar

7.3.2.3 Daisycon als publisher

119. Hieronder zal ACM ingaan op de stelling van Daisycon dat voor de berichten die zijn verzonden met 123aanbieding.nl als afzender rechtsgeldige toestemming is gegeven door de abonnee. Achter randnummer 159 van het bestreden besluit heeft ACM uiteengezet dat Daisycon als publisher een groot aantal ongevraagde e-mailberichten heeft verstuurd naar abonnees met e-mailadressen afkomstig uit haar adressenbestand 123aanbieding.nl. De e-mailberichten bestonden hoofdzakelijk uit reclames van diverse adverteerders (waaronder [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] et cetera).
120. Op 26 september 2012 hebben onderzoekers van ACM aan de bestuurders van Daisycon expliciet verzocht om de toestemmingsvraag te verstrekken die volgens hen zou zijn opgenomen in de nieuwsbrieven en enquêtes (zie achter randnummers 145-146 en bijlage 15 van het onderzoeksrapport).
121. Ook uit de stukken die toen door Daisycon zijn overgelegd blijkt niet dat de vereiste toestemming is verkregen. Daisycon heeft slechts verwezen naar de privacy statements en toestemmingsvragen in de Nationale Enquêtes, de enquête [VERTROUWELIJK] en de enquête [VERTROUWELIJK]⁷⁰. In haar bezwaarschrift benadrukt Daisycon dat middels deze privacy statements en toestemmingsvragen de benodigde voorafgaande specifieke en op informatie gebaseerde toestemming van abonnees is verkregen en de verzending van de commerciële berichten steeds rechtmatig plaatsvond. ACM zal hieronder uiteenzetten welke informatie door Daisycon werd getoond en waarom verwijzing naar deze informatie (algemene voorwaarden en privacy statements) of het accorderen van de betreffende toestemmingsvragen geen specifieke en op informatie berustende toestemming oplevert.
122. In haar rol als publisher verzond Daisycon e-mailberichten waarin zij abonnees verzocht enquêtes van Daisycon in te vullen. Door te klikken op een link in het e-mailbericht werd de abonnee doorgestuurd naar een website waar een enquête kon worden ingevuld. Om toegang tot de enquête te verkrijgen moesten eerst (persoons)gegevens worden ingevuld en een vakje worden aangevinkt waarin de abonnee akkoord gaat met het privacy statement. Hieronder is een voorbeeld opgenomen van een dergelijke tekst.



Wanneer u uw gegevens invult, gaat u akkoord met het [privacy statement](#) en [voorwaarden](#) en geeft u aan dat u per e-mail en telefoon benaderd wenst te worden door de deelnemende [adverteerders](#) voor commerciële aanbiedingen

⁷⁰ Zie achter randnummers 159 tot 169 van het boetebesluit.

Besluit Openbaar

123. Door te klikken op de woorden “*privacy statement*”, “*voorwaarden*” en “*adverteerders*” werden de abonnees doorverwezen naar een webpagina waarop onderstaande tekst (privacy statement.) werd getoond.



27/53

124. ACM stelt voorop dat het verlenen van toestemming middels verwijzing naar algemene voorwaarden of een privacy statement (de zogenaamde co-registratie methode), niet als specifiek en op informatie berustend is aan te merken. Dit volgt ook uit de memorie van toelichting bij het spamverbod:

Zie *Kamerstukken II 2002/2003*, 28851, nr. 7, p. 41:

“(…)de toestemming moet worden verleend aan de verzender van de communicatie, dat wil zeggen degene waarvan het bericht afkomstig is. Het door de leden gegeven voorbeeld, namelijk of het mogelijk is dat de abonnee toestemming verleent aan bedrijf

Besluit Openbaar

A en dat dat bedrijf (bijvoorbeeld op basis van een bepaling in de Algemene Voorwaarden) die toestemming vervolgens al dan niet tegen vergoeding doorgeeft aan andere bedrijven, is (..) niet toegelaten. Een dergelijke mogelijkheid ondergraaft immers de strekking van artikel 11.7 en van de daaraan ten grondslag liggende richtlijnbeplating”.

125. In dit verband verwijst ACM ook naar hetgeen zij hierover heeft overwogen in het primaire besluit (r.n. 254). Door met een verwijzing naar privacy statements of algemene voorwaarden akkoord te vragen voor de ontvangst van ongevraagde e-mailberichten afkomstig van meerdere adverteerders, kon geen sprake zijn van een specifieke en op informatie berustende wilsuiting. De abonnee weet immers pas nadat hij heeft doorgedrukt naar die algemene voorwaarden dan wel het privacy statement aan welke bedrijven hij toestemming geeft voor toezending van e-mailberichten. Bovendien kan de abonnee op deze manier niet aangeven van welke adverteerder hij wel of geen berichten wenst te ontvangen. Tot slot blijkt na grondige lezing van de voorwaarden dat de geselecteerde partijen grotendeels bestaan uit publishers ([VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] et cetera) die vervolgens e-mailberichten voor allerlei mogelijke derden (adverteerders) verzenden. Hierdoor is het voor abonnees niet voldoende duidelijk van welke adverteerders zij in de toekomst berichten kunnen verwachten, terwijl dit voor de vereiste toestemming juist essentiële informatie is.
126. Na het invullen van de (persoons)gegevens en het accorderen van de privacy statement, werd toegang tot de enquête verleend. Met het beantwoorden van specifieke vragen in de enquête werd volgens Daisycon ook toestemming verkregen voor het verzenden van ongevraagde e-mailberichten. Een voorbeeld van een dergelijke vraag is opgenomen na randnummer 162 van het boetebesluit:
- “123aanbieding.nl zendt haar leden wekelijks nieuwsbrieven boordevol aanbiedingen, kortingscodes en acties van derden. Wilt u deze nieuwsbrief gratis ontvangen?
O Ja, ik ontvang graag deze nieuwsbrief
O Nee, bedankt. Ik heb geen interesse.”*
127. In het bestreden besluit heeft ACM aangegeven (r.n. 187-190) dat er in elk geval geen sprake van een specifieke en op informatie berustende wilsuiting indien een abonnee akkoord gaat met de ontvangst van een nieuwsbrief met hierin aanbiedingen, kortingscodes en acties van derden. ACM ziet geen aanleiding om haar oordeel op dit punt in bezwaar te herzien. De abonnee kan op basis van deze informatie immers niet de identiteit van deze derden achterhalen noch de aard en inhoud van de door hen toe te sturen e-mailberichten. Ook kan de abonnee niet bepalen van welke afzenders hij geen berichten wil ontvangen en van welke verzenders wel. Zou met de beantwoording van een dergelijke vraag wel toestemming worden verleend, dan zou het bevestigend antwoorden op één enkele vraag in een enquête, tot gevolg hebben dat de abonnee vervolgens van iedere derde over elk onderwerp ongevraagde commerciële e-mailberichten zou mogen ontvangen.
128. Gelet op het bovenstaande komt ACM ook in bezwaar tot de conclusie dat de wijze waarop Daisycon toestemming heeft gevraagd voor het verzenden van de genoemde e-mailberichten

Besluit Openbaar

niet kan leiden tot toestemming die voldoende specifiek is en dat evenmin sprake is van een op informatie berustende wilsuiting (informed consent).

7.3.3 Geen sprake van geheel nieuwe en zelfstandige uitleg van 'specifieke en op informatie berustende toestemming'

129. Daisycon is van mening dat ACM in het bestreden besluit een geheel nieuwe en volledig zelfstandige invulling geeft aan het begrippenpaar 'specifieke en op informatie berustende toestemming', zoals opgenomen in artikel 1 onder i Wbp. De eisen die ACM stelt aan de vereiste toestemming zijn volgens Daisycon echter de eisen die gelden voor uitdrukkelijke of expliciete toestemming zoals verwoord in artikel 23 Wbp. Hiermee hanteert ACM volgens Daisycon een strengere uitleg van het begrip 'specifieke en op informatie berustende toestemming' dan de wetgever voor ogen heeft.
130. ACM heeft in het bestreden besluit nooit gesteld dat onder toestemming als bedoeld in artikel 11.7 eerste lid Tw uitdrukkelijke toestemming overeenkomstig artikel 23 eerste lid onder a Wbp moet worden verstaan. Ook is ACM niet van oordeel dat het in deze zaak zou gaan om bijzondere persoonsgegevens waarnaar in artikel 16 Wbp wordt verwezen. Een dergelijke verwijzing of aanname is uit het onderzoeksrapport, noch het bestreden besluit op te maken. ACM heeft steeds getoetst aan het 'reguliere' toestemmingsvereiste zoals opgenomen in artikel 1 onder i Wbp.⁷¹ Op grond van dat artikel is door ACM beoordeeld of er sprake was van een vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting. Dit blijkt expliciet uit onder meer randnummers 92, 94 en 248 van het bestreden besluit, waarin duidelijk wordt vermeld dat ACM onder de voorafgaande toestemming de 'reguliere' toestemming zoals neergelegd in artikel 1, onder i Wbp verstaat.
131. ACM heeft voor de uitleg van het begrip toestemming aangesloten bij de wettekst en de toelichting die de wetgever daarbij heeft gegeven. Van een geheel nieuwe of zelfstandige uitleg van de wet is in zoverre dan ook geen sprake.

“Wat het begrip «toestemming» betreft, wordt nog het volgende opgemerkt. Toestemming van de betrokkene is in artikel 1, onder i, van de Wbp omschreven als: elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat hem betreffende persoonsgegevens worden verwerkt. Een toestemming als hier bedoeld dient derhalve aan een aantal criteria te voldoen. Allereerst moet er sprake zijn van een vrije wilsuiting. De artikelen 3:33 en 3:35 van het Burgerlijk Wetboek zijn hier van overeenkomstige toepassing. Ten tweede moet de wilsuiting betrekking hebben op een bepaalde gegevensverwerking of een beperkte categorie van gegevensverwerkingen. Een onbepaalde machtiging om persoonsgegevens te verwerken, niet gericht op bepaalde gegevens en op bepaalde vormen van verwerking, is niet toereikend. Duidelijk dient te zijn welke verwerking, van welke (soort) gegevens voor welke doeleinden zal plaatsvinden (gerichte toestemming). Tot slot moet de betrokkene zodanig zijn geïnformeerd dat hij begrijpt waarvoor hij toestemming geeft («informed consent»). Gelet op het voorgaande is een verwijzing naar bijvoorbeeld een bepaling in de algemene voorwaarden niet aan te merken als een toestemming in de

⁷¹ Zie verslag hoorzitting 28 augustus 2014, p.10.

Besluit Openbaar

*zin van de Wbp (en van hoofdstuk 11 Tw).*⁷²

132. Uit het voorgaande blijkt dat ACM in haar boetebesluit steeds heeft getoetst aan de toestemmingseisen zoals neergelegd in artikel 1 onder 1 Wbp. De stelling dat ACM zich, in weerwil van de bedoeling van de wetgever, in het boetebesluit bedient van een nieuwe, volledig zelfstandige en te strenge interpretatie van het begrip toestemming is gezien het bovenstaande onjuist.

7.3.4 Tussenconclusie

133. Gelet op het voorgaande concludeert ACM dat Daisycon in al haar rollen terecht als verzender is aangemerkt. Daarmee was zij als adverteerder, publisher en affiliatenetwerk gehouden om aan te kunnen tonen dat er toestemming was voor de verzonden e-mailberichten. Nu Daisycon dit niet heeft gedaan is ACM terecht tot de conclusie gekomen dat Daisycon artikel 11.7, eerste lid, Tw heeft overtreden. Er is geen sprake van een geheel nieuwe en zelfstandige uitleg van het begrip toestemming. Hetgeen in het bestreden besluit is overwogen volgt rechtstreeks uit de wet. Hetgeen Daisycon op dit punt heeft aangevoerd treft derhalve geen doel.

7.4 Degene namens wie de communicatie wordt overgebracht

7.4.1 ACM geeft geen nieuwe, eigen of tegenstrijdige invulling aan het begrip ‘degene namens wie de communicatie wordt overgebracht’.

134. Daisycon stelt in haar bezwaar dat ACM in haar boetebesluit op verschillende plaatsen een geheel nieuwe, eigen en tegenstrijdige invulling geeft aan het begrippenpaar ‘degene namens wie de communicatie wordt overgebracht’. In de toelichting op deze bezwaargrond stelt Daisycon dat ACM onder ‘degene namens wie de communicatie wordt overgebracht’ niet de uitgever van de nieuwsbrief maar de adverteerder verstaat en dat er dientengevolge een afmeldmogelijkheid aanwezig moet zijn die leidt tot afmelding bij de adverteerder. Volgens Daisycon staat de uitleg die ACM geeft aan bovenstaand begrip haaks op de huidige invulling in de praktijk, zoals neergelegd in artikel 2.2 Code reclame van de Stichting Reclame Code. In dat kader wijst Daisycon tevens op de Code e-mail van de DDMA en de FEDMA Code. Nu ACM de gegeven interpretatie voor het eerst als zodanig heeft toegepast in het bestreden boetebesluit handelt zij volgens Daisycon in strijd met het vertrouwens-, lex certa - en rechtzekerheidsbeginsel.
135. In het hiernavolgende zal ACM eerst in gaan op het begrip ‘degene namens wie de communicatie wordt overgebracht’ en wat moet worden verstaan onder een functionerende afmeldmogelijkheid. Vervolgens zal ACM de invulling van voornoemd begrip door de DDMA, Stichting Reclame Code en de FEDMA bespreken en tot slot zal worden ingegaan op de vermeende strijd met het vertrouwens-, lex certa en rechtzekerheidsbeginsel.

30/53

⁷² Kamerstukken II 2003-2003, 28 851, nr. 3, p. 152-153

Besluit Openbaar

31/53

7.4.2 Uitleg 'degene namens wie de communicatie wordt overgebracht'/functionerende afmeldmogelijkheid

136. Artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud) bepaalt dat bij het gebruik van elektronische berichten voor de in het eerste lid genoemde doeleinden te allen tijde de volgende gegevens vermeld dienen te worden: *“de werkelijke identiteit van degene namens wie de communicatie wordt overgebracht, én een geldig postadres of nummer waaraan de ontvanger een verzoek van dergelijke communicatie tot beëindiging kan richten.”* Artikel 11.7, vierde lid, Tw heeft tot doel om abonnees in de gelegenheid te stellen om zich te kunnen afmelden voor ongevraagde communicatie die zij niet wensen te ontvangen. Deze verzetsmogelijkheid is onvoorwaardelijk en verzenders van ongevraagde communicatie dienen een beroep op verzet te respecteren. Ontvangers kunnen zich immers alleen vrijwaren van ongevraagde communicatie indien verzenders het verzoek tot afmelding ook daadwerkelijk eerbiedigen.
137. De verplichting om het verzet van de abonnee de honoreren geldt niet alleen voor de laatste in de keten (de feitelijk verzender), maar ook voor de overige partijen in de keten (het affiliatenetwerk en de adverteerder). In dat verband wijst ACM op de omstandigheid dat artikel 11.7, derde en vierde lid, Tw een nadere uitwerking is van artikel 41, tweede lid, Wbp. De memorie van toelichting bij artikel 41, tweede lid, Wbp zegt hierover het volgende:

“Het verzet betreft de gegevensverwerking in al zijn fasen en omvat dus mede het gebruik van de gegevens voor het vervaardigen van een persoonsprofiel of de verstrekking aan derden voor dit doel. Het verzet kan dus worden aangetekend bij elke verantwoordelijke in de keten van verstrekkingen die voor het doel van direct marketing wordt gedaan. Elke verantwoordelijke in de keten die weet of redelijkerwijs kan weten dat de verstrekking van de gegevens het doel van direct marketing dient, dient het verzet te honoreren en daartoe eventueel maatregelen te treffen. Het is daarbij niet relevant of de gegevens al dan niet afkomstig zijn uit open bronnen. De plicht het verzet te honoreren beperkt zich aldus niet tot de laatste in de keten die uiteindelijk de betrokkene de boodschap voor commerciële of charitatieve doeleinden toezendt.”⁷³

138. In het bestreden besluit (achter randnummer 110) heeft ACM uiteengezet dat de materiële verzender (adverteerder) kwalificeert als *degene namens wie de communicatie wordt overgebracht* in de zin van artikel 11.7, vierde lid, Tw. Het gaat daarbij om degene uit wiens naam en in wiens opdracht de verzending plaatsvindt, oftewel degene die de ongevraagde communicatie wenst over te brengen. Artikel 11.7, vierde lid, Tw spreekt niet over *degene die de communicatie heeft overgebracht*, maar over degene namens wie de communicatie wordt overgebracht. Dat het onder partijen die aan direct marketing doen doorgaans gebruikelijk is om een afmelding alleen bij de bestandseigenaar door te voeren, doet volgens ACM geen afbreuk aan de verantwoordelijkheid van de materiële verzender om de afmeldmogelijkheid aan te bieden en te effectueren. Deze verantwoordelijkheid is door de wetgever immers expliciet bij de materiële verzender neergelegd. De voorzieningenrechter heeft deze lezing bevestigd:

⁷³ Kamerstukken II 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 168

Besluit Openbaar

Zie Rb. R'dam (vzr.), 24 september 2014, ECLI:NL:RBROT: 2014:7808, r.o. 10.2:

“Zoals door ACM naar voren is gebracht, bevatten de e-mailberichten die Daisycon heeft verzonden aan het adressenbestand [...] weliswaar een afmeldlink die leidde tot uitschrijving van het mailadressenbestand van [...], maar leidde die uitschrijving niet tot uitschrijving voor de in de nieuwsbrief opgenomen advertenties. Ook indien Daisycon als adverteerder of publisher optrad leidde de in de e-mailberichten van de publisher opgenomen afmeldlink uitsluitend tot uitschrijving uit het e-mailadressenbestand dat door de betreffende publisher voor verzending werd gebruikt. De betreffende abonnee bleef vervolgens via andere publishers dezelfde of soortgelijke advertenties van dezelfde adverteerders ontvangen, terwijl de abonnee zich daar nu juist voor had afgemeld. Naar het oordeel van de voorzieningenrechter had het voor verzoekers duidelijk kunnen en moeten zijn dat de enkele afmeldingsmogelijkheid bij de bestandseigenaar niet toereikend is in gevallen als deze waarin verschillende publishers voor dezelfde adverteerders – waaronder Daisycon – reclameboodschappen bleven sturen, omdat uitschrijving niet gold voor de in de nieuwsbrief opgenomen advertenties. Deze handelwijze van Daisycon doet namelijk naar het oordeel van de voorzieningenrechter evident geen recht aan de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever om te voorzien in een recht tot beëindiging in de zin van onderdeel b van het vierde lid van artikel 11.7 van de Tw, mede in het licht van het vereiste dat onderdeel a van dit artikellid stelt.” (onderstreping ACM)

32/53

139. Hier komt bij dat artikel 11.7, vierde lid, Tw ook bepaalt dat artikel 15e, eerste lid, onderdelen a tot en met c, van boek 3 van het Burgerlijk Wetboek van overeenkomstige toepassing zijn. In artikel 3:15e, eerste lid, aanhef en onder b, BW staat dat degene in wiens opdracht de commerciële communicatie geschiedt, ervoor dient te zorgen dat de commerciële communicatie zijn identiteit vermeldt. Dit artikel bevestigt nogmaals dat de identiteit van de opdrachtgever dient te worden vermeld. Aangezien de adverteerder het commerciële aanbod doet en de uiteindelijke opdrachtgever is voor de e-mailberichten die zijn verzonden via het netwerk van Daisycon, maakt ook dit artikel duidelijk dat de identiteit van de adverteerders vermeld moet zijn en niet die van de publishers.
140. Voor zover Daisycon meent dat voor de zogenaamde ‘nieuwsbrieven’ een uitzondering zou bestaan, op de verplichting uit artikel 11.7, vierde lid, Tw, merkt ACM op dat de wet het begrip ‘nieuwsbrief’ niet kent en voor deze categorie van e-mailberichten geen uitzondering maakt. Ook het begrip “bestandseigenaar” maakt geen onderdeel uit van de Tw. De Tw richt zich niet tot deze “bestandseigenaar” als normadressaat maar tot degene namens wie de communicatie wordt overgebracht. Dat het in de praktijk soms efficiënter is dat de bestandseigenaar het recht van verzet beheert, doet geen afbreuk aan de verantwoordelijkheden van de adverteerders.
141. ACM is dan ook van oordeel dat de werkelijke identiteit van de adverteerder vermeld dient te worden in de verzonden e-mailberichten, alsmede een geldig postadres of nummer waartoe een verzoek tot beëindiging van de ontvangst kan worden gericht. De verzender is primair verantwoordelijk voor het vermelden van degene namens wie de communicatie wordt overgebracht en de opname van een geldig postadres of nummer zodat de ontvanger kan

Besluit Openbaar

achterhalen tot wie hij zich kan richten indien hij dergelijke berichten niet meer wenst te ontvangen. Een verzoek van de ontvanger moet er dan daadwerkelijk toe leiden dat de ongevraagde communicatie niet meer wordt ontvangen; er moet sprake zijn van een *functionerende* afmeldingsmogelijkheid.

142. ACM heeft in het bestreden besluit vastgesteld dat in de onderzochte e-mailberichten die afkomstig waren van Daisycon slechts de bestandhouder wordt genoemd als afzender van de berichten en niet Daisycon. Ook de in de e-mailberichten opgenomen afmeldlinks verwezen slechts naar de bestandhouders als degene namens wie de communicatie wordt overgebracht. Dit heeft tot gevolg dat een verzoek tot afmelding van de ontvanger slechts zal leiden tot uitschrijving uit het e-mailadressenbestand dat door de betreffende publisher voor verzending werd gebruikt en niet tot het gewenste effect dat de abonnee dergelijke berichten (van de adverteerder) niet meer ontvangt. De abonnee die zich op deze manier afmeldt kan in de toekomst via andere publishers dezelfde of soortgelijke advertenties van dezelfde adverteerder blijven ontvangen, terwijl de abonnee nu juist voor ogen had zich voor de berichten van die specifieke adverteerders af te melden.
143. In tegenstelling tot hetgeen Daisycon in bezwaar aanvoert, is deze uitleg van het begrip “*degene namens wie de communicatie wordt overgebracht*” door ACM niet nieuw. Deze uitleg volgt rechtstreeks uit de wet. ACM heeft dit ook steeds consequent toegepast. ACM heeft immers steeds het standpunt in genomen dat de adverteerder moet worden aangemerkt als degene namens wie de communicatie wordt overgebracht en dat de afmeldmogelijkheid daadwerkelijk moet functioneren. Een verzoek tot afmelding zal er dan ook toe moeten leiden dat de betreffende ongevraagde communicatie daadwerkelijk niet meer wordt ontvangen. Dit wordt alleen bereikt indien de afmelding geschiedt bij degene *namens* wie de communicatie wordt overgebracht, zijnde de adverteerder, en niet bij degene *door* wie de communicatie wordt overgebracht.

7.4.3 Standpunt DDMA/Stichting Reclame Code/FEDMA

144. Daisycon stelt zich in haar bezwaarschrift op het standpunt dat ACM met de bovenstaande invulling van het begrip “*degene namens wie de communicatie wordt overgebracht*” in strijd handelt hetgeen daarover is bepaald in artikel 2.2 van de Code E-mail van de stichting Reclame en de FEDMA Code.
145. ACM volgt Daisycon niet in haar standpunt. In de eerste plaats merkt ACM op dat de Code e-mail, waar Daisycon op wijst, de verantwoordelijkheid voor de naleving van artikel 11.7, vierde lid, Tw expliciet bij de adverteerder plaatst. Zo bepaalt de code:

“ 1.3b: De adverteerder dient zich ervan te vergewissen dat de bestandseigenaar en andere (tussen)partijen die de adverteerder inschakelt de bepalingen van deze Code en de toepasselijke wet- en regelgeving naleven, waaronder - maar niet beperkt tot – het feit dat de bestandeigenaar de noodzakelijke toestemming voor het verzenden van reclame via email heeft verkregen.”

En

Besluit Openbaar

“2.2: De adverteerder draagt er zorg voor dat de bestandseigenaar zich in iedere e-mail zodanig identificeert dat de bestandseigenaar gemakkelijk en effectief bereikbaar is voor de geadresseerde van de e-mail door de contactgegevens van de bestandseigenaar, waaronder in ieder geval diens naam, adres en contactgegevens te vermelden of naar deze te verwijzen via een werkende link.”

En:

“5.1: De adverteerder dient er zorg voor te dragen dat de geadresseerde zich in iedere uiting kosteloos en eenvoudig op elektronische wijze bij de bestandseigenaar af kan melden voor het gebruik van zijn emailadres voor reclame via e-mail. Dit recht van verzet dient op eenvoudige, duidelijke en liefst uniforme wijze mogelijk gemaakt te worden. De bestandseigenaar draagt er zorg voor dat het verzoek op deze wijze gedaan onverwijld wordt ingewilligd.”

34/53

146. Bovendien is het juist de DDMA al in 2011 heeft benadrukt dat afmeldingen moeten worden doorgegeven aan adverteerders in een netwerk.

“De DDMA Privacy Autoriteit concludeert dat om uitvoering te kunnen geven aan het recht van verzet, de verantwoordelijke organisatie verplicht is een suppressielijst of weigeraarsbestand aan te houden, om te voorkomen dat de betrokkene wordt benaderd voor commerciële doeleinden. Deze verplichting geldt onverminderd als voor commerciële communicatie een extern adressenbestand wordt ingezet.”⁷⁴

147. De voorzieningenrechter heeft dit in haar uitspraak tevens bevestigd:

Zie Rb. R'dam (vzr.), 24 september 2014, ECLI:NL:RBROT: 2014:7808, r.o. 10.2:

“Deze handelwijze van Daisycon doet namelijk naar het oordeel van de voorzieningenrechter evident geen recht aan de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever om te voorzien in een recht tot beëindiging in de zin van onderdeel b van het vierde lid van artikel 11.7 van de Tw, mede in het licht van het vereiste dat onderdeel a van dit artikellid stelt. Daar komt bij dat ACM er terecht op heeft gewezen dat de door verzoekers bedoelde reclamecodes de uiteindelijke verantwoordelijkheid op het realiseren van het verzet leggen bij de adverteerder.” (onderstreping ACM)

148. ACM benadrukt verder dat als de invulling die door de DDMA, Stichting Reclame Code en de FEDMA wordt gegeven aan de vereisten van artikel 11.7 Tw niet in overeenstemming is met tekst van de wet en de bedoeling van de wetgever, de wetgeving prevaleert. ACM heeft zich in het verleden bovendien uitdrukkelijk gedistantieerd van het standpunt DDMA en FEDMA ten aanzien van de uitleg van begrippen uit de Telecommunicatiewet. Een en ander volgt uit een brief van ACM d.d. 11 april 2012 waarin staat aangegeven dat ACM de uitleg van DDMA

⁷⁴ <http://www.privacywaarborg.nl/wp-content/uploads/2012/09/210419Uitspraak-van-de-DDMA-Privacy-Autoriteit-en-advies-tot-opleggen-sanctie-aan-DDMA-bestuur-inz-e-mail.pdf>

Besluit Openbaar

aangaande het begrip (voorafgaande) toestemming als bedoeld in artikel 11.7, eerste lid Tw niet deelt.⁷⁵

149. Daisycon meent verder dat de uitleg die is neergelegd in voornoemde codes door ACM wordt erkend en bovendien wordt toegepast. Ter onderbouwing van deze stelling verwijst zij naar randnummer 282 van het onderzoeksrapport en de [VERTROUWELIJK] zaak. In randnummer 282 van het onderzoeksrapport wordt verwezen naar de visie en werkwijze van de *publishers* zelf. ACM stelt in dit randnummer slechts vast dat de werkwijze voor het benoemen van de *bestandhouders* als degene namens wie de communicatie wordt overgebracht (in plaats van de adverteerder) klaarblijkelijk de standaard werkwijze is voor de gehele branche. Geenszins kan worden gesteld dat ACM de zojuist genoemde werkwijze onderschrijft, laat staan zelf toepast. Dat Daisycon niet de enige partij is die de bestandhouder ten onrechte aanmerkt als degene namens wie de communicatie wordt overgebracht, maakt deze werkwijze bovendien niet in overeenstemming met de wet.
150. Bovendien is onjuist dat ACM in de door Daisycon genoemde zaak '[VERTROUWELIJK]-zaak' een andere uitleg zou hebben gegeven aan het begrip '*degene namens wie de communicatie wordt overgebracht*'. De door ACM in deze zaak aan de boete ten grondslag gelegde feiten zagen namelijk op de vraag of in e-mailberichten van [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] al dan niet een *functionerende* afmeldmogelijkheid was opgenomen, omdat klagers na het gebruik van deze afmeldmogelijkheid nog steeds e-mailberichten van [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] ontvingen. Het ging aldus om de vraag of de afmeldmogelijkheid in zijn geheel functioneerde, waarbij buiten beschouwing is gebleven of de afmeldmogelijkheid ook kon leiden tot afmelding bij degene namens wie de communicatie wordt overgebracht⁷⁶. In tegenstelling tot hetgeen Daisycon stelt is er dan ook geen sprake van een strijdige uitleg van het bepaalde in artikel 11.7, vierde lid Tw.

7.4.4 Het lex certa- vertrouwens en rechtszekerheidsbeginsel

151. Daisycon is van mening dat ACM in strijd handelt met het lex certa- vertrouwens en rechtszekerheidsbeginsel omdat zij volgens Daisycon de gegeven interpretaties van het begrippenpaar '*degene namens wie de communicatie wordt overgebracht*' in haar besluit voor het eerst zou toepassen. Zoals hierboven reeds werd vermeld, verstaat ACM onder *degene namens wie de communicatie wordt overgebracht* de adverteerder (de materiële verzender) en niet de bestandseigenaar. Dit volgt rechtstreeks uit de wet en is in overeenstemming met het doel van de wetgever:

⁷⁵ Zie bijlage R bij het verweerschrift ten aanzien van het verzoek om een voorlopige voorziening d.d. 31-07-2014, kenmerk: RV/MPH/1004/3032.

⁷⁶ In bezwaar heeft het College geoordeeld dat de afmeldmogelijkheid in de mailberichten van [VERTROUWELIJK] eenmalig niet heeft gewerkt. Voorts was het College in bezwaar van oordeel dat voor het overige onvoldoende is aangetoond dat de afmeldmogelijkheid niet functioneerde.

Besluit Openbaar

Zie *Handelingen II* 2003/04, 28 851, nr. 14 p. 790:

“Als de verzender ten onrechte de werkelijke identiteit van degene namens wie de communicatie wordt overgebracht niet vermeldt en ook geen geldig postadres of nummer wordt vermeld waartoe de ontvanger een verzoek tot beëindiging van de communicatie kan richten, kan de wederpartij niet achterhalen tot wie hij zich moet richten.”

152. ACM heeft in de voorgaande paragraaf reeds gemotiveerd uiteengezet dat zij deze uitleg steeds als uitgangspunt heeft genomen en dat deze uitleg daarmee niet nieuw is. Hier ACM wijst nogmaals op de toelichting op artikel 41, tweede lid Wbp (zie randnummer 137) waaruit blijkt dat de verantwoordelijkheid om het verzet te honoreren op elke schakel in de gehele keten rust.
153. Het standpunt van ACM dat de afmeldingsmogelijkheid ook een *functionerende afmeldingsmogelijkheid* dient te zijn is in de rechtspraak reeds meerdere malen bevestigd en kan voor Daisycon dus niet nieuw zijn:

Zie Rb Rotterdam 26 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ6210, r.o. 2.6.7:

“De rechtbank onderschrijft de invulling die verweerder geeft aan de in artikel 11.7, derde lid, aanhef en onder b, van de Tw opgenomen verplichting. Gelet op de ratio daarvan, houdt deze verplichting in dat niet alleen in de berichten een afmeldadres moet worden genoemd, maar dat ook gevolg moet worden gegeven aan de afmelding”.

Zie ook Rb Rotterdam 11 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5003, r.o. 24:

“Zoals het College van Beroep voor het bedrijfsleven eerder heeft overwogen (bijvoorbeeld in de uitspraak van 2 juli 2010, LJN BN0534) is een geldige afmeldmogelijkheid een functionerende afmeldmogelijkheid”.

154. Gezien het vorenstaande is ACM van oordeel dat zij in het bestreden besluit een juiste uitleg heeft gegeven aan het begrip ‘degene namens wie de communicatie wordt overgebracht’. Deze uitleg volgt rechtstreeks uit de wet en is bevestigd in de rechtspraak. Van strijd met het lex-certa vertrouwens- of rechtszekerheidsbeginsel. is derhalve geen sprake. Bezwaargrond VI is hiermee ongegrond.

7.5 Niet betrekken adverteerders/publishers; onzorgvuldig onderzoek

155. Daisycon stelt in haar bezwaarschrift verder dat ACM in strijd met artikel 3:2 Awb heeft gehandeld, omdat zij de adverteerders en de publishers niet betrokken heeft in het onderzoek. Daarmee zou het onderzoek onzorgvuldig zijn. Daisycon onderbouwt haar betoog door erop te wijzen dat zij niet als verzender kan worden aangemerkt en dat de bewijslast voor het aantonen van toestemming niet op haar zou rusten. ACM had volgens Daisycon haar onderzoek moeten richten op de adverteerders en/of publishers.

Besluit Openbaar

156. In paragraaf 7.3 heeft ACM reeds uiteengezet dat Daisycon wel degelijk is aan te merken als verzender in de zin van artikel 11.7 Tw. In artikel 11.7, eerste lid, Tw is de bewijslast voor het aantonen van toestemming expliciet neergelegd bij de verzenders.⁷⁷ Gelet op het brede verzender-begrip⁷⁸ rust deze bewijslast op alle partijen die als verzender zijn aan te merken. Op het moment dat er meerdere partijen als verzender betrokken zijn bij het sturen van ongevraagde e-mailberichten, dan dienen deze allen te kunnen voldoen aan de op hen rustende bewijslast.
157. Deze verplichting is niet beperkt tot de partijen die toevallig de toestemming van de gebruikers beheren. Ook wanneer er tussen de partijen onderlinge afspraken gemaakt worden over de verantwoordelijkheid voor de e-mailadressenbestanden en de verkregen toestemming, is het van belang dat er controlemechanismen worden ingebouwd. Partijen kunnen immers hun wettelijke verantwoordelijkheden niet onderling afschuiven door naar elkaar te verwijzen als het om de verkregen toestemming gaat. Op het moment dat een adverteerder deze taak overdraagt aan Daisycon of een publisher, dan blijft hij (mede)verantwoordelijk voor de naleving van de Telecommunicatiewet. Hij zal dus in staat moeten zijn om te verifiëren of de ontvangers van de berichten ook daadwerkelijk toestemming hebben gegeven en het bewijs hiervan over moeten kunnen leggen. De betrokken partijen kunnen zich hierbij niet verschuilen achter een afgesproken taakverdeling.⁷⁹
158. Nu reeds vaststaat dat Daisycon als verzender is aan te merken en op haar aldus de bewijslast lag voor het aantonen van de toestemming, lag het in de reden dat ACM deze toestemming bij haar opvroeg. De toezichthouders van ACM hebben Daisycon op meerdere momenten in de gelegenheid gesteld om aan te tonen dat de ontvangers toestemming hadden gegeven voor de e-mailberichten.⁸⁰ Daisycon heeft aangegeven dat zij geen eigenaar of beheerder van de ingezette e-mailadressenbestanden is en dat zij niet over gedetailleerde informatie over de e-mailadressenbestanden beschikt.⁸¹ Om deze reden zou Daisycon de betreffende informatie alleen kunnen verkrijgen door navraag te doen bij de publishers.⁸² Nu Daisycon dit niet heeft gedaan, is zij niet in staat om aan te tonen dat de ontvangers toestemming hadden gegeven voor de ontvangen berichten.
159. Gelet op het voorgaande concludeert ACM dat het onderzoek zorgvuldig is uitgevoerd en dat er geen sprake is van enige schending van artikel 3:2 Awb. Hetgeen Daisycon onder bezwaargrond I heeft aangevoerd treft dan ook geen doel.

⁷⁷ Zie paragraaf 7.3.2.1.

⁷⁸ Zie paragraaf 7.3.

⁷⁹ *Kamerstukken II 2005/06, 30 661, nr. 3, p.11.*

⁸⁰ Zie onderzoeksrapport, bijlage 19: *Vordering aantonen van toestemming*. De bijlage waarnaar in de brief wordt verwezen betreft in dit geval de selectie van e-mailcampagnes die voor affiliate programma's van Daisycon zijn verzonden die is opgenomen in onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 44 - *SVO20 Export kliks per publisher*. Zie verder onderzoeksrapport, bijlage 14: *Vordering van informatie 20120709*, onderzoeksrapport, bijlage 16: *Aanvullende vragen OPTA, vraag 2* en onderzoeksrapport, bijlage 18: *Gespreksverslag [B] en [A] 17-10-2012*, p. 22 – 34.

⁸¹ Zie onderzoeksrapport, bijlage 15: *Antwoord vordering van informatie 20120719*, onderzoeksrapport bijlage 17: *Antwoorden Daisycon aanvullende vragen* en onderzoeksrapport, bijlage 20: *Reactie vordering toestemming*.

⁸² Zie onderzoeksrapport, bijlage 20: *Reactie vordering toestemming*.

Besluit Openbaar

7.6 Geen boete bij gebrek aan overtreding

7.6.1 Processueel gebrek dat aan beboeting in de weg staat

160. Daisycon stelt zich op het standpunt dat ACM tijdens het onderzoek in strijd heeft gehandeld met artikel 5:10a van de Awb door het zwijgrecht te beperkt uit te leggen. Dat blijkt volgens Daisycon uit onderstaande passage uit het gespreksverslag dat als bijlage 1 is opgenomen bij het onderzoeksrapport:

“Het is u al kort gebracht, dat was de cautie. Ik zal hem u nog een keer brengen. U bent niet verplicht tot het antwoorden op vragen die uzelf of uw onderneming kunnen belasten. Als wij feitelijke vragen stellen, bent u wel verplicht tot antwoorden daarop.”

161. Volgens Daisycon miskent ACM door de manier waarop de cautie is voorgehouden dat de beantwoording van feitelijke vragen evenzeer belastend kan zijn voor de onderneming en/of de bestuurders. Op dergelijke vragen hoeft naar het oordeel van Daisycon ook geen antwoord te worden gegeven. Deze feitelijke vragen zouden moeten worden onderscheiden van vragen die van belang zijn voor een goed verloop van het onderzoek. Van dit onderscheid heeft ACM Daisycon en haar bestuurders ten onrechte niet in kennis gesteld.
162. Ten slotte stelt Daisycon dat voor de schriftelijke informatievorderingen helemaal niet is gewezen op het zwijgrecht.
163. Uit de op basis van artikel 6 EVRM geformuleerde rechtspraak blijkt volgens Daisycon dat wilsafhankelijk materiaal niet mag worden afgedwongen ten behoeve van het opleggen van punitieve sanctie. Nu dat in de onderhavige zaak volgens Daisycon wel is gebeurd, kan het betreffende bewijsmateriaal niet worden gebruikt ten behoeve van het opleggen van een punitieve sanctie.
164. ACM is van oordeel dat op het moment waarop het onderzoek bij Daisycon plaatsvond het zwijgrecht nog niet gold. Daarnaast is volgens ACM geen dwang uitgeoefend om wilsafhankelijke verklaringen van Daisycon of haar medewerkers te verkrijgen. Ten slotte blijkt uit de feitelijke omstandigheden ook niet dat de cautie op een wijze is gegeven die in strijd is met de wet of dat de cautie voor onduidelijkheid heeft gezorgd bij Daisycon en haar bestuurders. Hieronder zal eerst worden ingegaan op het moment waarop het zwijgrecht zijn gelding krijgt (§ 7.6.2), daarna zal worden ingegaan op de omvang van het zwijgrecht (§ 7.6.3 e.v.), vervolgens op de feitelijke omstandigheden die zich in dit geval hebben voorgedaan (§ 7.6.5) en ten slotte op de schriftelijke informatievorderingen die door ACM zijn verzonden.

7.6.2 Moment intreden zwijgrecht

165. Het zwijgrecht is in het bestuursrecht gecodificeerd in artikel 5:10a van de Awb. Dit artikel gaat ervan uit dat het zwijgrecht zijn gelding krijgt vanaf het moment waarop iemand wordt gehoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie. Daarvan zal

Besluit Openbaar

sprake zijn wanneer een bestuursorgaan serieus overweegt om een overtreding punitief af te doen en niet langer overweegt om een herstelsanctie op te leggen.⁸³

166. Het nemo tenetur-beginsel (waarvan het zwijgrecht onderdeel uitmaakt) wordt afgeleid uit artikel 6, eerste lid EVRM. In het arrest in de zaak *Funke* (EHRM 25 februari 1993, NJ 1993, 485) werd geoordeeld dat het uit artikel 6 EVRM voortvloeiende nemo tenetur-beginsel zijn gelding krijgt op het moment dat er sprake is van een ‘criminal charge’ jegens de justitiabele.
167. Uit de rechtspraak volgt dat van een ‘criminal charge’ pas sprake is vanaf het moment waarop van overheidswege jegens een persoon een handeling is verricht waaruit deze persoon in redelijkheid moet vrezen voor vervolging, dan wel, in bestuursrechtelijke zin, redelijkerwijs uit die handeling heeft kunnen afleiden dat aan hem een punitieve sanctie zal worden opgelegd.⁸⁴
168. Duidelijk is dat op het moment waarop de medewerkers van ACM een bezoek brachten aan Daisycon er nog geen sprake was van een ‘criminal charge’. Op dat moment stond immers nog geenszins vast dat sprake was van een overtreding, laat staan dat op dat moment vaststond dat Daisycon of haar bestuurders een overtreding had begaan waarvoor een boete zou worden opgelegd. Het doel van het bedrijfsbezoek was nader onderzoek te doen naar een mogelijke overtreding van artikel 11.7 Tw en de rol van Daisycon en haar bestuurders bij die mogelijke overtreding. Meer specifiek is bij aanvang van het onderzoek door ACM gemeld dat er onderzoek werd gedaan naar:
- welke berichten zijn verzonden namens en/of door Daisycon
 - wat de rol van Daisycon is
 - de mailboxen van diverse medewerkers
 - de mailsystemen
 - het affiliatesysteem en de rol van Daisycon hierin⁸⁵
169. Van een handeling van ACM waaruit Daisycon of haar bestuurders redelijkerwijs hebben kunnen afleiden dat aan hen een punitieve sanctie zou worden opgelegd was toen nog geen sprake. Dat blijkt ook uit het betreffende gespreksverslag met de heer [B], waarin een medewerker van ACM benadrukt dat het onderzoek zich niet in het stadium bevindt waarin een boete aan de orde is:

“Medewerker ACM

We gaan zo wat vragen aan u stellen in het kader van het onderzoek. Onze collega’s zijn inmiddels bezig met allerlei feitenmateriaal te verzamelen. Wij hebben wat meer vragen over Daisycon en ook uw rol binnen het bedrijf.

Kort het proces zoals het wellicht zou kunnen zijn. We zijn aan het kijken, er zijn indicaties dat er misschien een overtreding is. In de media, daar heeft u wel meekregen

⁸³ Zie ook: Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3 p. 96

⁸⁴ Zie o.a. CBb 25-10-2011, AWB 11/631, [ECLI:NL:CBB:2011:BU4338](#), Hoge Raad 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AT4468 en Rb. Rotterdam, 28-08-2014, ECLI:NL:RBROT:2014:7207

⁸⁵ Verslag controle op locatie 06-03-2012, bijlage 6 bij het onderzoeksrapport, p. 4

Besluit Openbaar

*wat OPTA nog meer kan doen. Dat is de hardere kant van het toezicht houden. Het zou kunnen zijn dat er bijvoorbeeld een onderzoeksrapport volgt waarop een aparte commissie een boetebesluit neemt. Dat zijn meestal de berichten die u in de media ziet dat OPTA, de toezichthouder, zijn tanden laat zien. Uiteraard staan alle rechtsmiddelen daartegen open. Op dit moment zijn we absoluut niet in dat stadium. Het is meer een beetje algemeen een beeld van wat doet OPTA.*⁸⁶(onderstreping ACM)

170. Uiteraard bestonden er op het moment van het bedrijfsbezoek wel concrete aanwijzingen dat Daisycon mogelijk betrokken was bij de overtreding van artikel 11.7 Tw. Dit betekent volgens ACM echter niet dat met het bestaan van deze aanwijzingen ook sprake was van een 'criminal charge'. Het moment van een 'criminal charge' ligt in beginsel immers later dan dat van een redelijke verdenking.⁸⁷ Daarnaast is het vaste lijn in de rechtspraak dat ook de redelijke termijn uit artikel 6 EVRM pas gaat lopen op het moment waarop het rapport is uitgebracht.⁸⁸

40/53

7.6.3 Omvang zwijgrecht als er sprake is van een criminal charge

171. Uit de (Europese) rechtspraak volgt dat het zwijgrecht (of het bredere nemo tenetur-beginsel) niet absoluut is.⁸⁹ Ook door het CBb is bevestigd dat een betrokkene gehouden is om bepaalde vragen te beantwoorden die niet onder het zwijgrecht vallen. De vraag of iemand een laptop bij zich heeft, is volgens het CBb een vraag die de betrokkene had moeten beantwoorden. Ook andere (feitelijke) vragen die slechts zijn gericht op het uitvoering kunnen geven aan de bevoegdheden van ACM zullen niet direct onder het zwijgrecht vallen.⁹⁰ Hetgeen door Daisycon ook met zoveel woorden wordt erkend.⁹¹
172. Om te kunnen vaststellen of het zwijgrecht is geschonden kan de mate van druk die is uitgeoefend een belangrijke factor zijn. Wanneer de medewerking van de betrokkene in afwijking van zijn wil wordt afgedwongen, kan sprake zijn van een schending van het zwijgrecht.⁹² Daarbij spelen de aard en mate van uitgeoefende dwang een rol.⁹³

7.6.4 Feitelijke omstandigheden onderzoek

173. Hierboven is vastgesteld dat op het moment van het bedrijfsbezoek nog geen sprake was van een criminal charge. Deze vaststelling brengt met zich dat het zwijgrecht en de verplichting om de cautie te geven op dat moment nog niet bestonden. In zoverre kon er tijdens het bedrijfsbezoek ook geen sprake zijn van schending van artikel 5:10a Awb of artikel 6 EVRM.

⁸⁶ Gespreksverslag [B] 06-03-2012, bijlage 1 bij het onderzoeksrapport, p. 2.

⁸⁷ Zie ook de Conclusie van AG Wattel bij HR 12 juli 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BZ3640, m.n. randnummer 7.13.

⁸⁸ Zie o.a. CBb 13 december 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BZ2037 en ECLI:NL:CBB:2012:BZ2034.

⁸⁹ Zie o.a. EHRM 17 december 1996, NJ 1997, 699 (Saunders), EHRM 29 juni 2007 (O'Halloran en Francis v. UK), nrs. 15809/02 en 25624/02, NJ 2008, 25, ro 58.

⁹⁰ Zie uitspraak CBb, 7 december 2011, ECLI:NL:CBB:2011:BU9170, ro 3.4 in navolging van de Rb. Rotterdam, 12 januari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BK8880, ro 2.4.2.

⁹¹ Zie pleitnota Daisycon randnummer 45.

⁹² Zie o.a. EHRM 17 december 1996 (Saunders / VK), 19187/91, r.o. 68: *The right not to incriminate oneself, in particular, presupposes that the prosecution in a criminal case seek to prove their case against the accused without resort to evidence obtained through methods of coercion or oppression in defiance of the will of the accused. In this sense the right is closely linked to the presumption of innocence contained in Article 6 para. 2 of the Convention (art. 6-2).*

⁹³ Zie: o.a. EHRM 5 november 2002, (Allan v. VK) 48539/99, EHRM 29 juni 2007 (O'Halloran en Francis v. UK), nrs. 15809/02 en 25624/02.

Besluit Openbaar

41/53

174. Dat door de medewerkers van ACM, zonder daartoe wettelijk verplicht te zijn, toch de cautie is gegeven kan ACM niet worden tegengeworpen. Niet valt in te zien welke waarborgen ACM onjuist heeft toegepast door Daisycon en haar medewerkers toch de cautie te geven.
175. Het standpunt van Daisycon dat ACM deze cautie op onjuiste wijze heeft geformuleerd volgt ACM niet. Uit het hierboven onder randnummer 169 opgenomen citaat uit het gespreksverslag met de heer [B] blijkt dat ACM de heer [B] er op heeft gewezen dat hij niet gehouden is om te antwoorden op vragen die hem of zijn onderneming kunnen belasten. Deze formulering laat geen ruimte voor onduidelijkheid.
176. Dat door de medewerker van ACM ook is gemeld dat de heer [B] op feitelijke vragen diende te antwoorden is, gelet op hetgeen hiervoor is in randnummer 171 is overwogen, niet onjuist. De bestuurders van Daisycon dienden op feitelijke vragen te antwoorden. Ook Daisycon bevestigt dit in haar pleitnota, waar zij stelt dat op vragen als: “Waar is de serverruimte?” en “Waar vind ik uw boekhouding?” diende te antwoorden. Het onderscheid tussen vragen waarop de bestuurders van Daisycon dienden te antwoorden en de vragen waarop zij niet hoefde te antwoorden is door de medewerker ACM duidelijk gemaakt aan de hand van het onderscheid tussen feitelijke vragen en niet-feitelijke vragen. Deze uitleg is volgens ACM niet onjuist of onvolledig. Het betoog van Daisycon dat ACM het onderscheid tussen wilsafhankelijk en wilsonafhankelijk materiaal daarbij heeft miskend, gaat volgens ACM niet op. Van belang is dat (de medewerkers van) Daisycon wel verplicht was (waren) om mee te werken aan het onderzoek van ACM en daar valt onder dat zij dienden te antwoorden op feitelijke vragen die nodig waren om het onderzoek onbelemmerd te kunnen verrichten.
177. Verder stelt ACM vast dat er na de inleiding van het verhoor, waarin tevens de cautie is gesteld, aan de heer [B] is gevraagd of hij nog vragen heeft. De heer [B] heeft toen niet aangegeven dat voor hem onduidelijk was op welke vragen hij antwoord diende te geven en op welke vragen niet. In het verdere verhoor heeft de heer [B] ook geen beroep gedaan op zijn zwijgrecht en heeft ACM geen druk uitgeoefend op de heer [B] om vragen te beantwoorden of anderszins een verklaring af te leggen. Daarbij is door ACM niet tijdens of voorafgaand aan het verhoor gewezen op de mogelijkheid om bij schending van de medewerkingsplicht uit artikel 5:20 Awb een boete op te leggen. Van druk om tegen de wil van de betrokkenen een verklaring te verkrijgen is dan ook geen sprake geweest.
178. Ten slotte merkt ACM nog op dat uit het verslag van het bedrijfsbezoek blijkt dat de heer [B] ook al eerder de cautie is gegeven zonder dat daarbij is gewezen op de verplichting om te antwoorden op feitelijke vragen.⁹⁴ In het gesprek met de heer [B] is ook verwezen naar de eerder gegeven cautie: “*Het is u al kort gebracht, dat was de cautie. Ik zal hem u nog een keer brengen.*” De wijze waarop de cautie tijdens het gesprek met de heer [B] is gegeven moet dan ook in samenhang worden gezien met de cautie zoals die aan het begin van het onderzoek is gesteld.

⁹⁴ Bijlage 6 bij het Onderzoeksrapport, p. 3.

Besluit Openbaar

42/53

7.6.5 Schriftelijke informatievorderingen

179. Artikel 5:10a Awb schrijft voor dat de cautie moet worden gegeven voorafgaand aan het verhoor. Volgens de wetgever is een verhoor een mondelinge ondervraging met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie.⁹⁵ Het stellen van schriftelijke vragen is dan ook geen verhoor en daarvoor hoeft dan ook in beginsel niet de cautie te worden gesteld. Dat is slechts anders indien in bijzondere omstandigheden van een schriftelijke vraag zodanige druk om te antwoorden zou uitgaan dat materieel sprake is van een verhoor.⁹⁶ Van dergelijke bijzondere omstandigheden was in dit geval geen sprake.
180. Voor de informatievordering die op 6 maart 2014 tijdens het bedrijfsbezoek is overhandigd geldt dat deze informatie niet bij Daisycon is opgevraagd, maar dat ACM deze informatie zelf heeft verzameld en gekopieerd met gebruikmaking van haar bevoegdheden uit artikel 5:17 Awb. In dit geval zijn door Daisycon dus niet zelf inlichtingen verstrekt en is het zwijgrecht ook niet relevant.
181. De informatievordering die op 9 juli 2012 door ACM aan Daisycon verzonden is, had betrekking op (wilsonafhankelijke) gegevens uit de systemen van Daisycon: tabellen uit de database en overzichten van e-mailcampagnes. Dit zijn gegevens die ACM ook zelf op grond van haar bevoegdheid om inzage te vorderen en gegevens te kopiëren (artikel 5:17 Awb) had kunnen verzamelen. Niet valt in te zien waarom ACM daarvoor niet het minder vergaande middel van vorderen van informatie (artikel 5:16 Awb) had mogen inzetten teneinde kopieën van de betreffende gegevens te verkrijgen.⁹⁷
182. Hetzelfde geldt voor de informatievordering die op 31 oktober 2012 is verzonden aan Daisycon. In deze informatievordering wordt Daisycon verzocht (wilsonafhankelijke) documenten of gegevens aan te leveren waaruit blijkt dat de ontvangers van e-mailberichten van Daisycon voorafgaande toestemming hebben verleend voor de ontvangst van deze berichten. Voor deze informatie geldt bovendien dat de wetgever de bewijslast voor het aantonen van de voorafgaande toestemming expliciet bij de verzender heeft gelegd.

7.6.6 Tussenconclusie

183. Gezien het bovenstaande komt ACM tot de conclusie dat op het moment waarop het bedrijfsbezoek plaatsvond nog geen sprake was van een criminal charge. Als gevolg daarvan had het zwijgrecht op dat moment nog niet zijn gelding gekregen. Dat ACM, zonder daartoe op grond van de wet gehouden te zijn, toch de cautie heeft gegeven aan de bij het onderzoek betrokken personen kan haar niet worden tegengeworpen.
184. Voorts is ACM van oordeel dat de wijze waarop de cautie is verleend juist was.
185. ACM concludeert bovendien dat ook bij het opvragen van schriftelijke bescheiden geen sprake was van een bijzondere omstandigheid op grond waarvan Daisycon de cautie had moeten krijgen en dat sprake was van het opvragen van wilsonafhankelijke gegevens.

⁹⁵ Zie in dit verband ook de toelichting op artikel 5:10a Awb: Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3 p. 99.

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Zie in dit verband ook Rb. Rotterdam, 21 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2448, r.o.4.1.

Besluit Openbaar

186. Tot slot overweegt ACM het volgende; indien hetgeen mondeling tegenover de onderzoekers van ACM is verklaard zou worden uitgesloten van het bewijs, resteert er volgens ACM afdoende wilsonafhankelijk materiaal om te kunnen vaststellen dat Daisycon artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw heeft overtreden. Hetgeen Daisycon op dit punt heeft aangevoerd treft derhalve geen doel.

7.7 Onevenredigheid boete

187. Als grond VIII van haar bezwaar voert Daisycon aan dat er in het geheel geen sprake kan zijn van een boeteoplegging. Bij wijze van subsidiair betoog keert zij zich tegen de hoogte van de opgelegde boetes. Daartoe stelt zij allereerst dat de boetes niet evenredig zijn ten aanzien van de aard en de ernst van de overtredingen. Voorts is Daisycon van mening dat er sprake is van slechts twee overtredingen en niet van zes zoals in het bestreden besluit door ACM is aangenomen. Tot slot wijst Daisycon op de volgens haar onzorgvuldige wijze waarop ACM tot de vaststelling van het totaal aantal verstuurd berichten is gekomen. In het hiernavolgende zal ACM eerst de stelling van Daisycon bespreken dat er sprake zou zijn van twee in plaats van zes overtredingen. Daarna zal ACM ingaan op de wijze waarop het totaal aantal berichten is berekend.

7.7.1 Ernst van de overtredingen

188. Zoals in het bestreden besluit uiteen is gezet, wordt de ernst van de overtreding bepaald door eerst de zwaarte van de overtreding in abstracto te bepalen en deze daarna te bezien in het licht van de omgevingsfactoren (de economische context alsmede de bijzondere omstandigheden van het geval). Deze 'optelsom' bepaalt de definitieve kwalificatie van de overtreding: zeer ernstig, ernstig of minder ernstig. Zodoende volgt uit de Boetebeleidsregels dat een overtreding, die in abstracto als een minder zware overtreding wordt aangemerkt, uiteindelijk ook de kwalificatie ernstig kan krijgen. Afhankelijk van die omgevingsfactoren kan de ernstfactor aldus hoger of lager uitvallen.
189. Bij het bepalen van de ernst van de overtredingen houdt ACM rekening met de economische context en de bijzondere omstandigheden waaronder de overtredingen hebben plaatsgevonden. ACM heeft in het bestreden boetebesluit aangegeven dat zij de ernst van de overtreding van het spamverbod onder andere bepaalt aan de hand van de volgende (niet cumulatieve) criteria:
- a. herhaalde overtreding;
 - b. meerdere overtredingen;
 - c. de bijzondere schadelijkheid volgens eindgebruikers;
 - d. de veroorzaakte schade volgens internetaanbieders en/of hosting providers;
 - e. het aantal verzonden berichten;
 - f. de gebruikte methode of middelen dan wel de mate waarin gebruik is gemaakt van technieken (voor de verzending van ongevraagde elektronische berichten) die op zichzelf genomen een inbreuk op de privacy vormen of anderszins onrechtmatig zijn.

Besluit Openbaar

190. In het hiernavolgende zal ACM opnieuw de in het bezwaar bestreden onderdelen (a, b en e) behandelen. Voor de beoordeling van de overige criteria verwijst ACM naar het bestreden besluit.

7.7.2 Herhaalde en meerdere overtredingen

191. ACM heeft in het bestreden besluit aan Daisycon een zestal boetes opgelegd wegens de betrokkenheid van Daisycon bij de verzending van e-mailberichten, waarbij zij steeds een andere rol in de keten van verzending vervulde. ACM heeft voor elk van de drie rollen die Daisycon vervulde vastgesteld dat er sprake was van overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7 vierde lid, Tw.
192. De feiten en omstandigheden waaronder de geconstateerde overtredingen hebben plaatsgevonden verschilden per rol die Daisycon vervulde. Daarnaast vonden de overtredingen per rol ook plaats in verschillende periodes⁹⁸. ACM benadrukt dat er geen sprake is van enige overlap tussen de verschillende rollen; het betrof steeds andere e-mailberichten welke zijn verzonden vanuit een andere hoedanigheid. Mede gelet op het voorgaande is er een duidelijk onderscheid te maken tussen de overtredingen die door Daisycon zijn begaan in haar rol als publisher, adverteerder en als affilatenetwerk. Hoewel sprake is van vergelijkbare gedragingen, betreft het onmiskenbaar andere feitelijke gedragingen. De overtredingen verschilden dusdanig van elkaar dat zij naar het oordeel van ACM niet konden worden samengenomen tot één grote overtreding. Voor ACM bestond er daarom voldoende aanleiding om de overtredingen, alhoewel in één boetebesluit opgenomen, apart te behandelen en apart te beboeten. Van boeteoplegging voor 'dezelfde overtreding' is in dit geval geen sprake.
193. Ten aanzien van de hoogte van de boete is van belang dat ACM in beginsel voor iedere overtreding een aparte boete kan opleggen van maximaal € 450.000. ACM kan echter ook, zoals zij in het bestreden besluit heeft gedaan, een boete opleggen voor het geheel van de herhaalde en samenhangende overtredingen. Hierdoor voorkomt ACM dat de boetes die zijn opgelegd onevenredig hoog uitvallen.
194. Wanneer ACM in had besloten om de gedragingen in de drie rollen samen te nemen, dan zouden de overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, vierde lid, Tw gezien de omvang van beide overtredingen worden gekwalificeerd als een zeer ernstige overtredingen in de zin van de boetebeleidsregels. Hiermee was de totale boete voor Daisycon niet lager uitgevallen dan de zes afzonderlijke boetes die thans aan Daisycon zijn opgelegd.

7.7.3 Vaststelling totaal aantal verzonden berichten

195. Hieronder zal worden ingegaan op de wijze waarop ACM het aantal verzonden berichten in het sanctiebesluit heeft vastgesteld.

⁹⁸ Zie boetebesluit randnummer 13 e.v.

Besluit Openbaar

196. Daisycon heeft verklaard niet over enige informatie te beschikken waaruit blijkt hoeveel e-mailberichten er in totaal zijn verzonden ten behoeve van de affiliate programma's.⁹⁹ Uit het systeem van Daisycon (SVO20¹⁰⁰) hebben toezichthouders van ACM echter wel kunnen opmaken hoe vaak gebruikers hebben geklikt op de zogenaamde ds1-links die in de verzonden berichten was opgenomen. Het totaal aantal kliks dat werd gegenereerd via ds1-links vanaf 1 oktober 2009 tot en met 6 maart 2012 betrof [VERTROUWELIJK]¹⁰¹. Daisycon heeft ten aanzien van deze informatie aangegeven dat zij niet kan achterhalen hoeveel van deze kliks voortkomen uit e-mailmarketing en hoeveel van deze kliks zijn voortgekomen uit andere media zoals websites of keywordmarketing.¹⁰²
197. Om op basis van het aantal kliks een onderbouwde schatting te kunnen maken over hoeveel e-mailberichten er daadwerkelijk zijn verzonden, hebben toezichthouders van ACM bekeken of er gegevens of percentages bekend zijn over de verhouding tussen het aantal verzonden e-mailberichten en het aantal kliks dat uit de verzending van e-mailcampagnes voortkomt. Hiervoor heeft ACM gebruik gemaakt van een onderzoek dat de "DDMA e-mail council" onlangs in samenwerking met een aantal e-mailverzendservices heeft uitgevoerd naar, onder andere, de CTR van e-mailverzendingen in 2011 in Nederland.
198. De CTR, ofwel "Click Through Rate" is het aantal kliks in verzonden e-mails van unieke ontvangers gedeeld door het aantal verzonden e-mailberichten¹⁰³. Toezichthoudend ambtenaren van ACM hebben [B] en [A] gevraagd wat hun idee was over een gemiddelde CTR van de e-mailberichten die voor de affiliate programma's van Daisycon verzonden worden. [B] en [A] gaven aan dat er grote verschillen zitten in de CTR en dat dit afhankelijk is van de campagne en hoe gericht er gemaild wordt. Een e-mailcampagne die gericht naar een selectie van de doelgroep van het product wordt verzonden, of een e-mailcampagne waarbij de ontvanger kan sparen voor kortingen (cashback) heeft bijvoorbeeld een hogere CTR dan een e-mailcampagne die naar 500.000 willekeurige adressen wordt verzonden. Daisycon beschikt echter niet over deze gegevens en houdt bovendien geen statistieken bij waaruit de CTR opgemaakt zou kunnen worden¹⁰⁴.
199. Om niettemin een betrouwbare CTR te kunnen hanteren voor de kliks die zijn voortgekomen uit de e-mailberichten die zijn verzonden voor de enquêteconcepten van Daisycon, hebben de toezichthouders van ACM eerst bekeken of de CTR uit het hierboven genoemde onderzoek van de DDMA toepasbaar is.
200. In het onderzoek van de DDMA is rekening is gehouden met het aantal adressen waarnaar een e-mailcampagne is verzonden. Hieruit blijkt dat naar hoe meer e-mailadressen een e-mailcampagne is verzonden, hoe lager de CTR is. De CTR bij e-mailcampagnes verzonden

⁹⁹ Randnummer 611 onderzoeksrapport.

¹⁰⁰ Dit betreft de gekopieerde database van Daisycon ("beetgum_affiliate" en "beetgum_support") en de daaraan toegevoegde databasetabellen die Daisycon op 19 juli 2012 heeft geleverd (door Daisycon aangeleverd onder de naam "aff_archive_09_10_to_12_03.zip", in het onderzoek opgenomen onder "beetgum_click" en "beetgum_transaction").

¹⁰¹ Zie voor de exacte berekening randnummer 611 van het onderzoeksrapport.

¹⁰² Bijlage 15 - Antwoord vordering van informatie 20120719.

¹⁰³ Als een e-mailbericht bijvoorbeeld naar vier personen is verzonden, en één ontvanger klikt één of meerdere malen op een link in de ontvangen e-mail dan is de CTR 25% (1 klik / 4 verzonden e-mailberichten = 25%).

¹⁰⁴ Bijlage 18: Gespreksverslag [B] en [A] 17-10-2012, p. 77 – 80.

Besluit Openbaar

aan *minder dan 1.000* e-mailadressen met de focus “Acquisitie” betreft in het onderzoek van de DDMA 8,04%. De CTR bij e-mailcampagnes verzonden aan *meer dan 1.000* e-mailadressen met als focus “Acquisitie” betreft 2,88%.¹⁰⁵

201. Deze CTR is op 17 oktober 2012 aan dhr. [B] en dhr. [A] voorgelegd.¹⁰⁶ Uit het gespreksverslag blijkt echter dat een dergelijke ratio volgens een van de bestuurders “aan de hoge kant is”. ACM stelt na randnummer 620 van het onderzoeksrapport vast dat het relatief hoog uitvallen van de genoemde CTR mede gelegen is in het feit dat bij de vaststelling van de betreffende CTR geen rekening is gehouden met verschillen tussen e-mailcampagnes van cashbackpartijen en e-mailcampagnes van niet-cashbackpartijen.
202. Om het verschil in CTR tussen cashbackpartijen en niet-cashbackpartijen in kaart te brengen voor de e-mailcampagnes die voor affiliate programma’s van Daisycon zijn verzonden, is door

ACM nader onderzoek verricht dat is gebaseerd op de agenda-afspraken die de publisher managers werden aangemaakt op het tijdstip dat een publisher een e-mailcampagne verzond. Bij enkele van deze afspraken was het aantal e-mailadressen opgenomen waarnaar de e-mailcampagne verzonden wordt, zoals in onderstaand voorbeeld:¹⁰⁷



203. Om vervolgens de CTR te achterhalen zijn deze e-mailcampagnes in het programma van Daisycon (SVO20) opgezocht¹⁰⁸ en het aantal kliks dat is gegenereerd gecombineerd met het aantal adressen uit de afspraken in onderstaande tabellen.

¹⁰⁵ Bijlagen DVD Hoofdstuk 8: 38 - DDMA Nationale-Email-Benchmark-2011 p. 21.

¹⁰⁶ Bijlage 18 onderzoeksrapport: Gespreksverslag [B] en [A] 17-10-12, p.79.

¹⁰⁷ Bijlagen DVD hoofdstuk 8: SVO19 - 54 - E-mailafspraken met aantal adressen/SVO19 – Appointment5579[264604].

¹⁰⁸ Alle hierboven opgenomen e-mailcampagnes zijn tevens terug te vinden in Bijlagen DVD Hoofdstuk 8: 40 - Daisycon Export mailpublishers bij de betreffende publisher-export. De rapporteur heeft de kliks geselecteerd voor de combinatie media_id, program_id en ad_id vanaf de verzenddatum tot de laatste datum waarop een klik geregistreerd is.

**Besluit
Openbaar**

47/53

Cashback partijen						
Adverteerder	Publisher	Datum	Adressen	Kliks	CTR	Afspraak
[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	10-11-2011	[XXXX]	[XXXX]	[XXXX]	0581[97274]
[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	3-11-2011	[XXXX]	[XXXX]	[XXXX]	0866[97609]
[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	10-11-2011	[XXXX]	[XXXX]	[XXXX]	0720[97413]
[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	7-10-2011	[XXXX]	[XXXX]	[XXXX]	1246[97993]
[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	7-12-2010	[XXXX]	[XXXX]	[XXXX]	4987[101864]
[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	19-8-2010	[XXXX]	[XXXX]	[XXXX]	5591[102480]
[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	7-8-2011	[XXXX]	[XXXX]	[XXXX]	2232[99024]
[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	30-11-2011	[XXXX]	[XXXX]	[XXXX]	0223[96911]
[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	12-8-2010	[XXXX]	[XXXX]	[XXXX]	5625[102514]
Gemiddelde CTR Cashback					[VERTROUWELIJK]	

Niet-cashback partijen						
Adverteerder	Publisher	Datum	Adressen	Kliks	CTR	Afspraak
[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	7-4-2011	[XXXX]	[XXXX]	[XXXX]	3728[100561]
[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	3-3-2011	[XXXX]	[XXXX]	[XXXX]	4193[101026]
[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	13-12-2010	[XXXX]	[XXXX]	[XXXX]	4950[101827]
[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	10-12-2010	[XXXX]	[XXXX]	[XXXX]	4953[101830]
[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	17-12-2010	[XXXX]	[XXXX]	[XXXX]	4998[101875]
[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	3-12-2010	[XXXX]	[XXXX]	[XXXX]	5001[101878]
[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	8-12-2011	[XXXX]	[XXXX]	[XXXX]	0020[14104]
[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	8-11-2011	[XXXX]	[XXXX]	[XXXX]	0659[97352]
[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	12-11-2011	[XXXX]	[XXXX]	[XXXX]	0565[97258]
[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	8-10-2010	[XXXX]	[XXXX]	[XXXX]	5472[102361]
[VERTROUWELIJK]	[VERTROUWELIJK]	7-12-2011	[XXXX]	[XXXX]	[XXXX]	0170[96858]
Gemiddelde CTR niet-cashback					[VERTROUWELIJK]	

Besluit Openbaar

204. Op basis van het voorgaande heeft ACM een CTR voor de e-mailberichten die zijn verzonden door *cashbackpartijen*, rond de [VERTROUWELIJK] kunnen vaststellen. De CTR voor de e-mailberichten die zijn verzonden door *niet-cashbackpartijen* ligt ingevolge voornoemde gegevens rond de [VERTROUWELIJK].
205. Op grond van de hierboven vastgestelde ratio's is het totaal aantal berichten per categorie berekend. Het totaal aan berichten dat is verzonden voor affiliate programma's van Daisycon door *cashbackpartijen* waar [VERTROUWELIJK] kliks uit zijn voortgekomen komt bij een CTR van [VERTROUWELIJK] uit op 904.056.076 verzonden e-mailberichten (daarbij is gebruik gemaakt van de formule: $(\text{[VERTROUWELIJK]} / \text{[VERTROUWELIJK]}) * 100$). Het totaal aantal berichten dat is verzonden voor affiliate programma's van Daisycon door *niet-cashbackpartijen* waar [VERTROUWELIJK] kliks uit zijn voortgekomen komt bij een CTR van [VERTROUWELIJK] uit op 1.219.861.000 verzonden e-mailberichten ($(\text{[VERTROUWELIJK]} / \text{[VERTROUWELIJK]}) * 100$). Het aantal verzonden berichten komt hiermee in totaal op 2.123.917.076.
206. Gelet op het vorenstaande komt ACM ook in bezwaar tot de conclusie dat de berekening van het minimaal aantal verstuurde berichten op zorgvuldige wijze is uitgevoerd. Tijdens het onderzoek is daarenboven rekening gehouden met de door Daisycon geuite bezwaren tegen de voorgestelde CTR. Daarnaast heeft Daisycon ten tijde van het onderzoek geen gegevens overgelegd op basis waarvan de toezichthouders van ACM een berekening hebben kunnen maken van het aantal verstuurde berichten. Dit brengt met zich dat ACM op basis van de informatie die wél beschikbaar was een eigen berekening heeft moeten maken om te achterhalen hoeveel berichten er nu daadwerkelijk door het affiliate netwerk van Daisycon zijn verzonden. Daarbij is uitsluitend gebruik gemaakt van gangbare berekeningmethodes. Dat de gehanteerde wijze van berekening niet heeft geleid tot een voor Daisycon welgevallig resultaat kan op zichzelf niet leiden tot de conclusie dat ACM zich heeft bediend van een onzorgvuldige en willekeurige berekening. Hetgeen Daisycon op dit punt heeft aangevoerd treft derhalve geen doel.

7.8 Feitelijk leidinggeven

7.8.1 Opleggen van de boetes

207. In het bestreden besluit heeft ACM de heer [B] aangemerkt als feitelijk leidinggever van de overtredingen die door Daisycon zijn begaan in de rol van adverteerder en publisher. Daarmee is hij aangemerkt als overtreder van overtreding 1a, 1b, 2a en 2c uit het bestreden besluit. ACM heeft de heer [A] aangemerkt als feitelijk leidinggever van de overtredingen die door Daisycon zijn begaan in de rol van affiliate netwerk. Daarmee is hij aangemerkt als overtreder van overtreding 3a en 3b uit het bestreden besluit.
208. Voor de overtreding 1a, 1b, 2a en 2c uit het bestreden besluit heeft ACM aan Daisycon en de heer [B] gezamenlijk een viertal boetes van respectievelijk € 90.000, € 45.000, € 135.000 en € 90.000 opgelegd waarvoor zij hoofdelijk aansprakelijk zijn gehouden.¹⁰⁹ Voor de overtreding

¹⁰⁹ Zie bestreden besluit 385 t/m 388.

Besluit Openbaar

3a en 3b uit het bestreden besluit heeft ACM aan Daisycon en de heer [A] gezamenlijk een tweetal boetes van respectievelijk € 300.000 en € 150.000 opgelegd waarvoor zij hoofdelijk aansprakelijk zijn gehouden.¹¹⁰

209. In de eerste plaats heeft Daisycon betoogd dat met het bestreden besluit geen boetes zijn opgelegd aan de feitelijk leidinggevendenden, omdat dit niet uit het dictum zou volgen.¹¹¹ Deze stelling van Daisycon volgt ACM niet. Zoals hiervoor is aangegeven blijkt uit het bestreden besluit duidelijk dat de boetes ook aan de heer [B] en de heer [A] zijn opgelegd. In de paragrafen 12.3.1 t/m 12.3.5 van het bestreden besluit is steeds de volgende passage opgenomen:

“Daisycon en [B]/[A] krijgen deze boetes gezamenlijk opgelegd en zij zijn hiervoor hoofdelijk aansprakelijk. De (onrechtmatige) gedragingen van Daisycon en het feitelijk leidinggeven aan deze overtreding door [A] hangen nauw samen en zijn niet of zeer moeilijk te scheiden.” (onderstreping ACM)

210. Hieruit blijkt zonder meer dat ACM de boetes steeds gezamenlijk heeft opgelegd aan Daisycon en haar bestuurders. Ook uit randnummer 396 van het bestreden besluit blijkt dat ACM een gezamenlijke boete heeft opgelegd aan zowel Daisycon als haar bestuurders:

“In aanmerking genomen de ernst van de overtredingen alsmede de hiervoor besproken duur van de overtreding, de mate van verwijtbaarheid van Daisycon en de boeteverlagende omstandigheden, legt ACM boetes op van in totaal € 810.000 aan Daisycon, [B] en [A] voor overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, vierde lid, Tw”

211. Dat vervolgens in het dictum staat dat ACM de heren [B] en [A] hoofdelijk verantwoordelijk houdt voor de boete maakt dit niet anders.
212. De wijze waarop de boetes zijn opgelegd is een weloverwogen beslissing geweest om te voorkomen dat de feitelijk leidinggevers twee maal in hun vermogen worden getroffen. ACM had er immers ook voor kunnen kiezen om aan de feitelijk leidinggevers een separate boete op te leggen voor de door hen begane overtredingen. ACM heeft bewust niet voor deze aanpak gekozen nu de feitelijk leidinggevers voor een belangrijk deel (groot)aandeelhouder zijn in de onderneming waaraan de boetes zijn opgelegd. Dit zou tot gevolg hebben dat de genoemde feitelijk leidinggevers ook door de aan de onderneming opgelegde boete in hun vermogen worden geraakt. Die overweging leidt naar het oordeel van ACM tot de conclusie dat het opleggen van afzonderlijke boetes aan die feitelijk leidinggevers niet passend zou zijn. ACM heeft derhalve één boete aan Daisycon en de feitelijk leidinggevers tezamen opgelegd, waarbij de feitelijk leidinggevers hoofdelijk aansprakelijk zijn gehouden voor de aan de onderneming opgelegde boete.

¹¹⁰ Zie bestreden besluit 389 t/m 390.

¹¹¹ Zie pleitnota bezwaar randnummer 43.

Besluit Openbaar

50/53

213. Door de feitelijk leidinggevers hoofdelijk aansprakelijk te stellen, is aan hen een boete opgelegd. In feite is aan de feitelijk leidinggevers en de ondernemingen tezamen een boete opgelegd. Een wettelijke grondslag hiervoor kan expliciet worden gevonden in artikel 5:1, derde lid van de Awb, juncto artikel 51, tweede lid van het Wetboek van Strafrecht. Volgens deze laatste bepaling kunnen namelijk de in de wet voorziene straffen en maatregelen worden uitgesproken tegen een rechtspersoon en de feitelijk leidinggever tezamen. ACM heeft dan ook op goede grond de boetes aan de feitelijk leidinggevers en de ondernemingen tezamen opgelegd. Hetgeen ook door de voorzieningenrechter is bevestigd:

Zie Rb. R'dam (vzr.), 24 september 2014, ECLI:NL:RBROT: 2014:7808, r.o. 14:

“Voor twee bestuurders van Daisycon heeft ACM besloten tot hoofdelijke aansprakelijkheid ter zake van die boetes die Daisycon zijn opgelegd voor gedragingen waarbij de bestuurder als feitelijk leidinggevende was betrokken. Op het punt van deze aansprakelijkstelling van de feitelijk leidinggevendenden heeft Daisycon gesteld dat geen sprake is van enige overtreding. De verwerping van die stelling ligt besloten in hetgeen de voorzieningenrechter hiervoor heeft overwogen. Het betoog van verzoekers ter zitting dat de hoofdelijke aansprakelijkstelling van twee bestuurders van Daisycon niet mogelijk is zonder (voorafgaande) boeteoplegging aan hen kan niet worden gevolgd, omdat in die hoofdelijke aansprakelijkstelling de boeteoplegging aan hen ligt besloten. ACM heeft in het bestreden besluit niet over (afzonderlijke) boeteoplegging aan twee feitelijk leidinggevendenden gesproken, omdat het totale boetebedrag van € 810.000,- door boetes mede aan hen op te leggen niet is verhoogd.” (onderstreping ACM)

214. Uit het bestreden besluit blijkt onomstotelijk dat de boetes ook aan de feitelijk leidinggevendenden zijn opgelegd. Dat met het onderhavige besluit niet is beoogd een afzonderlijke boete aan de feitelijk leidinggevers op te leggen blijkt bovendien uit het feit dat het totale boetebedrag van 810.000 niet is verhoogd. Hiermee gaat het betoog dat er geen boetes zouden zijn opgelegd aan de feitelijk leidinggevendenden niet op.

7.8.2 Geen boete omdat er geen overtreding zou zijn begaan

215. Daisycon betoogt voorts dat ACM de bestuurders ten onrechte heeft aangemerkt als feitelijk leidinggevendenden aan de overtreding, omdat Daisycon zelf geheel in lijn met de wet zou hebben gehandeld.¹¹²
216. ACM volgt Daisycon niet in haar betoog. Zoals ACM hiervoor reeds heeft overwogen, is ACM van oordeel dat zij Daisycon terecht in meerdere rollen als overtreder van artikel 11.7, eerste en vierde, lid in heeft aangemerkt. In het bestreden besluit heeft ACM terecht vastgesteld dat Daisycon volledig verwijtbaar was voor de overtredingen. Aangezien de beide bestuurders verantwoordelijk waren voor het handelen van Daisycon, kunnen zij worden aangemerkt als feitelijk leidinggevendenden aan de overtreding.
217. ACM heeft in het bestreden besluit uitgebreid onderzocht of de bestuurders als feitelijk leidinggevers verantwoordelijk te houden zijn voor de overtredingen. In het bestreden besluit

¹¹² Zie bezwaarschrift r.n. 89 e.v..

Besluit Openbaar

51/53

is uitvoerig uiteengezet dat de heer [B] en de heer [A], ieder voor de rollen waarvoor zij verantwoordelijk zijn gehouden, de wetenschap hadden of hadden moeten hebben dat de gedragingen, die in het bestreden besluit staan beschreven, door Daisycon werden uitgevoerd en dat deze handelingen een overtreding vormden van artikel 11.7, eerste en vierde lid Tw. Bovendien hebben deze overtredingen plaatsgevonden, terwijl het in de macht van de bestuurders lag om een einde te maken aan deze gedragingen. Er was dus sprake van concrete beschikkingsmacht bij de heer [B] en de heer [A] ten aanzien van de overtredingen die door Daisycon zijn gepleegd.

218. Voorts heeft ACM in het bestreden besluit vastgesteld welke verantwoordelijkheden de bestuurders precies hadden en hoe deze verantwoordelijkheden zich verhielden tot de overtredingen. ACM is tot het oordeel gekomen dat de heer [B] als feitelijk leidinggevende is aan te merken voor de overtredingen die Daisycon in de rol van adverteerder en publisher heeft begaan. Hiervoor is de heer [B] aansprakelijk gesteld voor een viertal overtredingen waarvoor een boete van totaal € 360.000 is opgelegd. Gelet op de activiteiten van de heer [B] en zijn directe betrokkenheid bij de overtreding is deze boete niet onevenredig.
219. Daarnaast is vastgesteld dat de heer [A] als feitelijk leidinggevende is aan te merken voor de overtredingen die Daisycon in de rol van affiliate netwerk heeft begaan. Hiervoor is de heer [A] aansprakelijk gesteld voor een tweetal overtredingen waarvoor een boete van totaal € 450.000 is opgelegd. Gelet op de activiteiten van de heer [A] en zijn directe betrokkenheid bij de overtreding is deze boete niet onevenredig.
220. Derhalve heeft ACM de heer [B] en de heer [A] in hun hoedanigheid van feitelijk leidinggevend terechtig als overtreder aangemerkt en is aan hen terecht een boete opgelegd.
221. Hetgeen Daisycon op dit punt heeft aangevoerd treft derhalve geen doel.

7.9 Hardheid

7.9.1 Boete leidt tot faillissement Daisycon (hardheid)

222. In haar bezwaar stelt Daisycon dat de hoogte van de opgelegde boete tot gevolg heeft dat de solvabiliteitsratio van Daisycon zal dalen naar [VERTROUWELIJK]. Nu voor een financieel "gezond" bedrijf deze ratio geacht wordt te liggen tussen de 25%-40% is Daisycon van oordeel dat de boete mogelijk het faillissement van het bedrijf met zich zal brengen. Dit is volgens Daisycon bij de vaststelling van de hoogte van de boete door ACM miskend.
223. Bij het vaststellen van de hoogte van de boete kan ACM rekening houden met de persoonlijke financiële omstandigheden van de overtreder. Hiertoe bestaat echter geen verplichting. ACM is niet gehouden ambtshalve onderzoek te doen naar de persoonlijke financiële omstandigheden van de overtreder. Alleen in een uitzonderingssituatie, te weten de situatie waarin een aan de onderneming opgelegde boete haar faillissement waarschijnlijk maakt, dient ACM op grond van het evenredigheidsbeginsel hier rekening mee te houden.¹¹³ De

¹¹³ Zie: Rb Rotterdam 16 november 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY3424.

Besluit Openbaar

overtreder dient in dat geval deze stelling middels een nadere motivering aannemelijk te maken. Het is derhalve aan Daisycon om haar stelling met controleerbare (financiële) bewijsstukken te onderbouwen.

224. ACM heeft Daisycon daarom alsnog in de gelegenheid gesteld om haar stelling op dit punt nader te onderbouwen. Daartoe heeft Daisycon afschriften toegestuurd van accountverklaringen waarin de solvabiliteitsratio van Daisycon wordt berekend over de jaren 2010, 2011, 2012 en 2013. Hierin is op basis van de balansen, als opgenomen in de betreffende jaarrekeningen, zowel de solvabiliteit voor als na betaling van de opgelegde boete bekeken.
225. Op grond van de door Daisycon verschaft informatie komt ACM tot de conclusie dat Daisycon hiermee onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het opleggen van de boete het faillissement van Daisycon waarschijnlijk maakt.
226. Omdat Daisycon heeft aangegeven dat betaling van de boete niet mogelijk is, wijst ACM op de mogelijkheid om een betalingsregeling te treffen. Daarmee is naar het oordeel van ACM voldoende rekening gehouden met de door Daisycon aangedragen (toekomstige) financiële omstandigheden. Rekening houden met de vermogenspositie van een overtreder brengt immers niet met zich dat ACM gehouden is om geen of een zeer lage boete op te leggen als zou blijken dat een relevant vermogen in de toekomst zou kunnen ontbreken. Hiermee zou immers het bestraffende effect - en daarmee de speciale en generale preventieve werking - van de opgelegde boete geheel of grotendeels ongedaan worden gemaakt.
227. Ten overvloede is ACM van oordeel dat de negatieve financiële gevolgen voor Daisycon de hoogte van de boete niet direct onevenredig maken.¹¹⁴ Daisycon heeft immers ook voordeel genoten uit de door haar begane overtredingen. In het onderzoeksrapport is vastgesteld dat Daisycon als adverteerder in 2010 en 2011 een omzet van [VERTROUWELIJK] heeft verworven dankzij haar enquêtes. Ook de omzet die Daisycon in haar rol van publisher heeft verworven met de verzending van de 123nieuwsbrief, houdt direct verband met het overtreden van het spamverbod. ACM heeft geconcludeerd dat Daisycon in de periode 1 oktober 2009 tot en met januari 2011 een omzet van [VERTROUWELIJK] met haar werkzaamheden als publisher heeft verworven.¹¹⁵ Tot slot heeft Daisycon in de rol van affiliate netwerk in de periode van 1 oktober 2009 tot en met 6 maart 2012 een bedrag tussen de [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] omgezet met haar betrokkenheid bij de verzending van e-mailberichten.
228. Gelet op het voorgaande komt ACM tot de conclusie dat de stukken die Daisycon heeft aangeleverd in het kader van haar bezwaar er niet toe leiden dat de boete gematigd dient te worden. Het bezwaar treft dan ook geen doel.

52/53

¹¹⁴ Zie: Rb Rotterdam 11 augustus 2011 ECLI:NL:RBROT:2011:BV6796.

¹¹⁵ Zie onderzoeksrapport, randnummers 585 – 589.

Besluit Openbaar

7.10 Conclusie

229. Gelet op al het voorgaande is ACM van oordeel dat geen van de door Daisycon ingediende bezwaren ten aanzien van het bestreden besluit doel treffen. ACM is na heroverweging van het bestreden besluit van oordeel dat dat het bezwaarschrift ongegrond dient te worden verklaard
230. Daisycon heeft tot slot op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb verzocht om vergoeding van de kosten van externe professionele rechtsbijstand
231. Op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb heeft een belanghebbende recht op een forfaitaire vergoeding van kosten die hij gemaakt heeft in verband met de behandeling van het bezwaar. Dit recht bestaat alleen indien de heroverweging in beslissing op bezwaar leidt tot een herroeping van het primaire besluit en indien er sprake is van een aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid.
232. De heroverweging door ACM in onderhavige beslissing op bezwaar leidt niet tot herroeping van het boetebesluit. Daarmee is niet voldaan aan de voorwaarde van artikel 7:15, tweede lid, Awb. ACM wijst daarom het verzoek van Daisycon tot vergoeding van de kosten van juridische bijstand af.

8 Dictum

233. De Autoriteit Consument en Markt:
- I. Verklaart de bezwaren van Daisycon B.V. tegen het besluit van 4 oktober 2013, met kenmerk ACM/DJZ/2013/201149, ongegrond;
 - II. Handhaaft haar besluit van 4 oktober 2013, met kenmerk ACM/DJZ/2013/201149, in aanvulling met hetgeen in onderhavig besluit is weergegeven;
 - III. Wijst het verzoek op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb, tot vergoeding van de kosten van juridische bijstand in de bezwaarschriftprocedure af.

Autoriteit Consument en Markt
namens deze,

w.g.
mr. C.A. Fonteyn
bestuursvoorzitter

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de rechtbank Rotterdam, sector bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Nadere informatie over de beroepsprocedure is te vinden op www.rechtspraak.nl.

53/53