

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2013/201149_OV
Zaaknummer: 13.0151.32
Datum: 4 oktober 2013

Besluit van Autoriteit Consument en Markt tot het opleggen van boetes ter zake van overtredingen van het spamverbod bepaald in artikel 11.7, eerste lid, en 11.7, vierde lid, van de Telecommunicatiewet.

Samenvatting

Op 29 maart 2013 heeft een toezichhoudend ambtenaar van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit een rapport opgemaakt tegen Daisycon b.v., kort gezegd, voor overtredingen van de Telecommunicatiewet wegens het versturen van spamberichten. Naar aanleiding van dit rapport legt de Autoriteit Consument en Markt een boete op aan zowel Daisycon als de feitelijk leidinggevendenden die hiervoor verantwoordelijk waren.

Consumenten ervaren spamberichten als hinderlijk en misleidend en bovendien als een inbreuk op hun privacy. Spamberichten betreffen ongevraagde e-mails die zonder toestemming naar de ontvanger worden verstuurd. In veel gevallen suggereert de afzender van spamberichten dat de ontvanger zich heeft aangemeld voor ontvangst van de e-mails, terwijl dat niet het geval is. Zo worden de e-mailberichten voor enquêtes die zijn verstuurd door Daisycon behalve als hinderlijk ook als misleidend ervaren, omdat niet op het eerste gezicht duidelijk is dat het een e-mail betreft met een commercieel doeleinde. Daarnaast was het voor de ontvangers niet duidelijk hoe zij in de adressenbestanden terecht waren gekomen. Hierdoor ontvingen zij een groot aantal e-mailberichten zonder dat het duidelijk was wanneer en op welke wijze zij hier toestemming voor gegeven hadden. Bovendien geven klagers via spamklacht.nl aan dat het erg hinderlijk is dat afmelding voor de spamberichten niet of niet goed mogelijk blijkt.

Daisycon is de spilfiguur bij het op grote schaal toezenden van spamberichten door middel van haar affiliate netwerk. Het affiliate netwerk vormt dé schakel tussen enerzijds de adverteerders en anderzijds de publishers die zich hebben aangemeld bij Daisycon. Kort gezegd zorgen de publishers ervoor dat, bijvoorbeeld via e-mailberichten, promotiemateriaal van de adverteerders bij de consumenten onder de aandacht komt. Door de adverteerder en de publisher direct met elkaar in contact te brengen, maakt Daisycon het voor adverteerders makkelijk om hun promotiemateriaal op een snelle en effectieve manier te verspreiden onder zoveel mogelijk consumenten. Daisycon kon echter niet aantonen dat de ontvangers hiervoor toestemming hadden gegeven. Daarnaast staat de opzet van het affiliate netwerk van Daisycon eraan in de weg, dat consumenten zich effectief kunnen afmelden voor de e-mailberichten. Zelfs als in de e-mail op afmelden wordt geklikt, blijft de ontvanger dergelijke e-mails ontvangen.

Tot slot speelt Daisycon niet alleen een rol bij het verzenden van de spamberichten door middel van haar affiliate netwerk. Daisycon is ook zelf in de rol van adverteerder en in de rol van publisher verantwoordelijk voor het toezenden van spamberichten (enquêtes en nieuwsbrieven).

Besluit Openbaar

1 Inleiding

1. De Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) stelt op grond van artikel 15.4, vierde lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) met dit besluit een aantal overtredingen vast waarvoor zij boetes oplegt met een totaalbedrag van € 810.000. De boetes worden opgelegd aan Daisycon B.V. (hierna: Daisycon) en haar bestuurders. Deze boetes worden opgelegd voor overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, Tw.
2. Aanleiding voor het onderhavige besluit vormt het rapport zoals op 29 maart 2013 is opgemaakt (hierna: het onderzoeksrapport) door een toezichthoudend ambtenaar (hierna: de rapporteur) van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA), tot 1 april 2013 rechtsvoorganger van ACM.
3. In dit besluit gaat ACM in het navolgende eerst in op de achtergrond en verloop van de procedure (paragraaf 2), de inhoud van het onderzoeksrapport (paragraaf 3) en de feiten (paragraaf 4). Vervolgens wordt een weergave gegeven van de zienswijze van Daisycon en haar bestuurders (paragraaf 5), het juridisch kader (paragraaf 6) en de bevoegdheid van ACM (paragraaf 7). In de paragrafen 8, 9 en 10 zal ACM per rol overwegen of er een overtreding is begaan van het spamverbod en wie als overtreder is aan te merken. In de daarop volgende paragrafen wordt ingegaan op de ernst en de duur van de overtredingen, de verwijtbaarheid van de overtreiders alsmede de vaststelling van de hoogte van de boete (paragraaf 11 en 12). Ten slotte volgt het dictum (paragraaf 13).

2 Achtergrond en verloop van de procedure

4. Naar aanleiding van de rol die Daisycon in een eerder onderzoek van OPTA¹ heeft gespeeld en de klachten die in de periode van 12 juni 2004 tot 6 maart 2012 op www.spamklacht.nl zijn ingediend is OPTA een onderzoek gestart naar de gedragingen van Daisycon. Het verloop van het onderzoek is uitvoerig beschreven in hoofdstuk 3 van het onderzoeksrapport. ACM zal zich in het onderhavige besluit beperken tot de hoofdlijnen.
5. In het kader van dit onderzoek heeft OPTA op 2 november 2011 informatie gevorderd bij de Internet Service Provider (hierna: ISP) van de verzender van de e-mailberichten waarover OPTA klachten had ontvangen.²
6. Vervolgens hebben toezichthoudend ambtenaren van OPTA op 6 maart 2012 een onaangekondigd bedrijfsbezoek gebracht aan Daisycon.³
7. Op 5 december 2012 zijn de voorlopige onderzoeksresultaten, het zogenoemde feitencomplex, verzonden aan Daisycon.⁴ OPTA heeft op 21 januari 2013 de reactie op het feitencomplex ontvangen van Daisycon,⁵ waarbij Daisycon tevens aanvullend feitenmateriaal heeft aangeleverd.

¹ Het betreffende onderzoek heeft geresulteerd in het boetebesluit Digital Magazines en Mail Garage van 5 oktober 2011 (kenmerk OPTA/ACNB/2011/200904) <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/10215/OPTA-legt-660000-euro-aan-boetes-op-in-grote-spamzaak/>.

² Zie onderzoeksrapport, bijlage 5: *Vordering van Informatie Argeweb*.

³ Zie onderzoeksrapport, bijlage 6: *Verslag Controle op locatie 06-03-2012*.

⁴ Zie onderzoeksrapport, bijlage 26: *Feitencomplex*.

⁵ Zie onderzoeksrapport, bijlage 28: *Reactie op feitencomplex*.

Besluit Openbaar

8. Op 29 maart 2013 heeft OPTA het onderzoeksrapport⁶ per koerier aan Daisycon verzonden. Bij brief⁷ van 17 april 2013 heeft ACM Daisycon uitgenodigd haar zienswijze op het onderzoeksrapport, zowel schriftelijk als mondeling, naar voren te brengen.
9. Bij brieven⁸ van 3 mei 2013 heeft ACM geconstateerd dat het onderzoeksrapport verwees naar een stuk van overtuiging (SVO20) terwijl dit bestand niet was opgenomen in het dossier. Daarom heeft ACM de rapporteur verzocht dit stuk alsnog als bijlage aan het rapport toe te voegen. Bij brief⁹ van 6 mei 2013 heeft Daisycon aangegeven er geen bezwaar tegen te hebben dat het ontbrekende SVO20 zou worden overgelegd. Op 15 mei 2013 heeft de rapporteur per brief¹⁰ een dvd toegezonden, waarmee SVO20 aan het dossier is toegevoegd.
10. Daisycon heeft geen gebruik gemaakt van de gelegenheid om voorafgaand aan de hoorzitting schriftelijk haar zienswijze kenbaar te maken. Op 14 mei 2013 heeft Daisycon ten kantore van ACM haar zienswijze op het rapport zowel schriftelijk als mondeling kenbaar gemaakt.

3 Het onderzoeksrapport

11. Aanleiding voor het onderhavige besluit vormen de overtredingen zoals vastgesteld in het onderzoeksrapport van 29 maart 2013. De rapporteur heeft de gedragingen van Daisycon onderzocht. Hierbij is in het onderzoeksrapport een drietal gedragingen onderzocht, waarbij Daisycon steeds een andere rol in de keten van actoren, die de verzending van een e-mailbericht verzorgen, heeft vervuld. Zoals ACM hieronder nader zal toelichten, betreft het de gedragingen van Daisycon in de rol van adverteerder, publisher en tot slot de rol van affiliate netwerk. De rapporteur constateert bij elk van deze rollen afzonderlijk dat Daisycon een overtreding van artikel 11.7, eerste lid en vierde lid, aanhef en onder b, Tw heeft begaan. ACM benadrukt hierbij dat er geen sprake is van enige overlap tussen de verschillende rollen, het betreft steeds andere e-mailberichten en dus op zichzelf staande feiten.
12. Daarnaast constateert de rapporteur in het onderzoeksrapport dat de heer [A] en de heer [B] feitelijk leiding hebben gegeven aan de geconstateerde overtredingen van artikel 11.7, eerste lid en vierde lid, aanhef en onder b, Tw.

Adverteerder

13. De rapporteur heeft allereerst in het onderzoeksrapport geconstateerd dat Daisycon en haar bestuurder de heer [A] in de periode van oktober 2009 tot en met juli 2011 aan abonnees tussen de 2.455.820 en 6.855.833 ongevraagde elektronische berichten hebben verzonden of laten verzenden. Deze berichten zijn ten behoeve van de enquêtes van Daisycon verzonden aan abonnees en hadden commerciële doeleinden. De abonnees hadden daar voorafgaand geen toestemming voor gegeven. Tevens is aan de ontvangers van deze berichten geen geldig postadres of nummer voor afmelding geboden. De rapporteur is tot de conclusie gekomen dat Daisycon en haar bestuurder de heer [A] hiermee artikel 11.7, eerste lid en vierde lid, aanhef en onder b, Tw hebben overtreden.

⁶ Brieven met kenmerk: OPTA/ACNB/2013/200779 en OPTA/ACNB/2013/200780.

⁷ Brief met kenmerk: ACM/DJZ/2013/201011.

⁸ Brieven met kenmerk: ACM/DJZ/2013/201211 en ACM/DJZ/2013/201250.

⁹ Brief met uw kenmerk: 47244/NWO/mvRef.

¹⁰ Brieven met kenmerk: ACM/DC/2013/201283, ACM/DC/2013/201281 en ACM/DC/2013/201282.

Besluit Openbaar

Publisher

14. Tevens heeft de rapporteur geconstateerd dat Daisycon en haar bestuurder de heer [A] in de periode van oktober 2009 tot en met januari 2011 aan abonnees die waren opgenomen in het adressenbestand 123aanbieding.nl.nl minstens 70.060.082 ongevraagde elektronische berichten hebben verzonden of laten verzenden. Deze berichten zijn verzonden aan abonnees en hadden commerciële doeleinden. De abonnees hadden daar voorafgaand geen toestemming voor gegeven. Tevens is aan de ontvangers van deze berichten geen geldig postadres of nummer voor afmelding geboden. De rapporteur is tot de conclusie gekomen dat Daisycon en haar bestuurder de heer [A] hiermee artikel 11.7, eerste lid en vierde lid, aanhef en onder b, Tw hebben overtreden.

Affiliate netwerk

15. Tot slot heeft de rapporteur geconstateerd, dat Daisycon en haar bestuurder de heer [B] in de periode van 1 oktober 2009 tot en met 6 maart 2012 aan abonnees ten minste 2.123.917.076 ongevraagde elektronische berichten hebben verzonden of laten verzenden. Deze berichten zijn ten behoeve van de affiliate programma's van Daisycon verzonden aan abonnees en hadden commerciële doeleinden. De abonnees hadden daar voorafgaand geen toestemming voor gegeven. Tevens is aan de ontvangers van deze berichten geen geldig postadres of nummer voor afmelding geboden. De rapporteur is tot de conclusie gekomen dat Daisycon en haar bestuurder de heer [B] hiermee artikel 11.7, eerste lid en vierde lid, aanhef en onder b, Tw hebben overtreden.

4 Feiten

4.1 Daisycon

16. Daisycon is een besloten vennootschap, welke op 12 juni 2001 is opgericht. De rechtspersoon Daisycon drijft een onderneming met de volgende bedrijfsactiviteiten: het bedenken, realiseren en exploiteren van internet marketing diensten. Zij is statutair gevestigd in Almere.¹¹
17. Enig aandeelhouder van Daisycon is Daisycon Holding B.V, statutair gevestigd te Almere.¹² Daisycon Holding B.V. wordt op haar beurt weer bestuurd door drie holdingmaatschappijen, te weten¹³:
- [D], statutair gevestigd te [VERTROUWELIJK] met de heer [C] als enig aandeelhouder en bestuurder;¹⁴
 - [E], statutair gevestigd te [VERTROUWELIJK] met de heer [B] als enig aandeelhouder en (algemeen) bestuurder;¹⁵
 - [F], statutair gevestigd te [VERTROUWELIJK] met de heer [A] als enig aandeelhouder en bestuurder.¹⁶
18. Uit het uittreksel van de Kamer van Koophandel van Daisycon B.V. blijkt dat er drie bestuurders zijn. Het gaat om de heer [C] (hierna: [C]), de heer [B] (hierna: [B]) en de heer [A] (hierna: [A]).

¹¹ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD hoofdstuk 4: 1 - *KvK Daisycon B.V.*

¹² Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD hoofdstuk 4: 2 - *KvK Daisycon Holding B.V.*

¹³ Zie verslag hoorzitting, p.5. Uit de hoorzitting blijkt dat deze ondernemingen zijn bedoelt om onder meer de pensioenvoorziening van de bestuurders te regelen.

¹⁴ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD hoofdstuk 4: 3 - *KvK [D]* De statutaire naam van de rechtspersoon [D] is op 9 mei 2012 gewijzigd in [VERTROUWELIJK].

¹⁵ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD hoofdstuk 4: 4 - *KvK [E]*.

¹⁶ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlage: DVD hoofdstuk 4: 5 - *KvK [F]*.

Besluit Openbaar

Allen zijn zij vanaf de oprichting als bestuurder betrokken bij Daisycon. Uit het uittreksel van de Kamer van Koophandel blijkt voorts dat al de drie bestuurders staan aangemerkt als algemeen directeur en dat zij zelfstandig bevoegd zijn om te ondertekenen.

19. De onderlinge taakverdeling tussen de bestuurders is niet formeel vastgelegd. In de praktijk komt het op het volgende neer. [A] houdt zich als algemeen directeur met name bezig met de technische aspecten van het bedrijf en product development (waaronder de enquêtes van Daisycon) en is dan ook de CTO, ofwel Chief Technology Officer.¹⁷ [B] houdt zich als algemeen directeur met name bezig met de sales-afdeling, internationalisatie en communicatie en is de CEO ofwel Chief Executive Officer van Daisycon.¹⁸ [C] houdt zich als algemeen directeur met name bezig met de interne bedrijfsvoering en is daarmee de COO ofwel Chief Operating Officer.¹⁹ Bij Daisycon zijn 75 à 80 personen werkzaam.²⁰
- De dienst die Daisycon de adverteerders biedt volgens haar website, is het genereren van leads of sales (transacties) via online marketing door het genereren van bezoekers of verkeer ("traffic") naar (online) acties van de adverteerder en het vinden en beheren van publishers voor de adverteerder, waarbij Daisycon zowel de publisher als de adverteerder ondersteunt. Volgens de website van Daisycon houdt zij zich bezig met 3 activiteiten: Lead Generation, oftewel het via het internet verzamelen van gegevens van potentiële klanten voor adverteerders, waarbij per geworven lead betaald wordt (Costs per Lead/CPL).
 - CPC Advertising, oftewel het genereren van 'traffic' oftewel internetverkeer naar websites van adverteerders waarbij per klik betaald wordt (Costs per Click/CPC).
 - Affiliate Marketing, oftewel een vorm van internetmarketing waarbij adverteerders hun partners (affiliates) belonen voor de gegenereerde verkopen of leads (zoals lidmaatschappen - abonnementen) die de affiliate heeft aangeleverd. In paragraaf 20 wordt dit nader toegelicht..
20. Ongeveer [VERTROUWELIJK] van de bedrijfsactiviteiten van Daisycon bestaan uit affiliate marketing.²¹ CPC Advertising speelt bijna geen rol meer.²² Ongeveer [VERTROUWELIJK] van de inkomsten worden met Lead Generation verworven.

4.2 Het affiliate netwerk van Daisycon

¹⁷ Zie onderzoeksrapport, bijlage 1: *Gespreksverslag [A]*, p. 5

¹⁸ Zie onderzoeksrapport, bijlage 3: *Gespreksverslag [B]*, p. 3, 4.

¹⁹ Zie onderzoeksrapport, bijlage 2: *Gespreksverslag [C]*, p. 4

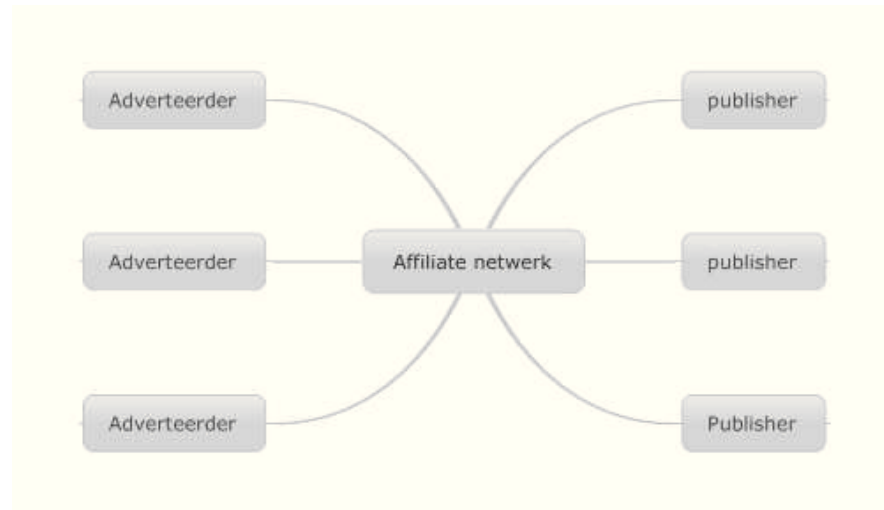
²⁰ Zie onderzoeksrapport, bijlage 1: *Gespreksverslag [A]*, p. 6

²¹ Zie onderzoeksrapport, randnummer 56.

²² Zie onderzoeksrapport, bijlage 3: *gespreksverslag [B]*, p. 18 en onderzoeksrapport, bijlage 2: *gespreksverslag [C]*, p 3.

Besluit Openbaar

21. Daisycon beheert een affiliate netwerk. Het affiliate netwerk bestaat uit een systeem²³, waarin een database is opgebouwd met alle adverteerders, affiliate programma's, promotiemateriaal, publishers, gegenereerde leads en transacties (hierna: het systeem). Daisycon omschrijft dit systeem zelf als een marktplaats, waar zij adverteerders en publishers met elkaar in contact brengt.²⁴ Schematisch is het affiliate netwerk als volgt opgebouwd.



22. Een adverteerder stelt haar promotiemateriaal (bijvoorbeeld advertentiebanneren of e-mailtemplates²⁵) via het affiliate netwerk ter beschikking aan de publishers. De publishers verwerken dit promotiemateriaal vervolgens op verschillende wijzen. Dit kan bijvoorbeeld met een banner op een website of via een e-mailbericht. Tezamen vormen deze verschillende promotiemiddelen de publicatiemiddelen die een bepaalde publisher verspreidt. Het is afhankelijk van de publisher of hij meerdere publicatiemiddelen gebruikt voor de verspreiding van het promotiemateriaal. In deze publicatiemiddelen is een link verwerkt die de ontvangers van de e-mailberichten of websitebezoekers doorstuurt naar de website van de adverteerder.²⁶
23. Er zijn [VERTROUWELIJK] adverteerders aangesloten bij het netwerk van Daisycon.²⁷ Deze adverteerders worden geworven door een sales-team van Daisycon, dat actief op zoek gaat naar nieuwe adverteerders en de (nieuwe) producten en diensten van Daisycon promoot.²⁸ De adverteerders zijn ingedeeld in verschillende categorieën, die door Daisycon channels worden genoemd.
24. Adverteerders kunnen zelf banners, e-mailtemplates en andere advertentie- of promotiematerialen aanleveren. Daarnaast kunnen ze Daisycon inschakelen om deze te

²³ Op 6 maart 2012 is een forensische kopie gemaakt van een deel van de database achter dit systeem met de naam SVO20. De DVD met dit bestand is bij brieven van 15 mei 2013 met kenmerk: ACM/DC/2013/201283, ACM/DC/2013/201281 en ACM/DC/2013/201282 aan Daisycon en haar gemachtigden toegezonden.

²⁴ Zie verslag hoorzitting, p. 11.

²⁵ Dit is de blauwdruk voor de advertentie, welke de publishers kunnen opnemen in hun nieuwsbrief.

²⁶ Een publisher kan iemand met een website zijn, maar ook iemand die een e-mailbestand beheert, of iemand die aan keywordmarketing doet. Veelgebruikte begrippen die allemaal onder het begrip 'publisher' vallen zijn dan ook: affiliate, webmaster, website, mailpartij, bestandseigenaar, keywordmarketeer.

²⁷ In de database zijn de unieke "advertiser_id's" geteld.

²⁸ Zie onderzoeksrapport, bijlage 3: *Gespreksverslag [B]*, p.9 en onderzoeksrapport, bijlage 1: *Gespreksverslag [A]*, p. 15.

Besluit Openbaar

ontwerpen of bewerken. In het systeem van Daisycon staan [VERTROUWELIJK] verschillende advertenties, waarvan [VERTROUWELIJK] zijn ontworpen voor e-mailtemplates.²⁹ De advertentiematerialen worden door Daisycon in het systeem gezet met een beschrijving van de wijze waarop het advertentiemateriaal gepromoot mag worden en de vergoedingen die de publishers daarmee kunnen verdienen. Dit is het affiliate programma van de adverteerder. De publishers kunnen via hun account inloggen op het systeem en affiliate programma's uitzoeken die zij kunnen en willen promoten. In het systeem zijn [VERTROUWELIJK] affiliate programma's opgenomen, hiervan zijn er [VERTROUWELIJK] in het Nederlands opgesteld.³⁰

25. Via het affiliate netwerk van Daisycon kunnen adverteerders in contact worden gebracht met de [VERTROUWELIJK] publishers die bij Daisycon staan ingeschreven.³¹ Iedere publisher dient een of meer publicatiemiddelen³² aan te maken die hij kan inzetten voor het promoten van advertentiemateriaal van adverteerders, de zogenaamde affiliate programma's. Voorbeelden van publicatiemiddelen zijn een website waar advertenties op geplaatst kunnen worden, een e-mailadressenbestand waaraan e-mailberichten met advertenties verzonden kunnen worden of een zoekterm van een keywordmarketeer die aan een adverteerder gekoppeld kan worden. In totaal hebben in het systeem van Daisycon [VERTROUWELIJK] publishers daadwerkelijk één of meerdere publicatiemiddelen aangemaakt, waarvan [VERTROUWELIJK] publishers Nederlandse publicatiemiddelen hebben aangemaakt.³³
26. Net als de adverteerders worden publishers door Daisycon ingedeeld in categorieën. Een aantal publishers is echter in meerdere categorieën actief. Dit zijn publishers die niet specifiek in één branche of categorie werkzaam zijn maar affiliate programma's uit alle categorieën promoten.
27. Publishers kunnen zich aanbieden via het netwerk van Daisycon aan adverteerders om een reclame-uiting te promoten. Als het publicatiemiddel van een publisher eenmaal door Daisycon en de adverteerder is goedgekeurd voor een programma kan hij het promotiemateriaal uit het systeem halen en hiermee campagnes opstarten totdat het affiliate programma sluit.³⁴ In het advertentiemateriaal, dat de adverteerders aanboden aan het netwerk van Daisycon, was een speciale URL verwerkt, de ds1-link.³⁵ Via deze link kon Daisycon bijhouden hoeveel transacties er voortvloeiden uit een campagne van een bepaalde publisher voor een adverteerder, zodat Daisycon wist hoeveel zij de adverteerder in rekening kon brengen en hoeveel zij moest betalen aan de publisher. Als er uit een doorverwijzing naar de adverteerder namelijk een verkoop of lead³⁶ volgde, ontving de publisher via Daisycon hiervoor een vergoeding van de adverteerder.
28. Een aantal van de e-mailpublishers bij Daisycon is een cashbackpartij. Dit houdt in dat zij de ontvangers van hun e-mailberichten (vaak "leden" genoemd) belonen indien de ontvanger via

²⁹ Dit zijn de "ad_id's" waarbij de "adsize '12' is, hetgeen voor 'e-template' staat.

³⁰ Unieke "program_id's" waarbij de "default_country_id" = '121' (Nederland).

³¹ In de database heeft de rapporteur de unieke publisher_id's geteld.

³² Door Daisycon worden deze publicatiemiddelen "media" genoemd.

³³ Dit betreft een selectie uit de database van unieke publisher_id's waarbij een of meerdere media_id's als "country_id" "121" hadden.

³⁴ Zie onderzoeksrapport, bijlage 4: *Gespreksverslag [VERTROUWELIJK]*, p. 15: *Dan kun je die promoten op je website. Daar hebben we banners voor beschikbaar in diverse formaten. Als er e-mail marketing is toegestaan, hebben we ook een template daarvoor staan. Op die manier kun je een linkje uit ons systeem halen. Dat linkje gebruik je of in je e-mail of op je website.*

³⁵ Zie onderzoeksrapport, randnummer 67 en 216.

³⁶ Leads zijn verworven contactgegevens van abonnees die mogelijk geïnteresseerd zouden kunnen zijn in producten of diensten van adverteerders.

Besluit Openbaar

een link van de cashbackpartij een aankoop doet bij de betreffende adverteerder. Zo'n beloning kan bestaan uit geld of spaarpunten.

29. Daisycon was naast de rol van beheerder en exploitant van haar affiliate netwerk binnen de online marketing tevens zelf werkzaam in de rol van zowel adverteerder als publisher. In het onderzoeksrapport zijn bij de invulling en uitvoering van deze drie rollen gedragingen geconstateerd die tot overtredingen van het spamverbod leiden. Deze overtredingen worden per rol apart besproken en beoordeeld in het onderhavige besluit.

5 Zienswijze Daisycon

30. Kort en zakelijk weergegeven brengt Daisycon de volgende punten in haar zienswijze naar voren.
31. Allereerst is Daisycon van mening, dat de uitleg die de rapporteur geeft aan een aantal begrippen niet voortvloeit uit de wetsgeschiedenis of de jurisprudentie. Zo zou de rapporteur een geheel nieuwe uitleg geven aan de begrippen "nieuwsbrief", "degene namens wie communicatie wordt overgebracht" en "toestemming". Daisycon is van mening dat het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het gelijkheidsbeginsel zich verzetten tegen het koppelen van een punitieve sanctie aan een onzekere normstelling.
32. Ook benadrukt Daisycon dat de berichten die haar publishers versturen niet via het netwerk van Daisycon worden verzonden. Het zijn de publishers die de verzending verzorgen en hiervoor de adressen verzamelen. Er is volgens Daisycon dan ook geen sprake van enig gezag of beschikkingsmacht van haar over de publishers. Derhalve zou Daisycon niet zijn aan te merken als de verzender. Zij is dan ook geen normadressaat en zou dus ook niet als overtreder aan te merken zijn.
33. Verder is er volgens Daisycon sprake van gevraagde communicatie bij een groot deel van de geconstateerde overtredingen. Hierbij wijst Daisycon op de cashback partijen die e-mails versturen aan leden. Als voorbeeld heeft Daisycon de facturen van een van de cashback partijen toegevoegd, waaruit zou blijken dat het overgrote deel van de verzonden berichten aan leden is verzonden. Nu de rapporteur niet heeft onderzocht welk percentage van de berichten van cashbackpartijen gevraagde communicatie was, zou het onderzoek onzorgvuldig zijn.
34. Nu de rapporteur de gedragingen van Daisycon zou hebben getoetst aan een te strenge uitleg van het begrip "toestemming", zie randnummer 31, die tevens niet voort zou vloeien uit de wetsgeschiedenis of de huidige jurisprudentie, zou haar ook niet te verwijten zijn dat de toestemmingsvraag die zij stelde strijdig was met artikel 11.7, eerste lid, Tw.
35. Daisycon is van mening dat haar handelwijze geheel conform artikel 11.7 Tw was. Hetgeen met zich meebrengt dat ook de bestuurders [A] en [B] geen overtredingen van het spamverbod hebben begaan of dat zij hier feitelijk leiding aan hebben gegeven. Hierbij wijst Daisycon erop dat zij juist haar handelwijze heeft aangepast naar aanleiding van door OPTA gepubliceerde besluiten. Zo heeft zij de verzending van de nieuwsbrieven en de enquêtes gestaakt.
36. Tot slot benoemt Daisycon een aantal specifieke punten die onjuist in het rapport zouden zijn weergegeven.

Besluit Openbaar

6 Juridisch Kader

6.1 Ten aanzien van de overtreding

37. Artikel 1, aanhef en onder p, Tw luidt, voor zover relevant:
“In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder abonnee: natuurlijk persoon of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten.”
38. Artikel 11.1, aanhef en onder g, Tw luidt:
“In dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder toestemming van een gebruiker of abonnee: toestemming van een betrokkene als bedoeld in artikel 1, onder i, van de Wet bescherming persoonsgegevens, met dien verstande dat de toestemming mede betrekking kan hebben op gegevens van abonnees die geen natuurlijke personen zijn.”
39. Artikel 11.1, aanhef en onder i, Tw luidt:
“In dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder elektronisch bericht: tekst-, spraak, geluids- of beeldbericht dat over een openbaar elektronisch communicatienetwerk wordt verzonden en in het netwerk of in de randapparatuur van de ontvanger kan worden opgeslagen tot het door de ontvanger wordt opgehaald.”
40. Het zogenoemde spamverbod is opgenomen in artikel 11.7 Tw. Artikel 11.7, eerste lid, Tw luidt,³⁷ voor zover relevant:
“Het gebruik van automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden aan abonnees is uitsluitend toegestaan, mits de verzender kan aantonen dat de desbetreffende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend, onverminderd hetgeen bepaald is in het tweede en derde lid.”
41. Artikel 11.7, derde lid, Tw luidt:
“Een ieder die elektronische contactgegevens voor elektronische berichten heeft verkregen in het kader van de verkoop van zijn product of dienst mag deze gegevens gebruiken voor het overbrengen van communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden met betrekking tot eigen gelijksoortige producten of diensten, mits bij de verkrijging van de contactgegevens aan de klant duidelijk en uitdrukkelijk de gelegenheid is geboden om kosteloos en op gemakkelijke wijze verzet aan te tekenen tegen het gebruik van die elektronische contactgegevens, en, indien de klant hiervan geen gebruik heeft gemaakt, hem bij elke overgebrachte communicatie de mogelijkheid wordt geboden om onder dezelfde voorwaarden verzet aan te tekenen tegen het verder gebruik van zijn elektronische contactgegevens. Artikel 41, tweede lid, van de Wetbescherming persoonsgegevens is van overeenkomstige toepassing.”
42. Artikel 11.7, vierde lid, Tw luidt,³⁸ voor zover relevant:
“Bij het gebruik van elektronische berichten voor de in het eerste lid genoemde doeleinden dienen te allen tijde de volgende gegevens te worden vermeld:
a. de werkelijke identiteit van degene namens wie de communicatie wordt overgebracht, en
b. een geldig postadres of nummer waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging kan richten.”

³⁷ Ten tijde van de onderzoeksperiode, 1 oktober 2009 tot en met 6 maart 2012.

³⁸ Ten tijde van de onderzoeksperiode, 1 oktober 2009 tot en met 6 maart 2012.

Besluit Openbaar

43. Artikel 1, aanhef en onder i, Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp) luidt:
“In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder toestemming van de betrokkene: elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat hem betreffende persoonsgegevens worden verwerkt.”
44. Artikel 41, tweede lid, Wbp luidt:
“In geval van verzet treft de verantwoordelijke de maatregelen om deze vorm van verwerking terstond te beëindigen. De verantwoordelijke doet aan de betrokkene desgevraagd binnen vier weken opgave van de genomen maatregelen. Indien de kennisgeving niet binnen vier weken kan worden gedaan, deelt de verantwoordelijke uiterlijk vier weken na de datum van ontvangst van het verzoek mede binnen welke termijn de kennisgeving wel kan worden gedaan.”

6.2 Ten aanzien van de overtreder

45. Artikel 5:1, tweede lid, Awb luidt:
“Onder overtreder wordt verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt.”
46. Artikel 5:1, derde lid, Awb luidt:
“Overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing.”
47. Artikel 51 Wetboek van Strafrecht luidt:
*“1. Strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen.
2. Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolging worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:
1°. tegen die rechtspersoon, dan wel
2°. tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel
3°. tegen de onder 1° en 2° genoemden te samen.
3. Voor de toepassing van de vorige leden wordt met de rechtspersoon gelijkgesteld: de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.”*

6.3 Ten aanzien van de bevoegdheid

48. Artikel 15.1, derde lid, Tw luidt:
“Met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens andere bepalingen van deze wet dan bedoeld in het eerste en tweede lid [...] zijn belast de bij besluit van de Autoriteit Consument en markt aangewezen ambtenaren.”³⁹
49. Artikel 15.4, vierde lid, Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:
“De Autoriteit Consument en Markt kan een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 450 000 ter zake van overtreding van de bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde regels, niet zijnde regels bedoeld in het tweede lid, alsmede van artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht.”

7 Bevoegdheid ACM, gebruik van de bevoegdheid

50. Op 1 april 2013 is de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt in werking getreden.⁴⁰ Vanaf die datum is ACM de rechtsopvolger van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: NMa),

³⁹ Zie ook het Besluit van het college van 16 april 2009, *Stcrt.* 2009, nr. 72, p. 7.

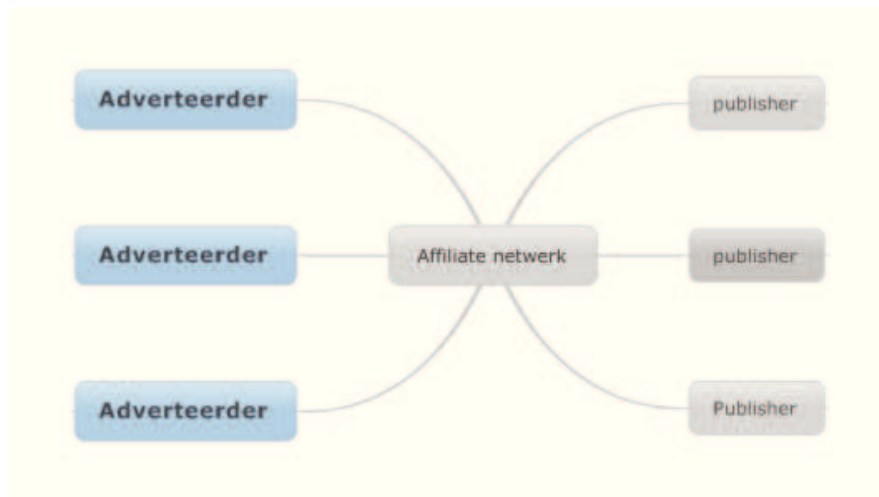
Besluit Openbaar

OPTA en de Consumentenautoriteit (hierna: CA). Sedertdien oefent ACM de bevoegdheden uit van deze drie rechtsvoorgangers. Derhalve is ACM bevoegd het onderhavige besluit te nemen.

51. Ingevolge artikel 15.1, derde lid, Tw is ACM belast met het toezicht op de naleving van artikel 11.7 Tw. Op grond van artikel 15.4, vierde lid, Tw is ACM bevoegd een boete van ten hoogste € 450.000 per overtreding op te leggen in het geval van overtreding van de in artikel 15.1, derde lid, van de Tw bedoelde regels, zoals de verplichtingen uit artikel 11.7 Tw.

8 Daisycon in de rol van adverteerder

52. In dit hoofdstuk zullen in het licht van artikel 11.7 Tw de e-mailberichten worden besproken waar ACM klachten over heeft ontvangen via Spamklacht en waarin geadverteerd wordt voor de Enquête-producten (hierna ook: enquêtes) van Daisycon.



53. In het navolgende zal ACM tevens beoordelen of deze berichten één of meerdere overtredingen van het spamverbod vormen en wat de betrokkenheid van Daisycon en haar bestuurders daarbij is.

8.1 Overtreding artikel 11.7, eerste lid, Tw

54. Op grond van artikel 11.7, eerste lid, Tw (het spamverbod) is het gebruik van elektronische berichten voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële doeleinden aan abonnees uitsluitend toegestaan, mits de verzender kan aantonen dat de desbetreffende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend. In het navolgende worden de in het onderzoeksrapport geconstateerde feiten en gedragingen achtereenvolgens besproken en getoetst aan elk van de onderdelen van artikel 11.7, eerste lid, Tw om vast te stellen of er sprake is van overtreding(en) van het spamverbod.
55. Ten eerste worden de verzonden berichten en de verzender besproken. Vervolgens wordt besproken of de berichten elektronische berichten zijn die ongevraagd en met commerciële, ideële of charitatieve doeleinden verzonden zijn aan abonnees. Ten slotte zal besproken

Besluit Openbaar

worden of deze ongevraagde communicatie is verzonden met de wettelijk vereiste voorafgaande toestemming van de ontvangende abonnees.⁴¹

8.1.1 Verzonden berichten

56. Uit analyse van via Spamklacht verkregen klachten⁴² blijkt dat berichten zijn verzonden waarin geadverteerd wordt voor verschillende enquêtes van Daisycon, zoals de Nationale Consumenten Enquête, de Nationale Voordeel Enquête en Gemeentelijk Onderzoek.⁴³ Uit de spamklachten die ACM ontving blijkt tevens dat meerdere e-mailpartijen e-mailberichten stuurden waarin geadverteerd werd voor de enquêtes van Daisycon. De klachten over e-mailberichten waarin geadverteerd wordt voor de enquêtes van Daisycon vormden mede de aanleiding tot het onderzoek.⁴⁴
57. Daisycon is in de rol van adverteerder betrokken bij de e-mailberichten waarover ACM klachten heeft ontvangen. De e-mailberichten bevatten advertenties voor de enquêtes van Daisycon. De e-mailberichten zijn verstuurd in de onderzoeksperiode oktober 2009 tot en met januari 2011. De domeinen van de websites van de enquêtes waarnaar in de e-mailberichten verwezen wordt, zijn geregistreerd op naam van Daisycon.
58. Via de enquêtes wierf Daisycon persoonlijke (contact)gegevens van consumenten voor e-mailadressenbestanden van adverteerders en publishers⁴⁵, de zogenoemde 'leads'. Deze adverteerders en publishers hebben een aanzienlijk deel van hun e-mailadressenbestanden geworven via deze enquêtes⁴⁶. Daarnaast zetten deze adverteerders en publishers hun e-mailadressenbestanden in om weer te adverteren voor de enquêtes van Daisycon.
59. De e-mailberichten voor de enquêtes van Daisycon roepen de ontvanger op via een link naar de website van de betreffende enquête te gaan en de enquête in te vullen. Hieronder is een voorbeeld opgenomen van de inhoud van een e-mailbericht voor de Nationale Consumenten Enquête⁴⁷. Als de ontvanger op de knop "start enquête" in de e-mail klikte, werd hij doorverwezen naar de website waar de enquête te vinden was:

12/80

⁴¹ Zie onderzoeksrapport, randnummer 72.

⁴² Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 1 - *Export Spamklacht 08.0246.29*, tabblad "Adverteerder" voor een overzicht van alle klachten.

⁴³ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD hoofdstuk 4: 23 – *Verzonden Berichten*. In de tekst-versies zijn de passages die relevant zijn voor de rol van Adverteerder groen gemarkeerd.

⁴⁴ Zie onderzoeksrapport, randnummers 46 en 47 en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 1 - *Export Spamklacht 08.0246.29*, tabblad "Adverteerder" voor een overzicht van alle klachten.

⁴⁵ Waaronder Daisycon zelf in haar rol van publisher en adverteerder.

⁴⁶ Zie onderzoeksrapport, randnummers 41 en 42 en Boetebesluit Digital Magazines en Mail Garage van 5 oktober 2011 (kenmerk OPTA/ACNB/2011/200904) te raadplegen op <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/10215/OPTA-legt-660000-euro-aan-boetes-op-in-grote-spamzaak/>.

⁴⁷ Zie onderzoeksrapport, randnummer 76 en onderzoeksrapport, Aangetroffen op SVO09. Zie voor andere voorbeelden onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 5: 64 - *www.nationaleconsumentenenquête.nl - Screens NCE april 2010/nce1*.

Besluit Openbaar

Nationale Consumenten Enquête

Uitnodiging
De Nationale Consumenten Enquête heeft voor u de beste aanbiedingen op een rijtje gezet, speciaal aansluitend op uw profiel. Door mee te doen aan deze enquête ontvangt u informatie van producten en diensten die u interesseren.

Start enquête

Onder de deelnemers wordt een **reischeque t.w.v. €1.000,-** verloot! Daarnaast ontvangt u bij deelname gegarandeerd een **kortingscode t.w.v. € 3,50** voor een tijdschriftabonnement naar keuze.

Met vriendelijke groet,
Nationale Consumenten Enquête



13/80

60. Uit de privacy statements op de websites van deze enquêtes volgt dat meerdere e-mailpartijen op deze wijze hun adressen wierven. Dat blijkt uit onderstaand voorbeeld van een tekst bij een hokje dat de websitebezoeker dient aan te vinken om toegang te krijgen tot de enquête nadat hij zijn contactgegevens heeft ingevuld.⁴⁸

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

⁴⁸ Het hokje was in de praktijk niet vooraf aangevinkt. Zie voor de hele pagina met alle bijbehorende tekst het onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 5: 64 - www.nationaleconsumentenenquête.nl - Screens NCE april 2010/nce3. Zie tevens onderzoeksrapport bijlage 28: *Reactie op Feitencomplex*, randnummer 5.8. Zie ook onderzoeksrapport, randnummer 161.

Besluit Openbaar

61. En vervolgens verwijzen de woorden “privacy statement”, “voorwaarden” en “adverteerders” in dit voorbeeld alle naar dezelfde pagina op de website met het onderstaande privacy statement.⁴⁹

Nationale Consumenten Enquête

Prijzenpakket Voorwaarden **Uw privacy** Meest gestelde vragen Onderzoeksresultaten Start enquête

Uw privacy

De Nationale Consumenten Enquête gaat zorgvuldig om met uw gegevens. De door u ingevulde gegevens worden vastgelegd in een bestand van Daisycon BV. Dit bestand is aangemeld bij het College Bescherming Persoonsgegevens (CBP) te 's Gravenhage onder nummer 1336918.

Periodiek zullen we u vragen uw gegevens te actualiseren en/of aan te vullen. Uw nieuwe of reeds door ons in het verleden verzamelde gegevens kunnen, na analyse, door zorgvuldig geselecteerde bedrijven worden gebruikt om u per post, telefoon, sms of e-mail op de hoogte te houden van aantrekkelijke aanbiedingen, gratis productinformatie, nieuws en dergelijke. Om dit zoveel mogelijk op uw interesses af te stemmen, kunnen we uw gegevens (laten) analyseren en combineren met gegevens van onze opdrachtgevers. Daarnaast worden uw gegevens niet identificeerbaar verwerkt in marktonderzoeksrapporten. Hierbij handelen we volgens de wet en regelgeving op het gebied van de bescherming persoonsgegevens.

Deze geselecteerde bedrijven bestaan uit:
Nationale Enquêtes, 123aanbieding.nl

en mogelijk andere derden die zich jegens de bestandseigenaar of haar tussenpersonen verplichten zich te houden aan de relevante privacyregelgeving. De bestandseigenaar kan de verstrekte gegevens gebruiken om, na analyse, je reclame te sturen van haarzelf of om dat via een externe opdrachtnemer te laten doen. De bestandseigenaar kan de verstrekte gegevens tevens gebruiken om de gewonnen prijs uit te keren.

14/80

62. De klachten over de enquêtes van Daisycon zien zowel op het ontvangen van spam als op het tevergeefs afmelden voor deze e-mailberichten.
63. Op basis van het voorgaande concludeert ACM dat e-mailberichten zijn verzonden waarin geadverteerd werd voor de enquêtes van Daisycon.⁵⁰ Dit wordt door partijen niet betwist.

8.1.2 Verzender

64. Artikel 11.7 eerste lid, Tw richt zich tot de verzender, die als overtreder van het spamverbod moet worden aangemerkt. ACM merkt in dit verband op dat volgens de wetgever het begrip “verzender” niet alleen degene die op de verzendknop drukt (de feitelijk verzender), maar ook “degene waarvan het bericht afkomstig is” (de materiële verzender) omvat.

⁴⁹ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD hoofdstuk 5: 64 - www.nationaleconsumentenenquete.nl - Screens NCE april 2010. Zie ook onderzoeksrapport, randnummer 162.

⁵⁰ Zie onderzoeksrapport, randnummers 75 - 78.

Besluit Openbaar

“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 verzenden 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. Hiermee wordt de gewenste effectieve handhaving van regels mogelijk gemaakt. Het reeds geldende verbod op het verzenden van ongevraagde communicatie aan natuurlijke personen wordt sinds de invoering ervan op dezelfde wijze toegepast.”⁵¹

65. Daisycon ontwikkelde en beheerde een aantal online enquêtes en prijsvragen via welke adverteerders (en publishers) nieuwe leads en adressen konden werven.⁵² De e-mailberichten voor deze enquêtes werden deels verzonden naar het eigen e-mailadressenbestand van Daisycon en deels door gebruikmaking van de (e-mailadressenbestanden van) publishers in het affiliate netwerk van Daisycon.⁵³ Daisycon benaderde ook zelf actief verschillende marktpartijen om e-mailberichten te verzenden voor de enquêtes van Daisycon.⁵⁴
66. Op basis van het voorgaande stelt ACM vast dat Daisycon zelf e-mailberichten voor haar enquêtes heeft verzonden en door deze gedraging is aan te merken als de daadwerkelijk of feitelijk verzender.
67. ACM stelt daarnaast vast dat Daisycon, gelet op haar rol als opdrachtgever voor de verzending van e-mailberichten waarin geadvertiseerd werd voor de enquêtes, tevens is aan te merken als materieel verzender van de e-mailberichten die uiteindelijk door derden zijn verzonden.
68. Uit vorenstaande concludeert ACM dat Daisycon in haar rol van adverteerder, is aan te merken als (materieel en feitelijk) verzender in de zin van art 11.7 Tw. Dit wordt niet door partijen betwist.

8.1.3 Elektronische berichten

69. Gelet op artikel 11.7, eerste lid, Tw moet er voor de toepasselijkheid van het spamverbod sprake zijn van een elektronisch bericht in de zin van artikel 11.1, aanhef en onderdeel i, Tw.
70. Een elektronisch bericht is volgens artikel 11.1, aanhef en onder i, Tw een tekst-, spraak, geluids- of beeldbericht dat over een openbaar elektronisch communicatienetwerk wordt verzonden en in het netwerk of in de randapparatuur van de ontvanger kan worden opgeslagen tot het door de ontvanger wordt opgehaald.
71. E-mailberichten zijn elektronische berichten voor het overbrengen van communicatie, omdat het tekstberichten betreft die over een openbaar elektronisch communicatienetwerk worden verzonden en in het netwerk of in de randapparatuur van de ontvanger kunnen worden

⁵¹ De wet gaat uit van een breed begrip verzender dat zowel de materiële verzender (de opdrachtgever) als de daadwerkelijke verzender omvat. Zie *Kamerstukken II* 2005/2006, 30661, nr. 3, p. 11.

⁵² Zoals blijkt uit documentatie over de Enquête-concepten van Daisycon. Zie onderzoeksrapport randnummer 31.

⁵³ Zoals blijkt uit een document met de titel *“Documentatie Nationale Enquêtes”* dat is aangetroffen op de veiliggestelde bestanden. Zie onderzoeksrapport, randnummer 315.

⁵⁴ Zie onderzoeksrapport, randnummer 316, voor enkele voorbeelden waarin Daisycon e-mailpartijen vraagt e-mailcampagnes voor de enquêtes te verzenden.

Besluit Openbaar

opgeslagen tot het door de ontvanger wordt opgehaald. Daarmee voldoen zij naar het oordeel van ACM aan de begripsomschrijving uit artikel 11.1, aanhef en onderdeel i, Tw.

72. De in het onderhavige besluit besproken e-mailberichten zijn derhalve elektronische berichten in de zin van artikel 11.7, eerste tot en met vierde lid, Tw. Dit wordt door partijen niet betwist.⁵⁵

8.1.4 Ongevraagde communicatie

73. De regels van artikel 11.7 Tw zien op ongevraagde communicatie. Voor het beantwoorden van de vraag of sprake is van ongevraagde communicatie is volgens ACM niet van belang op welke wijze de contactgegevens van de abonnee zijn vergaard. Ook indien een abonnee, bijvoorbeeld door het invullen van een enquête of het meedoen aan prijsvraag⁵⁶, ingestemd heeft met het gebruik van zijn contactgegevens via algemene voorwaarden, privacy statement of anderszins, is er nog steeds sprake van ongevraagde communicatie. Hij heeft in dat geval immers niet daadwerkelijk en met zo veel woorden verzocht om de (elektronische) communicatie, maar slechts in algemene zin ingestemd met het gebruik van zijn contactgegevens.

74. Er is pas sprake van gevraagde elektronische communicatie indien die abonnee daadwerkelijk en met zo veel woorden verzocht om communicatie. Ten eerste betekent dit dat de abonnee zélf en op eigen initiatief voor iedere afzonderlijk e-mailbericht verzocht om gemaild te worden.⁵⁷ Dit verzoek kan bijvoorbeeld via een (web)formulier of antwoordkaart kenbaar worden gemaakt door de abonnee. Ten tweede betekent dit dat het verzoek van de abonnee voldoende duidelijk is, dus ten minste de naam van het bedrijf of de organisatie en het onderwerp van het e-mailbericht moet bevatten.⁵⁸

75. De berichten waarin geadverteerd werd voor de enquêtes van Daisycon werden verstuurd door of namens en op initiatief van de verzender Daisycon, niet op een gericht verzoek daartoe van de ontvangende abonnee. Ook indien de berichten waarin geadverteerd werd voor de enquêtes van Daisycon zijn verzonden naar aanleiding van het invullen van de (contact)gegevens van de abonnee bij een enquête of bij het meedoen aan prijsvraag dan wel het accepteren van algemene voorwaarden, privacy statement of anderszins blijft er nog steeds sprake van ongevraagde communicatie. De berichten waarin geadverteerd werd voor de enquêtes van Daisycon zijn derhalve ongevraagde communicatie. Dit wordt overigens niet door partijen betwist.

8.1.5 Commercieel doel van de berichten

76. Ongevraagde elektronische berichten die verzonden worden met commerciële, ideële of charitatieve doeleinden dienen te voldoen aan artikel 11.7, eerste tot en met vierde lid, Tw. In deze paragraaf wordt onderzocht en vastgesteld wat de doeleinden zijn van de verzonden e-mailberichten.

⁵⁵ Zie onderzoeksrapport, randnummer 79.

⁵⁶ Al dan niet via het internet.

⁵⁷ Zie hiervoor ook de volgende tussenuitspraak: Rb. R'dam 30 augustus 2012, zaaknummer AWB 11/4192. Te raadplegen via: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/11291/Tussenuitspraak-Oxxio/>

⁵⁸ Zie in dit verband ook de (waarschuwing)sbrieven van OPTA van 7 december 2009 (<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/9927/Waarschuwingen-voor-het-niet-melden-van-het-maximumtarief-december-2009/>) en (<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/9929/Brief-aan-leveranciers-van-belbestanden-over-telemarketingregels/>). Zie daarnaast ook de (waarschuwing)sbrief van OPTA van 26 maart 2009 (<https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/9785/OPTA-deelt-waarschuwing-uit-voor-overtreding-telemarketingregels/>).

Besluit Openbaar

77. In vorenstaande is vastgesteld dat ongevraagd elektronische-mailberichten zijn verzonden met links naar enquêtes die Daisycon als bedenker en eigenaar van de enquêtes beheerde. Het doel van deze berichten is ten eerste dat de ontvanger de link naar de betreffende enquête volgt en de enquête invult. De enquêtes hadden zelf weer als doel het genereren van leads⁵⁹ voor verschillende adverteerders. Deze leads betroffen persoonlijke (contact)gegevens van websitebezoekers die deelnamen aan de enquête en al dan niet aangaven geïnteresseerd te zijn in de producten of diensten van deelnemende adverteerders.⁶⁰
78. Eén van de activiteiten waarmee Daisycon bedrijfsmatig inkomsten verwierf, is Lead Generation.⁶¹ Lead Generation is het verzamelen en verkopen van persoonlijke (contact)gegevens (zoals e-mailadressen) van potentiële klanten voor adverteerders via het internet waarbij per geworven lead betaald wordt (Costs per Lead/CPL).
79. Het commerciële doeleinde was derhalve de (verkoop van) voor adverteerders geworven leads, dat wil zeggen de persoonlijke contactgegevens van mensen die (bepaalde vragen uit) de enquête invullen.⁶² Tevens beoogde Daisycon met deze activiteiten haar eigen e-mailadressenbestanden te vergroten en te verrijken, zoals 123aanbieding.nl.nl, en bestanden van derden (publishers)⁶³ waardoor andere commerciële activiteiten van Daisycon weer een groter bereik en hogere inkomsten konden krijgen.⁶⁴
80. ACM concludeert dat de besproken e-mailberichten dienen om deelnemers voor de enquêtes van Daisycon te werven. Het doel van deze enquêtes is het genereren van leads voor adverteerders en het verrijken en vergroten van de e-mailadressenbestanden van Daisycon en de e-mailadressenbestanden van de bij Daisycon aangesloten of door haar ingeschakelde derden (publishers). De doeleinden van deze e-mailberichten zijn daarmee commercieel. Het commerciële doel van de e-mailberichten wordt niet door partijen betwist.

8.1.6 Abonnees

81. In de vorige paragrafen is reeds vastgesteld dat de berichten die zijn besproken ongevraagde elektronische berichten betreffen met commerciële doeleinden. Deze berichten vallen dus onder de werking van het spamverbod indien de ontvanger abonnee is. In deze paragraaf zal ACM vaststellen wie de ontvangers van de berichten zijn en of dit abonnees zijn.
82. Gelet op artikel 1.1, aanhef en onderdeel p, Tw, is een abonnee een natuurlijke persoon of rechtspersoon⁶⁵ die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten. Het is derhalve voldoende wanneer vaststaat dat er een overeenkomst is met een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst, in dit geval een e-maildienst al dan niet in combinatie met een internettoegangsdienst.

⁵⁹ De persoonlijke (contact)gegevens van potentiële klanten voor adverteerders via het internet.

⁶⁰ Zoals onder andere blijkt uit een offerte voor een enquêtevraag aan een adverteerder. Zie onderzoeksrapport, randnummer 77.

⁶¹ Zie onderzoeksrapport, randnummers 55 en 56.

⁶² Dit blijkt onder andere uit enkele offertes van Daisycon voor adverteerders. Zie onderzoeksrapport, randnummer 81.

⁶³ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 5: 5 - SVO09 *Enquête contracten voor lead generation en co-registratie met publishers*.

⁶⁴ Zie onderzoeksrapport, randnummer 82.

⁶⁵ Sinds 1 oktober 2009 maakt de wetgever in verband met overtreding van het spamverbod geen onderscheid meer tussen rechtspersonen en natuurlijke personen als abonnee. Zie *Stb.* 2008, 525.

Besluit Openbaar

83. Abonnee van een e-maildienst wil in dit verband dus zeggen dat de abonnee van de dienst een overeenkomst heeft met een aanbieder van een e-maildienst (waaronder webmaildiensten zoals Gmail en Hotmail) al dan niet in combinatie met een internettoegangsdienst. In beide gevallen wordt, al dan niet tegen betaling, een overeenkomst gesloten tussen de afnemer van de dienst (die daarmee dus abonnee is in de zin van artikel 11.1, aanhef en onder p, Tw wordt) en de aanbieder van de dienst.
84. Ieder e-mailadres wordt derhalve altijd uitgegeven aan een abonnee van een e-maildienst. Aangezien bij ieder e-mailadres een abonnee hoort die een overeenkomst heeft met een dienstverlener die het gebruik van e-mailadressen aanbiedt, staat vast dat bij elk e-mailadres in ieder geval een abonnee betrokken is. Dat een bepaalde e-mail niet altijd door de abonnee zelf zal zijn ontvangen⁶⁶ of geopend, maar bijvoorbeeld door een andere gebruiker, doet daar niet aan af.⁶⁷ Het betreft immers steeds een e-mailadres dat bij het aangaan van de overeenkomst aan de abonnee ter beschikking is gesteld door de aanbieder en waarvoor alleen de abonnee toestemming kan geven voor de ontvangst van ongevraagde e-mailberichten voor in dit geval de enquêtes van Daisycon.⁶⁸
85. De e-mailberichten, waarin geadverteerd werd voor de enquêtes van Daisycon, werden onder andere verzonden naar Daisycons eigen e-mailadressenbestanden. Ze werden tevens verzonden via bemiddeling van Daisycon in haar affiliate netwerk (publishers). Ook werden door Daisycon e-mailcampagnes voor haar enquêtes naar e-mailadressenbestanden van derden verzonden door direct contact op te nemen met de betreffende marktpartij.⁶⁹
86. De specifieke e-mailcampagnes vanuit het affiliate programma van Daisycon voor haar enquêtes zijn verzonden naar ten minste [VERTROUWELIJK] verschillende e-mailadressenbestanden (publicatiemiddelen) van [VERTROUWELIJK] verschillende publishers. ACM stelt daarmee vast dat elektronische berichten met commerciële doeleinden ten behoeve van de enquêtes van Daisycon zijn verzonden naar abonnees waarvan de e-mailadressen waren opgenomen in onder meer de adressenbestanden van Daisycon en de hiervoor genoemde [VERTROUWELIJK] e-mailadressenbestanden.
87. Zoals hiervoor reeds betoogd zijn de ontvangers die in voornoemde e-mailadressenbestanden waren opgenomen natuurlijke personen of rechtspersonen die partij zijn bij een overeenkomst met een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst en derhalve abonnee, aangezien naar het oordeel van ACM bij elk e-mailadres in ieder geval een abonnee betrokken is.

⁶⁶ Zie hiervoor ook uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 11 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5003, r.o. 23.

⁶⁷ Met de aanpassing van de e-Privacyrichtlijn door de Richtlijn Burgerrechten op 25 november 2009 (Richtlijn 2009/136 EG) is 'of gebruikers' aan het eerste lid van het oude artikel 13 toegevoegd. Daarmee heeft ook de gebruiker een zelfbeschikkingsrecht gekregen om toestemming te geven voor de ontvangst van ongevraagde e-mailberichten. De verzender van e-mailberichten profiteert van de aanpassing, omdat hij nu niet meer in alle gevallen de toestemming van de abonnee hoeft aan te tonen, maar in voorkomende gevallen (ook) kan volstaan met de toestemming van de gebruiker. Onder de werking van het spamverbod zoals dat gold tot 5 juni 2012 was het voor de verzender, in casu Daisycon, bij het verkrijgen van voorafgaande toestemming van de abonnee overigens ook niet vast te stellen of het e-mailadres in gebruik is bij de abonnee of bij een andere gebruiker. Althans Daisycon heeft dat in casu niet gedaan. Daisycon heeft zich steeds op het standpunt gesteld toestemming van de abonnee te hebben verkregen voor het verzenden van de e-mailberichten voor haar Enquête-concepten.

⁶⁸ Zie uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 21 maart 2013, zaaknummers ROT 11/4910 en ROT 11/4987, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ515. ACM heeft tegen deze uitspraak hoger beroep ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb).

⁶⁹ Zoals onder meer blijkt uit e-mailwisseling waarin [A] [VERTROUWELIJK] vraagt of zij e-mailberichten voor de enquête concepten van Daisycon willen verzenden. Zie onderzoeksrapport, randnummer 88.

Besluit Openbaar

88. Daarnaast heeft ACM bij een aantal klagers⁷⁰ geverifieerd en vastgesteld dat zij abonnee zijn van het e-mailadres waaraan het ongevraagde e-mailbericht voor de enquêtes van Daisycon is verzonden, dan wel hun internettoegang en e-mailadres ontlenen aan een contract met een aanbieder van internetdiensten.⁷¹ De verklaringen van de klagers zijn gecontroleerd bij de door de klager genoemde aanbieder van internetdiensten.⁷²
89. Uit het voorgaande kan geen ander oordeel volgen dan dat de ontvangers van de ongevraagde e-mailberichten waarin geadverteerd werd voor de enquêtes van Daisycon een overeenkomst hebben met een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst voor de levering van dergelijke diensten en derhalve abonnee zijn. Hiermee staat voor ACM vast dat Daisycon ongevraagde e-mailberichten heeft verstuurd dan wel laten versturen naar abonnees in de zin van artikel 1.1, aanhef en onderdeel p, Tw.
90. ACM concludeert op basis van het voorgaande dat de ontvangers van de verzonden e-mailberichten waarin geadverteerd werd voor de enquêtes van Daisycon abonnee zijn in de zin van artikel 1, aanhef en onder p, Tw.

8.1.7 Voorafgaande toestemming

91. Uit het voorgaande volgt dat de e-mailberichten waarin geadverteerd werd voor de enquêtes van Daisycon ongevraagde, commerciële elektronische berichten zijn die zijn verzonden aan abonnees. Deze berichten vallen dus onder de werking van het spamverbod en de ontvanger dient de verzender(s) voorafgaande toestemming te geven voordat deze berichten verstuurd mogen worden. Artikel 11.7, eerste lid, Tw bepaalt immers dat een abonnee voorafgaande toestemming moet geven voor het ontvangen van ongevraagde elektronische berichten met een commercieel, ideëel of charitatief doeleinde en dat de verzender die toestemming moet kunnen aantonen. De bewijslast rust dus op de verzender.
92. Uit artikel 11.1, aanhef en onder g, Tw volgt dat onder toestemming wordt verstaan: toestemming van een gebruiker of abonnee: toestemming van een betrokkene als bedoeld in artikel 1, onder i, van de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp), met dien verstande dat de toestemming mede betrekking kan hebben op gegevens van abonnees die geen natuurlijke personen zijn.
93. Hieronder gaat ACM in op de uitleg van het begrip toestemming en het standpunt van Daisycon dat zij voorafgaande toestemming hebben verkregen voor het versturen van ongevraagde e-mailberichten voor de enquêtes van Daisycon.
94. Artikel 11.1, aanhef en onder g, Tw verwijst voor de uitleg van het begrip toestemming uit de Tw naar het begrip toestemming zoals bedoeld in artikel 1, onder i, Wbp. Dit laatste artikel noemt drie (cumulatieve) criteria waaraan de toestemming moet voldoen, namelijk “vrij”, “op informatie berustend” en “specifiek”.

⁷⁰ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 1 - *Export Spamklacht 08.0246.29, tabblad “Adverteerder” voor een overzicht van alle klachten.*

⁷¹ Zie onderzoeksrapport, bijlage 13: *Vraag medewerking onderzoek abonnees: klacht_80714 en klacht_80043.* Zie verder onderzoeksrapport, bijlage 21: *Verklaringen abonnees: Verklaringen 2012103605 en 2012103402.*

⁷² Zie onderzoeksrapport, bijlage 22: *Vorderingen aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten: 2012202725 en 2012202515.* Zie verder onderzoeksrapport, bijlage 23: *Antwoord vorderingen aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten: 2012103739 en 2012103606.*

Besluit Openbaar

20/80

95. Bij de totstandkoming van het spamverbod heeft de wetgever nadrukkelijk stilgestaan bij de toestemmingseisen:
- “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 zin van de Wbp (en van hoofdstuk 11 Tw).”⁷³*
96. Een en ander betekent dat de verzender, indien hij een abonnee ongevraagde e-mailberichten voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden wil sturen, hem vooraf nauwkeurig en duidelijk zal moeten (doen) informeren over de identiteit van de verzender, de aard en inhoud van de te verzenden e-mailberichten, alsmede, indien derden mede op basis van de verleende toestemming aan de abonnee e-mailberichten zullen versturen, de identiteit van deze derden en de aard en inhoud van de door hen te sturen e-mailberichten.
97. Aan de eisen van artikel 11.7, eerste lid, Tw is niet voldaan, indien een abonnee simpelweg een vakje “Akkoord” aanklikt na de open vraag “Geeft u toestemming voor de ontvangst van e-mails met aanbiedingen van dit bedrijf en (geselecteerde) partners?” Dat ligt ook in de rede: de abonnee kan op basis hiervan niet de identiteit van de geselecteerde partners bepalen noch de aard en inhoud van de door hen toe te sturen e-mailberichten.
98. De verzender moet kunnen aantonen dat de betreffende abonnee voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voorafgaand toestemming heeft verleend. Uit voornoemde volgt dat de verzender in ieder geval per ontvanger moet kunnen laten zien dat (i) de betreffende ontvanger toestemming heeft gegeven, (ii) wanneer hij toestemming heeft gegeven, (ii) aan wie de toestemming is gegeven, en (iv) waarvoor deze toestemming is gegeven. Daarbij zal hij uiteraard ook inzicht moeten verschaffen in (v) de wijze waarop de toestemming van de betreffende ontvanger is verkregen. Doet hij dat niet, dan kan immers niet worden vastgesteld, en dus ook niet bewezen, dat de beweerdelijk verkregen toestemming “de vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting” is als bedoeld in artikel 11.1, aanhef en onder g, Tw jo. artikel 1, onder i, Wbp.
99. Samenvattend concludeert ACM dat de ontvanger zijn toestemming (vorm vrij) kan geven op elke wijze die hem in staat stelt vrijelijk een specifieke en geïnformeerde indicatie omtrent zijn wensen te geven. De bewijslast ten aanzien van de verleende toestemming zoals gesteld in artikel 11.7, eerste lid, Tw is door de wetgever expliciet bij de verzender neergelegd, en niet bij

⁷³ Kamerstukken II 2002/2003, 28 851, nr. 3, p. 152-153.

Besluit Openbaar

de ontvanger of ACM.⁷⁴ In deze paragraaf zal verder besproken worden hoe de aangeschreven adressenbestanden geworven zijn zodat kan worden beschreven of er voorafgaande toestemming is gegeven zoals gesteld in artikel 11.7, eerste lid, Tw.

100. Daisycon verzamelde e-mailadressen voor haar eigen adressenbestand. Dit bestand gebruikte zij voor het verzenden van e-mailings voor de enquêtes van Daisycon.⁷⁵ In deze gevallen is Daisycon als adverteerder zowel materieel als feitelijk verzender. Daarnaast werden voor de enquêtes van Daisycon door derden (publishers) e-mailings verzonden naar hun eigen adressenbestanden. In deze gevallen is Daisycon als adverteerder/opdrachtgever de materieel verzender en zijn de publishers feitelijk verzender.⁷⁶
101. In beide gevallen dient Daisycon als verzender aan te kunnen aantonen dat de betreffende abonnee voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voorafgaand toestemming heeft verleend.⁷⁷
102. Door het werven van e-mailadressen met meerdere partijen tegelijk via één wilsuiting, in casu door middel van privacy statements of algemene voorwaarden, en het feit dat deze partijen allen e-mailberichten voor allerlei mogelijke derden (adverteerders) verzonden, was het voor de abonnee onmogelijk een specifieke en op informatie berustende wilsuiting te verwoorden.⁷⁸ Met gebruikmaking van dergelijke methoden werd namelijk toestemming voor het ontvangen van berichten met commerciële doeleinden van derden of “partners”. Deze derden waren in voorkomende gevallen gespecificeerd in de vraagstelling of via een verwijzing naar een andere pagina, zoals een privacy statement. Uit de vraagstelling kon de ontvanger dus niet opmaken wie die derden waren, laat staan wat de inhoud van de te verzenden berichten was. Van een rechtsgeldige toestemming in de zin van artikel 11.7 Tw kan dan ook geen sprake zijn.
103. Nu volgens de wetgever een verwijzing naar een bepaling in de algemene voorwaarden of privacy statement niet is aan te merken als een toestemming in de zin van artikel 11.7 Tw is Daisycon gevraagd aan te tonen of de abonnees op een andere, rechtsgeldige wijze voorafgaande toestemming hebben gegeven voor het ontvangen van de e-mailberichten voor de enquêtes van Daisycon.⁷⁹
104. Desgevraagd heeft Daisycon geen overzichten, documenten en/of gegevens aangeleverd die aantonen dat Daisycon voorafgaande toestemming heeft verkregen voor de verzending van de ongevraagde berichten waarin geadverteerd werd voor haar enquêtes. Wel geeft Daisycon aan dat de toestemming voor het toesturen van e-mails voor de enquêtes van Daisycon door derden

⁷⁴ Kamerstukken II 2002/2003, 28 851, nr. 15. Zie ook *Handelingen II 2003/2004*, p. 14-788: “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 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”.

⁷⁵ Deze specifieke e-mailcampagnes zijn verzonden naar [VERTROUWELIJK] verschillende e-mailadressenbestanden (publicatiemiddelen) van [VERTROUWELIJK] verschillende publishers die in de bijlagen zijn opgenomen. Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD hoofdstuk 8: 36 - SVO20 Nationale enquêtes. *Tabblad “Publishers en media”*.

⁷⁶ Zie randnummers 64 tot en met 68 van het onderhavige besluit. Zie ook onderzoeksrapport, randnummers 85 - 88.

⁷⁷ Kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 15 en *Handelingen II 2003/04*, 28 851, p. 14-788.

⁷⁸ Zie ook onderzoeksrapport, randnummers 110 - 113.

⁷⁹ 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 via het affiliate netwerk van Daisycon zijn verzonden ten behoeve van de enquête concepten van Daisycon, welke zijn opgenomen in: Onderzoeksrapport, digitale bijlagen DVD Hoofdstuk 8: - SVO20 Nationale enquêtes, onder tabblad “Kliks Enquêtes e-templates”. Zie ook onderzoeksrapport, randnummer 99 e.v. .

Besluit Openbaar

bij de betreffende publishers ligt.⁸⁰ Dit laatste strookt niet met bedoeling van de wetgever nu deze uitgaat een breed verzenderbegrip dat zowel de materiële verzender (de adverteerder/opdrachtgever) als de daadwerkelijke of feitelijke verzender (de publishers) omvat. Beide partijen zullen desgevraagd in staat moeten zijn aan te tonen dat de abonnee vooraf zijn toestemming heeft gegeven voor toezending van de ongevraagde e-mailberichten.⁸¹

105. Op grond van het voorgaande concludeert ACM dat Daisycon in haar rol van adverteerder geen voorafgaande toestemming van abonnees kan aantonen voor het ontvangen van de e-mailberichten voor de enquêtes van Daisycon.

8.1.8 Conclusie

106. In het voorgaande heeft ACM vastgesteld dat Daisycon in haar rol van adverteerder ongevraagde e-mailberichten met commerciële doeleinden aan abonnees heeft verzonden of laten verzenden. Tevens heeft ACM vastgesteld dat voor de verzending van de ongevraagde e-mailberichten waarin geadverteerd wordt voor de enquêtes van Daisycon geen voorafgaande toestemming van de abonnee is aangetoond.
107. ACM concludeert dan ook op basis van het voorgaande dat door de verzending van de e-mailberichten door of in opdracht van Daisycon waarin geadverteerd wordt voor haar enquêtes naar haar adressenbestanden en die van derden artikel 11.7, eerste lid, Tw meerdere malen is overtreden omdat door de verzender Daisycon geen voorafgaande toestemming van de abonnee is aangetoond.

8.2 Overtreding artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, Tw

108. In de vorige paragraaf is vastgesteld dat de e-mailberichten voor de enquêtes van Daisycon elektronische berichten betreffen met commerciële doeleinden die zonder voorafgaande toestemming zijn verzonden aan abonnees. Deze e-mailberichten vallen dus onder het spamverbod en dienen op grond van artikel 11.7, vierde lid, Tw voorzien te zijn van een functionerende afmeldmogelijkheid.⁸² In deze paragraaf zal ACM nagaan of kan worden vastgesteld of er sprake is van een overtreding van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud).⁸³ 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.”

109. Artikel 11.7, vierde lid, Tw heeft tot doel om zowel de consument als andere 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 dienen een ingeroepen verzet te respecteren. Immers, ontvangers kunnen zich alleen vrijwaren van ongevraagde communicatie indien verzenders dit ook daadwerkelijk respecteren. In dit kader is

⁸⁰ Zie onderzoeksrapport, bijlage 20: *Reactie vordering toestemming*.

⁸¹ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 661, nr. 3, p. 11.

⁸² CBB 2 juli 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN0534 en Rb. Rotterdam 11 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5003.

⁸³ Op 5 juni 2012 is artikel 11.7 van de Tw aangepast. Voor dit onderzoek geldt echter artikel 11.7 zoals dit was vanaf 1 oktober 2009 tot en met 6 maart 2012.

Besluit Openbaar

tevens in de jurisprudentie bevestigd dat de afmeldmogelijkheid daadwerkelijk dient te functioneren.⁸⁴

110. Onder *degene namens wie de communicatie wordt overgebracht* verstaat ACM de opdrachtgever/adverteerder (materiële verzender). De werkelijke identiteit van de adverteerder dient dus vermeld te worden. Tevens dient een geldig postadres of nummer waartoe een verzoek tot beëindiging van kan worden gericht te worden opgenomen. Hierbij wordt de verzender verantwoordelijk gehouden voor het vermelden van degene namens wie de communicatie wordt overgebracht en de aanwezigheid van een geldig postadres of nummer zodat de ontvanger kan achterhalen tot wie hij zich kan richten indien hij dergelijke berichten niet meer wenst te ontvangen.⁸⁵
111. Voorts is het van belang om te benadrukken dat het recht van verzet dat is opgenomen in artikel 11.7, derde en vierde lid, Tw een nadere uitwerking is van hetgeen in artikel 41, tweede lid, Wbp is bepaald. Dit volgt onder meer uit het feit dat artikel 11.7, derde lid, Tw expliciet verwijst naar artikel 41 Wbp en dit artikel van overeenkomstige toepassing verklaart. 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.”⁸⁶*
112. Deze passage ondersteunt de conclusie van ACM dat het (verwerken en respecteren van het) recht van verzet zich uitstrekt over de gehele keten van (gezamenlijk) verantwoordelijken voor de verzending van de elektronische berichten en het gebruik van de contactgegevens. Bovendien heeft de wetgever hier expliciet bepaald dat op de gehele keten de plicht rust om het ingeroepen recht van verzet te honoreren door het te verwerken en te respecteren. Het is dus niet afdoende om het verwerken en respecteren van het recht van verzet te beperken tot de laatste partij in de keten.
113. Daisycon heeft geen afmeldmogelijkheid geboden die leidde tot afmelding voor ontvangst van berichten voor de enquêtes van Daisycon. Die onmogelijkheid was het gevolg van het gebruik van meerdere adressenbestanden die door verschillende partijen werden beheerd voor het verzenden van ongevraagde berichten voor adverteerder/opdrachtgever Daisycon. In het beste geval leidde de geboden afmeldmogelijkheid in de praktijk weliswaar tot afmelding bij het betreffende adressenbestand maar niet tot afmelding bij de betreffende adverteerder/opdrachtgever Daisycon. Dit gegeven wordt hieronder nader besproken.

⁸⁴ Cbb 2 juli 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN0534 en Rb. Rotterdam 11 juli 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:5003.

⁸⁵ *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.”

⁸⁶ *Kamerstukken II* 1997/98, 25 892, nr. 3, p. 168.

Besluit Openbaar

114. Zoals hiervoor reeds is uiteengezet, is de verzender verantwoordelijk voor het vermelden van de werkelijke identiteit van de adverteerder in de verzonden berichten voor de enquêtes van Daisycon en de afmeldmogelijkheid die in elk geval (ook) leidt tot afmelding bij de adverteerder. De (materiële) verzender Daisycon in haar rol van adverteerder/opdrachtgever is hier aldus verantwoordelijk voor.
115. De berichten die Daisycon als adverteerder/opdrachtgever verzond en liet verzenden ten behoeve van haar enquêtes bevatten de naam van de betreffende enquête, een afmeldlink en een link naar de enquête waarvoor geadverteerd werd.⁸⁷ De afmeldlink leidde de ontvanger naar de website van de beheerder van het adressenbestand, de e-mailbestands houder of publisher, waar de ontvanger zich kon uitschrijven voor het betreffende e-mailadressenbestand en op die manier geen berichten meer ontving van de betreffende e-mailbestands houder/publisher.⁸⁸
116. De afmeldlink meldde de ontvanger echter niet af voor verdere berichten van de adverteerder, in dit geval de enquêtes van Daisycon, die naar andere e-mailadressenbestanden verzonden werden. Indien het e-mailadres van de ontvanger in meerdere adressenbestanden⁸⁹ aanwezig was –en dat was eerdere regel dan uitzondering- zou hij dus, ondanks zijn afmelding, wederom een bericht ten behoeve van de enquêtes van Daisycon kunnen ontvangen.
117. Dat in de verschillende adressenbestanden waarnaar de e-mailberichten waarin geadverteerd werd voor de enquêtes van Daisycon zijn verzonden zich daadwerkelijk dezelfde e-mailadressen bevinden die via dezelfde wilsuiting geworven zijn, blijkt bijvoorbeeld uit de privacy statement van één van de enquêtes.⁹⁰ De daarin genoemde partijen hebben dezelfde e-mailadressen geworven via de betreffende enquête. Dezelfde e-mailpartijen hebben tevens dezelfde advertenties voor het affiliate programma van de enquêtes van Daisycon verzonden.⁹¹ Dit betekent dat een abonnee die een enquête van Daisycon heeft ingevuld zich meerdere malen zou moeten afmelden om niet steeds e-mailberichten met dezelfde advertentie voor de enquêtes van Daisycon te hoeven ontvangen.
118. Ontvangers hebben derhalve, ondanks eventuele afmeldingen, hetzelfde e-mailbericht met dezelfde advertentie voor dezelfde enquête meerdere malen ontvangen via verschillende adressenbestanden van diverse publishers, daar de afmeldlink niet leidde tot afmelding voor e-mailberichten van de adverteerder, ofwel *degene namens wie de communicatie wordt overgebracht*, zijnde de enquêtes van Daisycon. De afmeldlink, voor zover werkend, was immers beperkt tot afmelding voor e-mailberichten verzonden naar het desbetreffende e-mailadressenbestand van de desbetreffende publisher.

⁸⁷ Of er adresgegevens of andere contactinformatie van Nationale Enquêtes en/of Daisycon in de berichten worden weergegeven is voor ACM niet te herleiden daar de advertenties die in de berichten werden weergegeven niet meer online staan. Zie randnummer 110 van het onderzoeksrapport.

⁸⁸ Of deze afmeldlink technisch werkte kan ACM niet controleren omdat er geen e-mailberichten meer worden verzonden en de afmeldlink dus niet (meer) actief is. ACM gaat er derhalve van uit de betreffende afmeldlinks technisch werkten en de ontvanger afmelde voor verdere e-mailberichten van de betreffende bestands houder. Zie onderzoeksrapport, randnummer 111.

⁸⁹ De berichten waarin geadverteerd werd voor de enquêtes werden verzonden naar ten minste [VERTROUWELIJK] verschillende e-mailadressenbestanden. Zie onderzoeksrapport, randnummers 87, 112 en 115.

⁹⁰ De volgende [VERTROUWELIJK] e-mailpartijen of publicatiemiddelen waren opgenomen 123aanbieding.nl.nl, [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK]. Zie onderzoeksrapport, randnummer 113.

⁹¹ Dat blijkt uit een export uit het systeem van de kliks die zijn gegenereerd door de media_id's die bij de [VERTROUWELIJK] e-mailpartijen horen voor het affiliate programma "Nationale Enquêtes" (program_id 649) van adverteerder Daisycon (advertiser_id 19111). Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD hoofdstuk 5: 62 - SVO20 Export enquêtes coregpartijen en onderzoeksrapport, randnummer 113.

Besluit Openbaar

119. De berichten voor de enquêtes van Daisycon worden derhalve verzonden naar verschillende e-mailadressenbestanden en de afmeldlink in die berichten leidt uitsluitend naar een afmelding uit het desbetreffende e-mailadressenbestand. Afmelden voor het ontvangen van berichten voor de enquêtes van Daisycon is niet mogelijk, daar afmeldingen bij de ene e-mailbestandshouder niet worden teruggekoppeld naar andere e-mailbestandshouders. Hierdoor bleven abonnees (over)last ondervinden van de ongevraagde elektronische berichten voor de enquêtes van Daisycon. Hiermee functioneert de geboden afmeldmogelijkheid niet of onvoldoende. ACM stelt op basis van het voorgaande vast dat Daisycon voor de berichten die zijn verzonden ten behoeve van haar enquêtes geen geldig postadres of nummer waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kan richten, heeft opgenomen.
120. ACM concludeert op basis van het voorgaande dat met de verzending door of in opdracht van Daisycon van de berichten waarin geadverteerd wordt haar enquêtes meerdere overtredingen van artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, Tw zijn begaan.

8.3 Overtreder

121. In het onderzoeksrapport zijn Daisycon en haar bestuurders in meerdere rollen aangemerkt als overtreder. In het navolgende zal kort worden ingegaan op het begrip overtreder binnen het bestuursrecht. In deze paragraaf komen algemene begrippen aan de orde die tevens van toepassing zijn op de paragrafen 9.3 en 10.3. Vervolgens zal ACM toetsen of Daisycon en haar bestuurders in de rol van adverteerder als overtreder zijn aan te merken.

8.3.1 Overtreder in het bestuursrecht

122. Volgens artikel 5:1, tweede lid, Awb wordt onder overtreder verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt. Ingevolge artikel 5:1, derde lid, Awb kunnen overtredingen in bestuursrechtelijke context worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Voorts is artikel 51, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht (hierna: WvSr) van overeenkomstige toepassing, hetgeen inhoudt dat ook de feitelijk leidinggevende verantwoordelijk gehouden kan worden voor de overtredingen die door een rechtspersoon zijn begaan.

8.3.1.1 Normadressaat

123. Voor het antwoord op de vraag wie als overtreder kan worden aangemerkt, is in de eerste plaats van belang tot wie het overtreden voorschift zich richt (normadressaat). Artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw richt zich tot de verzender. Derhalve kan de verzender als overtreder van het spamverbod worden aangemerkt. ACM overweegt in dit verband dat volgens de wetgever het begrip “verzender” niet alleen degene omvat die op de verzendknop drukt (de feitelijk verzender), maar ook “degene waarvan het bericht afkomstig is” (de materiële verzender). Hieruit volgt dat iedere natuurlijke persoon of rechtspersoon, die als materieel of feitelijk verzender een overtreding van artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw begaat, als overtreder in de zin van artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw kan worden aangemerkt.
124. De wet gaat dus uit van het brede begrip verzender om effectieve handhaving van het spamverbod mogelijk te maken. Dit wordt als volgt omschreven in de wetsgeschiedenis.⁹²

“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

⁹² Kamerstukken II 2005/06, 30 661, nr. 3, p. 11.

Besluit Openbaar

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. Hiermee wordt de gewenste effectieve handhaving van regels mogelijk gemaakt. Het reeds geldende verbod op het verzenden van ongevraagde communicatie aan natuurlijke personen wordt sinds de invoering ervan op dezelfde wijze toegepast.”

125. De wetgever heeft hiermee expliciet onderkend dat er in de praktijk vele partijen betrokken zijn bij het verzenden van ongevraagde communicatie en dat deze allen een eigen rol vervullen in de keten die leidt tot het verzenden van een e-mailbericht. De wetgever heeft aldus willen voorkomen dat betrokken partijen zich achter elkaar gaan verschuilen.⁹³ Volgens de wetgever kunnen zowel de materiële verzender (de opdrachtgever) als de feitelijke verzender als overtreders in de zin van pleger worden aangemerkt, ook wanneer de materiële verzender niet tevens feitelijk verzender is. De wetgever heeft daar kennelijk met het oog op een effectieve handhaving van het spamverbod expliciet voor gekozen.

8.3.1.2 Deelneming

126. Uit vaste rechtspraak⁹⁴ inzake artikel 51 Wetboek van Strafrecht volgt daarnaast dat niet alleen degene die de gedraging in fysieke zin pleegt of medepleegt of de opdrachtgever als overtreders worden aangemerkt, maar ook degene die daarvoor maatschappelijk gezien verantwoordelijk is, de zogenaamde functionele dader. Dat wil zeggen dat de fysieke handelingen die de overtreding opleveren in de machtssfeer van de functionele dader lagen en dat de functionele dader deze handelingen heeft aanvaard of in het algemeen placht te aanvaarden, waarbij van dit laatste reeds sprake is indien de functionele dader is tekortgeschoten in hetgeen redelijkerwijs van hem mocht worden verwacht om wederrechtelijke gedragingen te voorkomen. Deze jurisprudentie wordt ook in het bestuurs(straf)recht gevolgd.⁹⁵

8.3.1.3 Feitelijk leidinggevende

127. Ingevolge artikel 5:1, derde lid, Awb kunnen overtredingen in bestuursrechtelijke context worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen en is artikel 51, tweede lid, WvSr van overeenkomstige toepassing.
128. Uit de jurisprudentie volgen minimumcriteria wanneer in ieder geval sprake is van leiding geven in de zin van 51 WvSr:

“Van feitelijk leiding geven aan verboden gedragingen kan onder omstandigheden sprake zijn indien de desbetreffende functionaris — hoewel daartoe bevoegd en redelijkerwijs gehouden — maatregelen ter voorkoming van deze gedragingen achterwege laat en bewust de aanmerkelijke kans aanvaardt dat de verboden gedragingen zich zullen voordoen. In deze situatie wordt de zojuist bedoelde functionaris geacht opzettelijk de verboden gedragingen te bevorderen.”⁹⁶

⁹³ Kamerstukken II 2005/06, 30 661, nr. 3, p. 11.

⁹⁴ HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378 (Het IJzerdraadarrest), alsmede HR 16 december 1986, NJ 1987, 321 (het Slavenburgarrest).

⁹⁵ Rechtbank Rotterdam 15 juli 2002, ECLI:NL:RBROT:2002:AE8111.

⁹⁶ HR 16 december 1986, NJ 1987, 321 (Slavenburg II), r.o. 5.1.1.

Besluit Openbaar

129. Het leidinggeven vereist volgens vaste jurisprudentie dat sprake is van (voorwaardelijke) opzet. Niet van belang is of degene die kennis heeft van de gedragingen beoogt een norm te overtreden. Een dergelijke verzwaarde vorm van opzet is niet vereist.⁹⁷
130. In onderstaande paragrafen zullen de invloed, taken, feitelijke handelingen en het belang van de Daisycon en [A] in hun rol als adverteerder en voor de enquêtes van Daisycon verantwoordelijk bestuurder bij de geconstateerde overtredingen worden besproken zodat kan worden vastgesteld wie als overtreder aangemerkt dient te worden.

8.3.2 Daisycon als overtreder in de rol van adverteerder

131. Hiervoor is vastgesteld dat de gedragingen van Daisycon als adverteerder/opdrachtgever voor haar enquêtes zoals hierboven omschreven zijn aan te merken als herhaaldelijke, meervoudige overtredingen van artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw.
132. Voorts kan op grond van de feiten worden vastgesteld dat de werkzaamheden in het kader van de enquêtes van Daisycon zijn verricht door werknemers (daaronder begrepen de bestuurders) van Daisycon. De gedragingen vonden plaats onder verantwoordelijkheid van Daisycon en maakten onderdeel uit van de bedrijfsvoering.⁹⁸
133. Deze gedragingen zijn het resultaat van een vaste praktijk die voortvloeit uit welbewuste keuzes in het ondernemingsbeleid van Daisycon ten aanzien van de enquêtes van Daisycon. Dat blijkt onder meer uit het volgende.
134. Daisycon beheerde online een aantal enquêtes en prijsvragen via welke adverteerders en publishers nieuwe leads met e-mailadressen konden werven.⁹⁹ De e-mailberichten voor de enquêtes van Daisycon werden deels verzonden naar het eigen e-mailadressenbestand en deels met gebruik van (de publishers in) het affiliate netwerk van Daisycon.¹⁰⁰ Daisycon benaderde ook zelf actief verschillende marktpartijen om e-mailberichten te verzenden voor de enquêtes van Daisycon.¹⁰¹ Andersom gebeurde het ook dat een marktpartij aan Daisycon vroeg of zij voor de enquêtes van Daisycon e-mailberichten mocht versturen.¹⁰² Daisycon bepaalde derhalve dat er e-mailberichten werden verzonden voor de enquêtes van Daisycon, welke e-mailberichten er werden verzonden en wie die e-mailberichten verzond.
135. Daisycon had voorts financieel belang bij het verzenden van e-mailberichten voor haar enquêtes. Haar inkomsten kwamen deels uit (het verkopen van) de leads die via de enquêtes gewonnen werden.¹⁰³ Een ander belang dat Daisycon had bij het genereren van zoveel mogelijk

⁹⁷ HR 18 maart 1952, NJ 1952, 314, bevestigd in HR 27 april 2007, NJ 2007, 544, r.o. 3.3.

⁹⁸ De activiteiten van de betrokken rechtspersoon zijn af te leiden uit (onder meer) de verklaringen van de betrokken directeurs/bestuurders en werknemers en stukken waarin toezichhoudend ambtenaren inzage hebben gekregen.

⁹⁹ Zie onderzoeksrapport, randnummer 314 en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 5: 10 - SVO21 Documentatie Nationale Enquêtes[141889].

¹⁰⁰ Zie onderzoeksrapport, randnummer 315 en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 5: 10 - SVO21 Documentatie Nationale Enquêtes[141889].

¹⁰¹ Zie onderzoeksrapport, randnummer 316 en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 12 - SVO05 2009--Message2475[16841]: e-mailwisseling tussen medewerker Daisycon en marktpartij, onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 17 - SVO05 2009--Message2448[16799]: E-mailbericht van [A] aan marktpartij,

onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 18 - SVO05 2009--Message3817[19313]: E-mailbericht van [A] aan marktpartij en onderzoeksrapport en digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 117 - SVO05 2010--Message5930[41136].

¹⁰² Zie onderzoeksrapport, randnummer 317 en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 16 - SVO18 32maile Maileuros--Message0176[123100].

¹⁰³ Zie onderzoeksrapport, randnummer 319 en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 20 - SVO05 2009--Message0986[14339]. Het financieel belang blijkt tevens uit documentatie over de betreffende enquêtes. Zie

Besluit Openbaar

bezoekers naar de enquêtes was het werven van adressen voor (en daarmee vergroten van) haar eigen e-mailadressenbestanden waarnaar zij weer e-mailberichten voor derden stuurde.¹⁰⁴ Tot slot had zij belang bij de enquêtes omdat veel van de (e-mail)publishers die voor de affiliate programma's van Daisycon e-mailberichten verzonden via deze enquêtes e-mailadressen wierven. Derhalve, hoe meer mensen zich inschreven via een enquête, hoe groter het adressenbestand van de e-mailpublishers, dus hoe groter het bereik van de campagnes via het affiliate netwerk van Daisycon.¹⁰⁵

136. Het lag bovendien in de machtssfeer van Daisycon om de geconstateerde overtredingen te beëindigen. Daisycon heeft op enig moment het exploiteren van haar enquêtes en dus het verzenden van commerciële e-mailberichten daarvoor gestaakt waarmee de overtreding daadwerkelijk beëindigd werd.¹⁰⁶ Op basis hiervan concludeert ACM dat Daisycon bij machte was de geconstateerde overtredingen te beëindigen.
137. De feiten en de gedragingen ten aanzien van de enquêtes van Daisycon zijn door de bestuurders met zo veel woorden in de door hen afgelegde verklaringen erkend dan wel niet of onvoldoende weersproken.
138. Op grond van de verklaringen van de bestuurders en medewerkers van Daisycon, alsmede het (digitale) onderzoek ten aanzien van de enquêtes van Daisycon, stelt ACM vast dat Daisycon kan worden aangemerkt als feitelijk én materieel verzender van de e-mailberichten voor de enquêtes van Daisycon naar adressen uit het bestand van Daisycon. Verder stelt ACM vast dat Daisycon ook als materieel verzender kan worden aangemerkt van de berichten die in haar opdracht door derden (de publishers) zijn verzonden.
139. In dat laatste geval zijn de verboden gedragingen deels feitelijk gepleegd door derden, de publishers. Zoals gezegd heeft de wetgever met het oog op een effectieve handhaving van het spamverbod expliciet gekozen voor de mogelijkheid dat zowel de materiële verzender (de opdrachtgever) als de daadwerkelijke verzender als overtreder wordt aangemerkt wanneer de materiële verzender niet tevens feitelijk verzender is, zie randnummer 125.
140. ACM overweegt voorts dat uit de jurisprudentie¹⁰⁷ blijkt dat een rechtspersoon kan worden aangemerkt als dader van een strafbaar feit indien de desbetreffende gedraging redelijkerwijs aan hem kan worden toegerekend. De vraag of een gedraging aan de rechtspersoon kan worden toegerekend is vooral afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval, waaronder in elk geval het soort gedraging. De Hoge Raad heeft bepaald dat het van belang is dat de gedraging is verricht in de sfeer van de rechtspersoon. Daarvan zal sprake zijn indien één of meer van de volgende omstandigheden zich voordoen: het moet gaan om een handelen of nalaten van een persoon die hetzij uit hoofde van zijn dienstbetrekking, hetzij uit anderen hoofde werkzaam is voor de rechtspersoon, de gedraging past binnen de normale

onderzoeksrapport, randnummer 320 en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 5: 10 - SVO21 *Documentatie Nationale Enquêtes*[141889].

¹⁰⁴ Zoals blijkt uit documentatie over de enquêtes van Daisycon. Zie onderzoeksrapport, randnummer 321 en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 5: 10 - SVO21 *Documentatie Nationale Enquêtes*[141889].

¹⁰⁵ Dit blijkt onder andere uit e-mailwisseling tussen een publisher manager en de product manager enquêtes over een e-mailpublisher die wellicht adressen gaat werven via de enquêtes van Daisycon. De publisher manager geeft aan dat als de betreffende publisher deel gaat nemen aan de enquêtes zijn bestand groter wordt en dat dat meer omzet betekent voor de affiliate programma's van Daisycon waarvoor de publisher mailt. Zie onderzoeksrapport, randnummer 322 en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 152 - SVO19 *Message 11923*[327084].

¹⁰⁶ Zie onderzoeksrapport, randnummer 324 en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD hoofdstuk 7: 45 - SVO05 *2011-Message2878*[51302].

¹⁰⁷ HR 21 oktober 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7938 en HR 24 januari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BU5349.

Besluit Openbaar

bedrijfsvoering van de rechtspersoon, de gedraging is dienstig geweest voor de rechtspersoon in de uitoefening van zijn bedrijf en de rechtspersoon vermocht erover te beschikken of de gedraging al dan niet zou plaatsvinden en zodanig gedrag werd blijkens de feitelijke gang van zaken door de rechtspersoon aanvaard of placht te worden aanvaard. Hierbij wordt onder aanvaarden mede verstaan het niet betrachten van de zorg die in redelijkheid van de rechtspersoon kan worden gevergd met het oog op voorkoming van de gedraging.

141. ACM overweegt dat de opdracht voor het verzenden van de door Daisycon is gegeven aan de betreffende derden. De feitelijke aansturing vond plaats onder verantwoordelijkheid van Daisycon. De verzending van de berichten (in opdracht) van Daisycon geschiedde weliswaar door derden maar het was Daisycon die als adverteerder de materiële inhoud bepaalde. Deze gedragingen behoorden tot de normale bedrijfsvoering (core business) van Daisycon, haar bedrijfsvoering was immers gericht op het, al dan niet via derden, (laten) verzenden van e-mailberichten en elektronische nieuwsbrieven (voor haar eigen enquêtes).
142. Op grond van het voorgaande merkt ACM Daisycon aan als overtreder van de geconstateerde overtredingen, althans de rechtspersoon aan wie de overtredingen kunnen worden toegerekend.

8.3.3 De bestuurders van Daisycon als overtreder in de rol van adverteerder

143. ACM stelt vast dat ook de bestuurder [A] van de rechtspersoon Daisycon als natuurlijke persoon als overtreder van artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw kan worden aangemerkt. Deze bestuurder heeft namelijk feitelijk leiding gegeven aan de gedragingen waarmee Daisycon artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw heeft overtreden en wordt derhalve als overtreder aangemerkt.¹⁰⁸ Hiertoe overweegt ACM als volgt.
144. [A] had als bestuurder van de rechtspersoon regelmatig overleg en nauw contact over de activiteiten van de enquêtes van Daisycon. Het betrof zowel strategische beslissingen als de dagelijkse werkzaamheden ten aanzien van de enquêtes van Daisycon. In de praktijk functioneerde het bestuur van Daisycon in onderling overleg en op basis van gelijkwaardigheid waarbij [A] over de enquêtes van Daisycon meer de eindverantwoordelijkheid droeg¹⁰⁹ en de dagelijkse leiding had.
145. [A] is bestuurder en als zodanig leidinggevende van de rechtspersoon Daisycon. De hiervoor genoemde gedragingen die als overtreding van artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw worden aangemerkt, zijn geschied terwijl het in de macht van [A] lag om een einde te maken aan deze gedragingen. [A] was namelijk dagelijks bestuurder en tevens aandeelhouder van genoemde rechtspersoon. Hij nam persoonlijk de relevante beslissingen binnen deze rechtspersoon met betrekking tot de enquêtes van Daisycon.

¹⁰⁸ Rechtbank Rotterdam 15 juli 2002, AB 2003/343, m.nt. OJ. *'Evenals in het strafrecht is uitgangspunt dat de bestuurlijke sanctie kan worden opgelegd aan degene die de overtreding pleegt. Dit kan zijn degene die door zijn fysieke handelingen de bestanddelen van het delict vervult. Uit het IJzerdraadarrest (HR 23 februari 1954, NJ 1954, 378), alsmede het Slavenburgarrest (HR 16 december 1986, NJ 1987, 321) volgt echter dat een strafbaar feit ook gepleegd kan worden door de zogenaamde functionele dader. Dat wil zeggen dat de fysieke handelingen die de overtreding opleveren in de machtsfeer van de functionele dader lagen en dat de functionele dader deze handelingen heeft aanvaard of in het algemeen placht te aanvaarden, waarbij van dit laatste reeds sprake is indien de functionele dader is tekortgeschoten in hetgeen redelijkerwijs van hem mocht worden verwacht om wederrechtelijke gedragingen te voorkomen.'*

¹⁰⁹ [A] heeft verklaard dat hij zich intensief op de hoogte hield van de gang van zaken rondom de Enquête-concepten van Daisycon door wekelijks overleg te voeren en feitelijk de "eindverantwoordelijkheid" te dragen.

Besluit Openbaar

146. Als bestuurder van Daisycon en de eigenaar van de enquêtes van Daisycon, hield [A] zich intensief op de hoogte van de bedrijfsvoering en het bedrijfsbeleid ten aanzien van de enquêtes van Daisycon. De e-mailberichten die zijn aangetroffen, bevestigen dat hij zich bezighield met het beleid rondom de enquêtes van Daisycon. Aangezien [A] het bedrijfsbeleid (mede) uitvoerde én bepaalde, was hij niet alleen op de hoogte, maar ook verantwoordelijk voor de activiteiten inzake de enquêtes van Daisycon.
147. Voorts blijkt uit geconstateerde feiten dat [A] als bestuurder van Daisycon ook persoonlijk verantwoordelijk was voor de verzending van de enquêtes van Daisycon in strijd met artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw. Specifiek gaat het om de hieronder opgesomde gedragingen die [A] daadwerkelijk zelf bepaalde en verrichtte.
148. De enquêtes van Daisycon vielen onder de verantwoordelijkheid van [A].¹¹⁰ Om een groter bereik voor de enquêtes te creëren hield [A] zich bezig met acties om publishers te motiveren om voor de enquêtes te e-mailen en met de vergoedingen voor deze publishers. Ook gaf hij de opdrachten aan de productmanager enquêtes.¹¹¹ De medewerkers van Daisycon hielden zich onder leiding van [A] bezig met het ontwerpen van de e-mailberichten en de teksten in de e-mailberichten die voor de enquêtes van Daisycon verzonden werden.¹¹² [A] was bevoegd in te grijpen met betrekking tot de enquêtes, daar hij de medewerkers van Daisycon opdracht gaf de privacy statements van de enquêtes door te lopen en voorzichtig te zijn met het delen van bepaalde informatie naar aanleiding van een onderzoek van het College Bescherming Persoonsgegevens naar de verwerking en verstrekking van bepaalde (persoons)gegevens.¹¹³ [A] was tevens bevoegd om de overtredingen te beëindigen.¹¹⁴
149. Samenvattend zorgde [A] voor het acquireren van e-mailpartijen die de betreffende e-mailberichten wilden e-mailen, voor de benodigde technische faciliteiten en gaf opdracht aan de medewerkers van Daisycon om de verschillende e-mailcampagnes ten behoeve van de enquêtes te verzenden. Tevens vielen de enquêtes inhoudelijk onder de verantwoordelijkheid van [A] als leidinggevende van “product development”. De fysieke handelingen die de overtredingen opleverden werden door [A] voorbereid en onder zijn toezicht en leiding uitgevoerd. De gedragingen die de overtredingen opleverden lagen dan ook binnen de machtssfeer van [A]. Niet is gebleken dat [A] maatregelen heeft genomen om de gedragingen

¹¹⁰ Zoals blijkt uit de gesprekken die toezichhoudend ambtenaren van ACM hebben gevoerd met Daisycon. Zie onderzoeksrapport, randnummer 328, onderzoeksrapport, bijlage 2: *Gespreksverslag [C]*, p. 17 – 18 en onderzoeksrapport, bijlage 3: *Gespreksverslag [B]* p. 18.

¹¹¹ Zoals blijkt uit e-mailwisseling. Zie onderzoeksrapport randnummer 329 en onderzoeksrapport, digitale bijlagen DVD Hoofdstuk 7: 142 - SVO05 2010--*Message4211[37890]*. *E-mailwisseling tussen [A] en product manager enquêtes*. Onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 12 - SVO05 2009--*Message2475[16841]*. *E-mailwisseling tussen [A] en e-mailpublisher en onderzoeksrapport*, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 17 - SVO05 2009--*Message2448[16799]*. *E-mailbericht van [A] aan e-mailpublisher*.

¹¹² Zoals onder andere blijkt uit e-mailwisseling waarin [A] medewerkers van Daisycon enkele opdrachten geeft met betrekking tot het ontwerp van de e-mailberichten. Zie onderzoeksrapport, randnummer 330 en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 19 - SVO05 2009--*Message7000[25782]*.

¹¹³ Dit blijkt onder andere uit een e-mailbericht van [A] aan de andere bestuurders en enkele medewerkers van Daisycon. Zie onderzoeksrapport, randnummer 331 en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 144 - SVO11 *Message0004[635637]*. *En verder een e-mailbericht van [A] aan de productmanager*. Zie onderzoeksrapport, randnummer 332 en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 147 - SVO05 2011--*Message2167[49196]*. *En een e-mailbericht waarin [A] enkele medewerkers*. Zie onderzoeksrapport, randnummer 333 en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 145 - SVO05 2009--*Message4158[19953]*.

¹¹⁴ Zie onderzoeksrapport, randnummer 334 en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 143 - SVO06 2011--*Message3577[261306]*. *E-mailwisseling van [A] met zijn collega-bestuurders*. Zie onderzoeksrapport, randnummer 335 en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 45 - SVO05 2011--*Message2878[51302]*.

Besluit Openbaar

die geleid hebben tot de geconstateerde overtredingen te staken totdat hij kennis nam van boetebesluit van OPTA inzake overtredingen van het spamverbod door DM/MG¹¹⁵.

150. [A] heeft in zijn verklaringen bevestigd, althans niet of onvoldoende weersproken, dat hij deze gedragingen heeft verricht.¹¹⁶
151. ACM stelt derhalve vast dat [A] de handelingen ten behoeve van de enquêtes uitvoerde dan wel aanstuurde en dat [A] daarmee bevoegd was de vastgestelde overtredingen te beëindigen, hetgeen hij uiteindelijk ook gedaan heeft, doch pas nadat hij kennis had genomen van het boetebesluit DM/MG.
152. Op grond van bovenstaande concludeert ACM dat [A] als natuurlijk persoon feitelijk leiding heeft gegeven aan de genoemde overtredingen. [A] is als enige bestuurder van Daisycon verantwoordelijk voor en feitelijk leidinggevende aan de enquêtes van de rechtspersoon Daisycon. De hiervoor vastgestelde overtredingen van artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw, zijn geschied terwijl het in de macht van [A] lag om een einde te maken aan deze gedragingen. Er was dus sprake van concrete beschikkingsmacht bij [A] over de overtredingen die door Daisycon zijn gepleegd, zodat ook [A] zelf in zijn hoedanigheid van bestuurder en (mede)eigenaar als overtreder dient te worden aangemerkt. Op grond van voorgaande merkt ACM [A] aan als overtreder van de geconstateerde overtredingen, althans degene aan wie voornoemde overtredingen (mede) kunnen worden toegerekend.

8.4 Conclusie

153. ACM is van oordeel dat Daisycon en [A] in strijd met artikel 11.7, eerste lid, Tw hebben gehandeld door elektronische berichten te gebruiken om ongevraagde communicatie voor commerciële doeleinden over te (laten) brengen aan abonnees, zonder dat daarvoor aantoonbaar toestemming is verkregen (hierna: overtreding 1a).
154. ACM is voorts van oordeel dat Daisycon en [A] in strijd met artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, Tw hebben gehandeld doordat zij geen geldige afmeldmogelijkheid hebben vermeld in de e-mailberichten die zij heeft verzonden ofwel heeft laten verzenden (hierna: overtreding 1b).

9 Daisycon in de rol van publisher

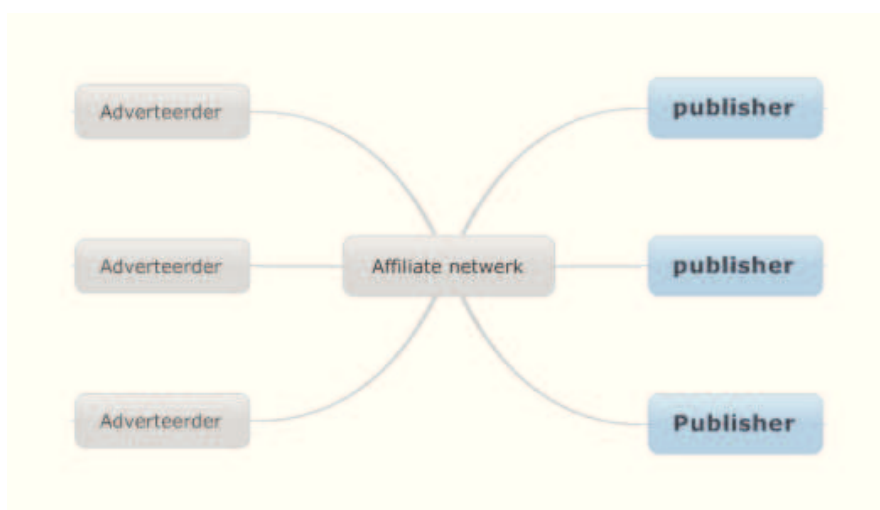
155. In dit hoofdstuk zullen de e-mailberichten worden besproken waar ACM klachten over heeft ontvangen via Spamklacht. Het betreft de berichten die zijn verzonden naar een adressenbestand van Daisycon genaamd 123aanbieding.nl.

31/80

¹¹⁵ Boetebesluit van het college van OPTA inzake Digital Magazines en Mail Garage van 5 oktober 2011 (kenmerk OPTA/ACNB/2011/200904), te raadplegen op: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/10215/OPTA-legt-660000-euro-aan-boetes-op-in-grote-spamzaak/>.

¹¹⁶ Zie hiervoor ook Verslag hoorzitting, p.4 waarin Daisycon bij monde van [B] in gaat op de taakverdeling.

Besluit Openbaar



156. Vervolgens zal ACM beoordelen of deze berichten een of meerdere overtredingen van het spamverbod vormen en wat de betrokkenheid van Daisycon en haar bestuurders daarbij is.

9.1 Overtreding artikel 11.7, eerste lid, Tw

157. In het navolgende zal ACM bespreken en beoordelen of Daisycon in de rol van publisher een overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw heeft begaan.¹¹⁷
158. Ten eerste worden de *verzonden berichten* en de *verzender* besproken. Vervolgens wordt besproken of de berichten *elektronische berichten* zijn die *ongevraagd* en met *commerciële, ideële* of *charitatieve* doeleinden verzonden zijn aan *abonnees*. Ten slotte zal besproken worden of deze ongevraagde communicatie is verzonden met de wettelijk vereiste *voorafgaande toestemming* van de ontvangende abonnees.

9.1.1 Verzonden berichten

159. OPTA, de rechtsvoorganger van ACM, heeft 117 klachten ontvangen¹¹⁸ over e-mailberichten die zijn verstuurd vanaf IP-adressen die werden gebruikt door Daisycon¹¹⁹. De klachten zien zowel op het ontvangen van spam als op het tevergeefs afmelden voor deze berichten. De e-mailberichten zijn verstuurd in de onderzoeksperiode oktober 2009 tot en met januari 2011. In deze berichten wordt 123aanbieding.nl vermeld als afzender. Tevens stond in de header van deze berichten vermeld dat de e-mail was ontvangen omdat de ontvanger stond ingeschreven in het adresbestand van 123aanbieding.nl, een domein geregistreerd op naam van Daisycon.¹²⁰ De betreffende berichten bevatten advertenties van één of meerdere adverteerders.¹²¹ Onderstaand een voorbeeld van een dergelijk e-mailbericht¹²²:

¹¹⁷ Zie voor een toelichting op artikel 11.7, eerste lid, Tw randnummers 54 en 55 van het onderhavige besluit.

¹¹⁸ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 1 – *Export Spamklacht 08.0246.29, tabblad "Publisher: 123aanbieding"*.

¹¹⁹ Zie onderzoeksrapport, randnummers 121 en 122.

¹²⁰ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD hoofdstuk 4: 23 – *Verzonden berichten*. In de tekst-versies zijn de passages die relevant zijn voor de rol van Publisher blauw gemarkeerd.

¹²¹ Voor voorbeelden zie onderzoeksrapport, bijlage 28: *Reactie op Feitencomplex* productie 14.

¹²² De originele advertentie die binnen het kader te zien zou moeten zijn is niet meer online beschikbaar en dus ook niet te zien in het voorbeeld.

Besluit Openbaar



33/80

160. Het adresbestand 123aanbieding.nl is volgens Daisycon geworven via een vraag die was opgenomen in de enquêtes van Daisycon en [VERTROUWELIJK]. Daarnaast zijn volgens Daisycon adressen geworven via [VERTROUWELIJK] door middel van de website [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] en mogelijk [VERTROUWELIJK]¹²³. Daisycon heeft het adresbestand niet kunnen verstrekken, aangezien dit volgens Daisycon in 2011 door haar is gewist op grond van de Wet Bescherming Persoonsgegevens.
161. Daisycon geeft aan dat websitebezoekers op de pagina van deze enquêtes voordat de enquête startte, akkoord dienden te gaan met de algemene voorwaarden. De algemene voorwaarden luiden als volgt:
- “Ik ga akkoord met de voorwaarden en privacy statement en geef aan dat ik gebeld wil worden door de deelnemende partijen en de gratis e-mailnieuwsbrief wil ontvangen van 123aanbieding.nl, adverteerder [A] en adverteerder [B].”*
162. Vervolgens was in de enquête onderstaande vraag opgenomen:
- “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*

¹²³ Naar [VERTROUWELIJK] is door de rapporteur geen nader onderzoek gedaan.

Besluit Openbaar

O Nee, bedankt. Ik heb geen interesse.”

163. Volgens Daisycon vroeg zij sinds 2009 aan abonnees die zich hadden aangemeld voor de nieuwsbrief van 123aanbieding.nl in een welkomst-mail om bevestiging van hun toestemming.
164. De rapporteur heeft tevens twee enquêtes onderzocht van Daisycon waarin 123aanbieding.nl in het privacy statement wordt genoemd.¹²⁴
165. Eén voorbeeld hiervan is de Nationale Consumenten Enquête. De bezoeker van de website van de Nationale Consumenten Enquête diende voorafgaand aan de enquête akkoord te gaan met de volgende tekst.¹²⁵



166. Via de woorden "privacy statement", "voorwaarden" en "adverteerders" kon doorgelinkt worden naar dezelfde pagina, het privacy statement¹²⁶.
167. Uit het privacy statement blijkt dat de werven van e-mailadressen voor 123aanbieding.nl geschiedde door middel van co-registratie. De abonnee gaat akkoord met de toezending van e-mailberichten door alle partijen (inclusief 'mogelijk andere derden') die in het privacy statement worden genoemd. Co-registratie wil zeggen dat de 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 deelnemer¹²⁷.
168. Tevens heeft Daisycon adressen voor het 123aanbieding.nl bestand geworven via een enquête [VERTROUWELIJK], waarvan hieronder twee voorbeelden zijn weergegeven.¹²⁸

¹²⁴ Zie ook randnummer 61 van het onderhavige besluit. Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 5: 64 - www.nationaleconsumentenenquête.nl - Screens NCE april 2010. Hierin zijn screenshots opgenomen van de Nationale Consumenten Enquête zoals deze er op 28 april 2010 uitzag. Zie tevens onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 5: 65 - www.gemeentelijkonderzoek.nl Screens Gemeentelijk Onderzoek april 2010. Hierin zijn screenshots opgenomen van Gemeentelijk Onderzoek zoals deze enquête er op 28 april 2010 uitzag.

¹²⁵ Zie ook randnummer 60 van het onderhavige besluit. Zie voor de hele pagina met alle bij behorende rekst onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 5: 64 - www.nationaleconsumentenenquête.nl - Screens NCE april 2010/nce3. Zie tevens Bijlage 28: *Reactie op het feitencomplex*, 5.8.

¹²⁶ Zie voor de afbeelding van het statement randnummer 61 van het onderhavige besluit. Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 5:64 - www.nationaleconsumentenenquête.nl - Screens NCE april 2010.

¹²⁷ Zie ook randnummer 192 van het onderhavige besluit.

¹²⁸ Snapshot verkregen via archive.org van de URL [VERTROUWELIJK]

Besluit Openbaar

Vul het formulier in en win deze fantastische [REDACTED]

U kunt de auto naar eigen wens samenstellen!

Aanspreekvorm Heer Mevrouw

Voornaam Achternaam

Email

Verder

Ja, ik ga akkoord dat de organisator van dit spel en haar sponsors mijn voornaam en mijn woonplaats openbaar geven als ik win en mij telefonisch/per E-Mail over de gewonnen prijs en interessante aanbiedingen informeren.

Sponsors van het prijs spel:

[Spelvoorwaarden](#) [Privacy Statement](#) [Impressum](#)
[Spelvoorwaarden als PDF downloaden](#) [Privacy Statement als PDF downloaden](#)

Laatste datum van inzending is 31-12-2010, 24:00 uur. Dit prijs spel van [REDACTED] wordt gegarandeerd gespeeld.

35/80

en¹²⁹

Win een gloednieuwe [REDACTED]

Zoek gewoon de fouten.

Nu een bijkomend voordeel: [REDACTED] winnen! voor de winnaar!

Hoeveel heb je er gevonden?

1 2 3 Aantal fouten selecteren

Wingegevens ingeven:

Dhr Mevrouw

Verder

Ja, ik ga akkoord dat de organisator van dit spel, de sponsor en Vodafone mij telefonisch/per e-mail kunnen informeren als ik win en over interessante aanbiedingen.

Sponsors van het prijs spel:

[Spelvoorwaarden](#) [Privacy Statement](#) [Impressum](#)
[Spelvoorwaarden als PDF downloaden](#) [Privacy Statement als PDF downloaden](#)

Laatste datum van inzending is 31-12-2010, 24:00 uur. Dit prijs spel van [REDACTED] wordt gegarandeerd gespeeld.

¹²⁹ Snapshot verkregen via archive.org van 20 april 2010 van de URL [VERTROUWELIJK]

Besluit Openbaar

169. ACM kan niet achterhalen of in bovenstaande advertenties onderaan bij één van de kruisjes bij “Sponsoren van het prijsspel” het logo en de adresgegevens van 123aanbieding.nl hebben gestaan. In de advertenties wordt bij het hokje waarbij aangevinkt kan worden dat dat men akkoord gaat met het ontvangen van interessante aanbiedingen van sponsoren. Sponsoren zijn adverteerders waarvan tevens doorgaans het logo in de advertentie wordt getoond.¹³⁰ Door in de advertenties op sponsoren (in de tekst bij het vinkje) te klikken werd de websitebezoeker doorgeleid naar een sponsorlijst. Op 10 maart 2009¹³¹ en op 27 mei 2010¹³² was 123aanbieding.nl opgenomen in de lijst van sponsoren.

9.1.2 Verzender

170. Artikel 11.7 eerste lid, Tw richt zich tot de verzender, die als overtreder van het spamverbod moet worden aangemerkt.¹³³
171. De e-mailberichten die zijn verzonden naar het adressenbestand 123aanbieding.nl zijn verzonden door Daisycon via de eigen e-mailservices (mail02)¹³⁴ of via de e-mailservices van [VERTROUWELIJK]¹³⁵ en [VERTROUWELIJK]¹³⁶. In de regel leverde Daisycon de e-mailadressen niet uit aan de adverteerders, maar mailde ze de e-mailberichten zelf voor de adverteerders.¹³⁷
172. [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] zijn door Daisycon ingezet vanwege technische redenen.¹³⁸ Het was Daisycon die de opdracht gaf voor het verzenden van de e-mails aan het adressenbestand 123aanbieding.nl. [VERTROUWELIJK] of [VERTROUWELIJK] voerde dit slechts uit. Het was ook Daisycon die bepaalde aan welke adressen de e-mailcampagnes werden verzonden, aangezien het 123aanbieding.nl adressenbestand is geworven door Daisycon.¹³⁹ Tevens kon Daisycon bepalen voor welke adverteerders welke advertenties wel en niet werden verzonden.¹⁴⁰
173. Op grond van voorgaande stelt ACM vast dat Daisycon kan worden aangemerkt als feitelijk verzender van de spamberichten die zij verzond via haar eigen e-mailserver.
174. Zoals eerder aangegeven werd 123aanbieding.nl in een deel van de verzonden berichten vermeld als afzender. Daarnaast werd in alle berichten vermeld dat de abonnee het bericht ontving omdat hij of zij stond ingeschreven in het 123aanbieding.nl adressenbestand. De berichten waren dus afkomstig van 123aanbieding.nl. Derhalve kan Daisycon tevens worden aangemerkt als materieel verzender voor de spamberichten die zijn verstuurd via [VERTROUWELIJK] dan wel [VERTROUWELIJK] en via haar eigen e-mailserver.

¹³⁰ Zie onderzoeksrapport, voetnoot 169.

¹³¹ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 5: 70- www.archive.org co-registratie publishers/ *geselcteerde –winnaar 20090310 sponsoren*.

¹³² Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 5: 70- www.archive.org co-registratie publishers/ *geselcteerde –winnaar 20100527 sponsoren*.

¹³³ Zie voor een toelichting op het begrip verzender paragraaf 8.1.2 van het onderhavige besluit.

¹³⁴ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 34 – SVO05 123aanbieding.nl *mailschemata*[158953] en onderzoeksrapport, bijlage 28: *Reactie op Feitencomplex, 5.20 en productie 21*.

¹³⁵ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 5: 35 – SVO05 2009—*Message5070*[22120]

¹³⁶ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 141 – SVO05 *Message 0007*[178968] en bijlagen DVD Hoofdstuk 8: 34 – SVO05 123aanbieding.nl *mailschemata*[158953] en onderzoeksrapport, bijlage 28: *Reactie op Feitencomplex, 5.20 en productie 21*.

¹³⁷ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 5: 17 - SVO18 *Enquêtes--Message0097-Bijlage-Database verkoop*[218554]. Bijlage bij 17 – SVO18 *enquêtes--Message0097*[218496].

¹³⁸ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 5: 35 – SVO05 2009—*Message5070*[22120].

¹³⁹ Zie randnummer 160 e.v. van het onderhavige besluit.

¹⁴⁰ Zie onderzoeksrapport, randnummer 351.

Besluit Openbaar

9.1.3 Elektronische berichten

175. Zoals hiervoor is uiteengezet, verzond Daisycon e-mailberichten naar het 123aanbieding.nl adressenbestand. In het voorgaande heeft ACM reeds vastgesteld dat een e-mailbericht is aan te merken als een elektronisch bericht.¹⁴¹ Dit gegeven wordt niet door Daisycon betwist. De berichten die zijn verstuurd door Daisycon naar het 123aanbieding.nl adressenbestand zijn aan te merken als elektronische berichten in de zin van artikel 11.1, aanhef en onderdeel i, Tw.

9.1.4 Ongevraagde communicatie

176. De regels van artikel 11.7 Tw zien op ongevraagde communicatie.¹⁴² Hierna zal worden ingegaan op de verschillende onderzochte methodes van werving van e-mailadressen naar aanleiding waarvan Daisycon e-mailberichten aan het 123aanbieding.nl adressenbestand heeft gestuurd.¹⁴³ In het geval waarin de abonnee op de enquêtevraag of de abonnee de 123aanbieding.nl nieuwsbrief wilde ontvangen¹⁴⁴, bevestigend antwoordde, was alleen op grond hiervan geen sprake van gevraagde communicatie. De abonnee verzocht namelijk niet zélf en op eigen initiatief bij iedere toezending van de nieuwsbrief om gemaild te worden. Daarnaast geeft de abonnee niet aan dat hij advertenties van allerlei mogelijke adverteerders wil ontvangen door middel van de zogenoemde nieuwsbrief van 123aanbieding.nl.
177. Evenmin kan het akkoord gaan met de privacy statements¹⁴⁵ niet worden aangemerkt als gevraagde communicatie. Akkoord gaan met een privacy statement kan niet gelijkgesteld worden met het zelf en op eigen initiatief doen van een verzoek. Bovendien gingen zij akkoord met de ontvangst van 123aanbieding.nl e-mails, maar was in dat akkoord niet de naam van de adverteerders en het onderwerp van de e-mailberichten die zij later zouden ontvangen door middel van zogenoemde nieuwsbrief opgenomen. Dit geldt tevens voor het akkoord dat wordt gegeven in de enquête van [VERTROUWELIJK].¹⁴⁶

9.1.5 Commercieel doel van de berichten

178. De verzonden e-mailberichten bevatten een zogenoemde nieuwsbrief met daarin reclameuitingen voor producten en diensten van verschillende adverteerders. Voorbeelden van dergelijke e-mailberichten zijn advertenties voor een autoverzekering, loterij, oog laser behandeling, mobiele telefonie, wandkalenders en een goed doel.¹⁴⁷ De advertenties hadden tot doel de ontvanger uit te nodigen om in te gaan op een aanbieding of om een donatie te doen. ACM is van oordeel dat de door Daisycon verstuurd e-mailberichten aan het adressenbestand 123aanbieding.nl een commercieel en/of charitatief doeleinde hebben. Dit wordt niet betwist door Daisycon.

9.1.6 Abonnees

179. Zoals hiervoor al is omschreven¹⁴⁸, beperkte het spamverbod zich tijdens de onderzoeksperiode tot ongevraagde e-mailberichten die zijn verzonden aan abonnees. Hierbij heeft ACM voorts geconcludeerd dat ieder e-mailadres wordt uitgegeven aan een abonnee van een e-maildienst. Aangezien bij ieder e-mailadres een abonnee hoort die een overeenkomst heeft met een

¹⁴¹ Zie paragraaf 8.1.3 van het onderhavige besluit.

¹⁴² Zie voor een toelichting op het begrip ongevraagde communicatie paragraaf 8.1.4. van het onderhavige besluit.

¹⁴³ Zie paragraaf 9.1.1 van het onderhavige besluit.

¹⁴⁴ Zie randnummer 162 van het onderhavige besluit.

¹⁴⁵ Als bedoeld in randnummers 61 en 166 van het onderhavige besluit.

¹⁴⁶ Zie randnummer **Fout! Verwijzingsbron niet gevonden.** van het onderhavige besluit.

¹⁴⁷ Deze voorbeelden van e-mails zijn vastgelegd in het onderzoeksrapport, bijlage 28: *reactie op het feitencomplex productie 14*.

¹⁴⁸ Zie paragraaf 8.1.6 van het onderhavige besluit.

Besluit Openbaar

dienstverlener die het gebruik van e-mailadressen aanbiedt, staat vast dat bij elk e-mailadres in ieder geval een abonnee betrokken is.

180. Daarenboven heeft ACM op andere wijze vastgesteld dat een aantal klagers ook daadwerkelijk abonnee is in de zin van artikel 1.1, aanhef en onderdeel p, Tw door de geverifieerde verklaringen van klagers in ogenschouw te nemen die gaan over ontvangen e-mailberichten van 123aanbieding@mail03.mailbutler.nl¹⁴⁹ in de onderzoeksperiode. Dit zijn zeven geverifieerde klachten.¹⁵⁰ De verklaringen van de klagers zijn gecontroleerd bij de door de klager genoemde aanbieder van internet(toegangs)diensten.¹⁵¹
181. Uit het voorgaande kan geen ander oordeel volgen dan dat de ontvangers van de ongevraagde e-mailberichten die staan omschreven in paragraaf 9.1.1 een overeenkomst hebben met een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst voor de levering van dergelijke diensten en derhalve abonnee zijn. Hiermee staat voor ACM vast dat Daisycon in haar rol als publisher ongevraagde e-mailberichten heeft verstuurd naar abonnees in de zin van artikel 1.1, aanhef en onder p, Tw.

9.1.7 Voorafgaande toestemming

182. Artikel 11.7, eerste lid, Tw bepaalt dat een abonnee *voorafgaande toestemming* moet geven voor het ontvangen van ongevraagde elektronische berichten met een commercieel, ideëel of charitatief doeleinde.^{152,153}
183. De verzender moet kunnen aantonen dat de betreffende abonnee voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voorafgaand toestemming heeft verleend.
184. De rapporteur heeft Daisycon meerdere keren tijdens het onderzoek gevraagd de voorafgaande toestemming voor de berichten die naar het adressenbestand zijn verzonden, aan te tonen.¹⁵⁴ In reactie hierop heeft Daisycon geen informatie overgelegd waaruit voorafgaande toestemming blijkt.
185. Ter onderbouwing van voorafgaande toestemming heeft Daisycon weliswaar informatie aangeleverd¹⁵⁵, maar daarmee echter niet kunnen aantonen dat zij daadwerkelijk op deze wijze toestemming heeft gevraagd en gekregen. Wanneer bovendien wordt uitgegaan van de formulering van het akkoord en de formulering van de vraag in de enquêtes zoals opgenomen in eerder genoemde randnummers, kan deze wijze van toestemming verkrijgen niet worden aangemerkt als specifiek en op informatie berustend. De inhoud van de nieuwsbrief van 123aanbieding.nl is namelijk voor de abonnee die toestemming geeft niet duidelijk. Daarnaast is

¹⁴⁹ Mailbutler is een domein in eigendom van Daisycon, zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD hoofdstuk 4: 13 - *Whois informatie mailbutler.nl*

¹⁵⁰ Gebleken is dat de verificatie van 1 van de klachten niet is opgenomen in het onderzoeks dossier, daarom gaat ACM uit van 7 geverifieerde klachten.

¹⁵¹ Zie onderzoeksrapport, bijlage 22 - *Vorderingen aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten: 2012202725 en 2012202515*. Zie verder onderzoeksrapport, bijlage 23 - *Antwoord vorderingen aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten: 2012103739 en 2012103606*.

¹⁵² Zie voor een toelichting op het begrip voorafgaande toestemming paragraaf 8.1.7 van het onderhavige besluit.

¹⁵³ De drie onderzochte wijzen waarop toestemming is gegeven voor de ontvangst van e-mailberichten van 123aanbieding.nl.nl zijn beschreven in paragraaf 9.1.1 ("verzonden berichten") van het onderhavige besluit.

¹⁵⁴ Zie onderzoeksrapport, randnummers 145 e.v. en Onderzoeksrapport, bijlage 14: *Vordering van informatie 20120709 (onder 3)*, onderzoeksrapport, bijlage 15: *Antwoord vordering van informatie 20120719, vraag 10*, onderzoeksrapport, bijlage 18: *Gespreksverslag [A] en [B] 17-10-2012*, p. 56 en onderzoeksrapport bijlage 19: *Vordering aantonen van toestemming*.

¹⁵⁵ Als bedoeld in randnummers 9.1.1 tot en met 0 van het onderhavige besluit.

Besluit Openbaar

niet duidelijk dat de abonnee via 123aanbieding.nl reclame-uitingen toegezonden zal krijgen van adverteerders waarvoor hij/zij geen specifieke toestemming heeft gegeven. Daisycon heeft tevens niet kunnen aantonen dat zij welkomstmails waarin aan de abonnee om bevestiging van de toestemming wordt gevraagd daadwerkelijk heeft verzonden. Verder kan de tekst uit het e-mailbericht¹⁵⁶ niet worden gezien als een bevestiging van de toestemming maar als een mogelijkheid tot afmelding. De hiervoor beschreven wijze van verkrijging van toestemming ten aanzien van het versturen van e-mailberichten door 123aanbieding.nl is op grond van het voorgaande niet aan te merken als specifiek en op informatie berustend.

186. Tevens kunnen het akkoord en de vraag in de enquêtes¹⁵⁷ niet worden aangemerkt als specifiek en op informatie berustend. De abonnee weet immers pas wanneer hij doorklikt naar het privacy statement aan welke geselecteerde adverteerders hij toestemming geeft voor toezending van e-mailberichten. De eerste toestemming is aldus niet op informatie berustend. Ten overvloede kan worden opgemerkt dat de toestemming die abonnees geven door akkoord te gaan met het privacy statement¹⁵⁸ ten aanzien van 123aanbieding.nl ook niet specifiek en op informatie berustend is. Uit het statement kan de abonnee namelijk niet opmaken dat 123aanbieding.nl niet zelf de adverteerder is maar slechts namens andere adverteerders (derden) e-mailberichten verstuurt. De abonnee heeft bovendien geen mogelijkheid om aan te geven van welke adverteerder hij namens 123aanbieding.nl wel of niet e-mailberichten wenst te ontvangen. Hieruit kan worden afgeleid dat de hiervoor beschreven wijze van verkrijging van toestemming ten aanzien van het versturen van e-mailberichten door 123aanbieding.nl namens derden, niet specifiek en op informatie berustend is.
187. De abonnee gaf in het geval van de toestemmingsvraag van [VERTROUWELIJK] onder andere toestemming voor de toezending van e-mailberichten door de sponsor 123aanbieding.nl. Uit deze toestemmingsvraag kan de abonnee echter niet opmaken dat 123aanbieding.nl namens derden berichten zal gaan toezenden. Het is voor de abonnee die zich aanmeldt dus al helemaal niet duidelijk van welke adverteerders hij/zij via 123aanbieding.nl berichten zal ontvangen. Ook in dit geval is de hiervoor beschreven wijze van verkrijging van toestemming ten aanzien van het versturen van e-mailberichten door 123aanbieding.nl niet aan te merken als specifiek en op informatie berustend.
188. Bovendien zijn de e-mailberichten gericht aan het adressenbestand 123aanbieding.nl verzonden namens verschillende adverteerders, zoals [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK]¹⁵⁹. In de gegeven voorbeelden van toestemmingsvragen¹⁶⁰ wordt niet voor genoemde adverteerders apart toestemming gevraagd. De abonnee heeft dan ook geen toestemming gegeven per verschillende adverteerder, maar slechts voor de toezending van de nieuwsbrief van 123aanbieding.nl, e-mailberichten van andere derden, of voor bepaalde sponsors waaronder 123aanbieding.nl in het geval van [VERTROUWELIJK].
189. Op grond van het voorgaande concludeert de ACM dat er bij alle drie de mogelijke onderzochte methoden voor het werven van e-mailadressen geen sprake is van een specifieke en op informatie berustende wilsuiting. Op grond hiervan oordeelt de ACM dat Daisycon geen

39/80

¹⁵⁶ Zie randnummer 163 van het onderhavige besluit. Zie ook onderzoeksrapport, bijlage 28: *Reactie op Feitencomplex, 5.13 en productie 18*.

¹⁵⁷ Genoemd in randnummer 166 van het onderhavige besluit.

¹⁵⁸ Zie randnummer 166 van het onderhavige besluit.

¹⁵⁹ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 33 - *opta_123aanbieding*.

¹⁶⁰ Zie randnummers 9.1.1 tot en met 0 van het onderhavige besluit.

Besluit Openbaar

toestemming kan aantonen in de zin van artikel 11.1, aanhef en onder g, Tw, omdat in ieder geval aan twee van de drie cumulatieve criteria voor toestemming niet is voldaan.

9.1.8 Conclusie

190. De ACM is van oordeel dat Daisycon in strijd met artikel 11.7, eerste lid, Tw heeft gehandeld door elektronische berichten te gebruiken om ongevroegde communicatie voor commerciële doeleinden over te brengen aan abonnees, zonder dat daarvoor aantoonbaar toestemming is verkregen.

9.2 Overtreding artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, Tw

191. In de vorige paragrafen is reeds vastgesteld dat Daisycon ongevroegd elektronische berichten met commerciële doeleinden verzond aan abonnees. Deze berichten vallen dus onder het spamverbod en dienen te voldoen aan die eisen die zijn opgenomen in artikel 11.7, vierde lid, Tw.¹⁶¹ In deze paragraaf zal ACM nagaan of kan worden vastgesteld of er sprake is van een overtreding van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud).¹⁶²
192. Zoals eerder aangegeven heeft Daisycon in ieder geval een deel van de e-mailadressen voor het 123aanbieding.nl adressenbestand verkregen door middel van een vraag die was opgenomen in haar enquêtes. Via die enquêtes meldde abonnees zich niet alleen aan bij 123aanbieding.nl, maar ook bij andere publishers¹⁶³. Deze methode wordt ook wel co-registratie genoemd¹⁶⁴. In vervolg op de werving van de e-mailadressen hebben zowel de andere publishers, via het affiliate programma van Daisycon, als Daisycon zelf e-mailberichten verstuurd aan de abonnees die zich hadden geregistreerd. Daisycon verzond de advertenties onder de noemer van een nieuwsbrief. De e-mailberichten van de andere publishers en van Daisycon bevatten dezelfde advertenties van dezelfde adverteerders¹⁶⁵. Hierdoor ontstond de situatie dat één abonnee meerdere malen e-mailberichten ontving waarin dezelfde advertenties van dezelfde adverteerders waren opgenomen.
193. In de e-mailberichten die Daisycon verzond aan het e-mailadressenbestand van 123aanbieding.nl is een afmeldlink opgenomen.¹⁶⁶ De afmeldlink bevatte het domein mailbutler.nl, zoals gezegd een domein(naam) in eigendom van Daisycon¹⁶⁷. Hieruit kan worden afgeleid dat de abonnee die op de link klikte, zich afmeldde bij Daisycon voor toezending van e-mailberichten door 123aanbieding.nl. Aangezien Daisycon slechts in incidentele gevallen afmeldingen doorgaf aan andere bestandhouders¹⁶⁸, leidde afmelding via de link standaard slechts tot afmelding bij het e-mailadressenbestand van 123aanbieding.nl. Gevolg hiervan was dat de abonnee van de andere publishers e-mailberichten bleef ontvangen met dezelfde advertenties van dezelfde adverteerders als namens wie Daisycon de e-mailberichten had gestuurd. Er bestond namelijk geen systeem dat er automatisch voor zorgde dat een abonnee, door te klikken op de afmeldlink van 123aanbieding.nl, zich afmeldde bij de andere bestandhouders die dezelfde e-mailberichten stuurden met reclame-uitingen van dezelfde

¹⁶¹ Zie voor een toelichting op artikel 11.7, vierde lid, Tw paragraaf 8.2 van het onderhavige besluit.

¹⁶² Op 5 juni 2012 is artikel 11.7 van de Tw aangepast. Voor dit onderzoek geldt echter artikel 11.7 zoals dit was vanaf 1 oktober 2009 tot en met 6 maart 2012.

¹⁶³ Zie randnummers 166 en 167 van het onderhavige besluit.

¹⁶⁴ Zie randnummer 167 van het onderhavige besluit.

¹⁶⁵ Zie onderzoeksrapport, randnummer 113.

¹⁶⁶ Zie onderzoeksrapport, randnummer 195 en voetnoot 217.

¹⁶⁷ Zie randnummer 180 van het onderhavige besluit.

¹⁶⁸ Zie onderzoeksrapport, bijlage 1: *Gespreksverslag [A]* p. 65-66.

Besluit Openbaar

adverteerders als waarvoor 123aanbieding.nl dat deed.¹⁶⁹ Dit wordt bevestigd door de verklaring van [A].¹⁷⁰

194. [A] stelt zich in zijn verklaring op het standpunt dat de e-mailberichten die Daisycon naar het 123aanbieding.nl adressenbestand verstuurde een nieuwsbrief bevatte en derhalve niet kunnen worden aangemerkt als e-mailberichten die namens een adverteerder zijn verzonden. Op grond daarvan stelt [A] dat afmelding niet hoefde te leiden tot afmelding bij de adverteerder, maar dat het voldoende was dat werd afgemeld bij 123aanbieding.nl. ACM is van oordeel dat dit niet juist is en overweegt daartoe het volgende.
195. De afmelding moet er op grond van artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, Tw toe leiden dat een abonnee geen e-mailberichten meer ontvangt van dezelfde adverteerders die in de e-mailberichten van 123aanbieding.nl waren opgenomen. Artikel 11.7 vierde lid, aanhef en onder b, Tw spreekt namelijk van een geldig postadres of nummer waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kan richten. Bovendien blijkt uit het voorgaande dat de verplichting om het recht van verzet te honoreren zich richt tot de gehele keten van partijen die betrokken is bij de verzending van de elektronische berichten.¹⁷¹ Als gevolg van het feit dat de e-mailadressen van het 123aanbieding.nl bestand via co-registratie zijn verkregen, ontvingen abonnees na afmelding bij 123aanbieding.nl nog steeds dezelfde advertenties maar dan via andere publishers. Op basis hiervan kan worden geconstateerd dat de afmelding er niet toe leidde dat de abonnee zich had afgemeld voor het ontvangen van “dergelijke communicatie”. Hierdoor bleven consumenten en andere abonnees last ondervinden van de ongevraagde elektronische berichten. Hiermee functioneerde de geboden afmeldmogelijkheid niet of onvoldoende.
196. ACM concludeert op basis van het voorgaande dat met de verzending van de berichten aan het 123aanbieding.nl adressenbestand meerdere overtredingen van artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, Tw zijn begaan.

9.3 Overtreder

9.3.1 Daisycon

197. In randnummer 173 en 174 is ACM tot de conclusie gekomen dat Daisycon voor de e-mailberichten die zijn verzonden aan het 123aanbieding.nl adressenbestand via haar eigen e-mailserver zowel de feitelijke verzender als de materieel verzender is.¹⁷² Voor wat betreft de e-mailberichten die zijn verzonden via [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] is Daisycon materieel verzender. Daarnaast had Daisycon financieel belang bij de verzending van e-mailberichten aan dit bestand¹⁷³, kon Daisycon besluiten om bepaalde campagnes voor adverteerders wel of niet te verzenden¹⁷⁴ en was Daisycon bij machte om de overtreding te beëindigen.¹⁷⁵

¹⁶⁹ Zie onderzoeksrapport randnummer 113.

¹⁷⁰ Zie onderzoeksrapport, bijlage 1: *Gespreksverslag [A]*, p. 65 – 66.

¹⁷¹ randnummers 109 en 112 van het onderhavige besluit.

¹⁷² In randnummer 173 en 170 van het onderhavige besluit.

¹⁷³ Zie onderzoeksrapport, randnummers 353 en 454.

¹⁷⁴ Zie onderzoeksrapport, randnummer 351.

¹⁷⁵ Zie onderzoeksrapport, randnummer 358.

Besluit Openbaar

198. Op grond van het voorgaande komt ACM tot de conclusie dat Daisycon in de hoedanigheid van zowel feitelijk als materieel verzender kan worden aangemerkt als overtreder, dat wil zeggen pleger, van artikel 11.7 eerste en vierde lid, Tw.

9.3.2 Bestuurders van Daisycon

199. ACM stelt vast dat ook de bestuurder [A] van de rechtspersoon Daisycon als overtreder van artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw dient te worden aangemerkt. [A] heeft namelijk als bestuurder feitelijk leiding gegeven aan de gedragingen die hebben geleid tot een overtreding van artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw.¹⁷⁶ . Hiertoe overweegt ACM het volgende.
200. [A] was gedurende de periode van de overtreding algemeen directeur en (deels via [F]) bestuurder bij Daisycon en in die hoedanigheid binnen Daisycon verantwoordelijk voor de productontwikkeling en de technische aspecten van de producten die Daisycon aanbiedt.¹⁷⁷ In die hoedanigheid heeft hij ook het initiatief genomen voor de ontwikkeling van de mailingen naar het adressenbestand 123aanbieding.nl.¹⁷⁸
201. De aanvragen voor mailingen naar het 123aanbieding.nl adressenbestand moesten bij [A] gedaan worden.¹⁷⁹ [A] gaf opdracht aan medewerkers voor verzending van bepaalde e-mailberichten.¹⁸⁰ Vragen betreffende de uitvoering van de mailingen naar de adressenbestanden die mede zagen op wet- en regelgeving werden gesteld aan [A].¹⁸¹ Daarnaast was [A] in ieder geval op de hoogte van de wijze waarop Daisycon een deel van haar e-mailadressen heeft geworven.¹⁸² Hij was tevens op de hoogte van het feit dat er klachten waren binnengekomen over de verzonden e-mails van Daisycon (door [A] omschreven als “abuse inbox”) die in ieder geval ook e-mailberichten van 123aanbieding.nl bevatten. [A] stuurt hier op 15 december 2009 een e-mailbericht over aan een medewerker en merkt daarbij op: “*Dit moet wel zsm opgelost worden voordat we boetes krijgen (de OPTA kan boetes tot 450.000 euro geven!!!!)*.”¹⁸³ Het duurt echter tot 31 januari 2011 voordat [A] instructies geeft voor het stopzetten van verzendingen aan het 123aanbieding.nl adressenbestand.¹⁸⁴ [A] was hiertoe bevoegd en derhalve in staat de overtreding te beëindigen.

9.3.2.1 Beoordeling feitelijk leidinggevende

202. In zijn hoedanigheid als algemeen directeur van Daisycon heeft [A] bij uitstek de hiërarchische en feitelijke positie en de daarbij horende bevoegdheid om gedragingen die leiden tot de overtreding door Daisycon te voorkomen dan wel deze ongedaan te maken.
203. Uit volgt¹⁸⁵ dat [A] in ieder geval wetenschap had van wijze van werving van de e-mailadressen voor het 123aanbieding.nl bestand en de aanvragen voor de mailingen naar het bestand. Naast deze wetenschap volgt uit de feiten dat [A] direct betrokken is geweest bij de totstandkoming van de mailingen naar het bestand en de verzending van de mailingen. Vaststaat ook dat [A]

¹⁷⁶ Zie voor een toelichting op het begrip feitelijk leidinggevende randnummers 127 e.v. van het onderhavige besluit.

¹⁷⁷ Zie onderzoeksrapport, bijlage 1: *gespreksverslag [A] 6-3-2012*, p. en onderzoeksrapport, bijlage 2: *gespreksverslag [C] 6-3-2012* p.15.

¹⁷⁸ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 150-SVO05 2009 – *Message 4892[21397]*.

¹⁷⁹ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 32 – SVO05 2009—*Message3532[18810]*.

¹⁸⁰ Zie onderzoeksrapport, randnummer 368.

¹⁸¹ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 32- SVO05 2009—*Message0488[13548]*.

¹⁸² Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 148 – SVO05 2011 *Message0918[45858]* en 149 – SVO05 2009—*Message2140[16336]*.

¹⁸³ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 10: 5 – SVO05 *Message0358[13229]*.

¹⁸⁴ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 28 – SVO05 2011 – *Message0738[45505]*.

¹⁸⁵ Zie randnummers 199, 200 en 201 van het onderhavige besluit.

Besluit Openbaar

pas op 31 januari 2011 actie heeft ondernomen om de verboden gedraging van Daisycon te beëindigen.

9.3.2.2 Conclusie ten aanzien van feitelijk leidinggevende

204. Gelet op het voorgaande is ACM van oordeel dat [A] in elk geval wetenschap had van de begane overtredingen. Hij was tevens bevoegd en redelijkerwijs gehouden tegen de verboden gedragingen op te treden dan wel deze te voorkomen. Daarnaast blijkt dat hij ook daadwerkelijk in staat was de overtreding te beëindigen. Derhalve dient [A] te worden beschouwd als feitelijk leidinggevende aan de verboden gedragingen die in dit besluit worden beschouwd als de overtredingen begaan door Daisycon.

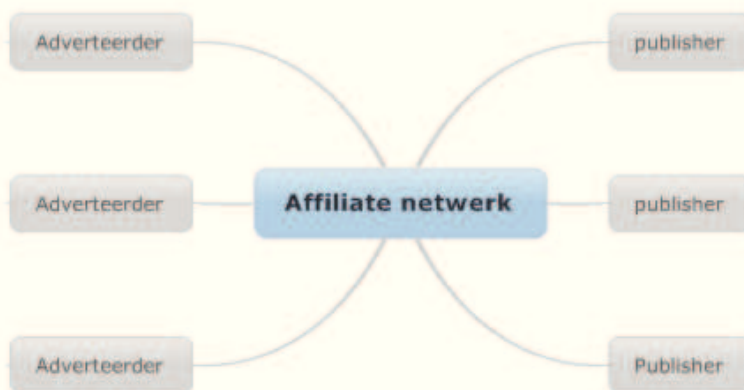
9.4 Conclusie

205. ACM is van oordeel dat Daisycon en [A] in strijd met artikel 11.7, eerste lid, Tw hebben gehandeld door elektronische berichten te gebruiken om ongevroegde communicatie voor commerciële doeleinden over te (laten) brengen aan abonnees, zonder dat daarvoor aantoonbaar voorafgaande toestemming is verkregen (hierna: overtreding 2a).

206. ACM is voorts van oordeel dat Daisycon en [A] in strijd met artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, Tw hebben gehandeld doordat zij geen geldige afmeldmogelijkheid hebben vermeld in de e-mailberichten die zij hebben verzonden ofwel hebben laten verzenden (hierna: overtreding 2b).

10 Daisycon in de rol van affiliate-netwerk

207. In dit hoofdstuk zullen de e-mailberichten worden besproken waar ACM klachten over heeft ontvangen via Spamklacht. Het betreft hier de e-mailberichten die zijn verzonden via het affiliate netwerk van Daisycon. Die berichten zijn verzonden naar diverse e-mailadressenbestanden van diverse publishers.



208. Vervolgens zal ACM beoordelen of deze berichten een of meerdere overtredingen van het spamverbod vormen en wat de betrokkenheid van Daisycon en haar bestuurders daarbij is.

Besluit Openbaar

10.1 Overtreding artikel 11.7, eerste lid, Tw

209. In het nu navolgende hoofdstuk zal ACM bespreken en beoordelen of Daisycon in de rol van affiliate netwerk een overtreding van artikel 11.7, eerste lid, heeft begaan.¹⁸⁶
210. Ten eerste worden de *verzonden berichten* en de *verzender* besproken. Vervolgens wordt besproken of de berichten *elektronische berichten* zijn die *ongevraagd* en met *commerciële, ideële of charitatieve* doeleinden verzonden zijn aan *abonnees*. Ten slotte zal besproken worden of deze ongevraagde communicatie is verzonden met de wettelijk vereiste *voorafgaande toestemming* van de ontvangende abonnees.
- #### 10.1.1 Verzonden berichten
211. Daisycon bracht met haar affiliate-netwerk adverteerders in contact met publishers om reclame-uitingen te verzorgen.¹⁸⁷ Aan de verzonden reclame-uitingen is niet direct te zien of Daisycon betrokken is geweest. Gelet op de strekking van artikel 11.7 Tw is het onderzoek beperkt tot reclame-uitingen die door de publishers per e-mailbericht verzonden zijn. Andere reclame-uitingen, zoals banners op een website, maken derhalve geen deel uit van het onderhavige besluit. Om te bepalen welke e-mailberichten verzonden zijn met tussenkomst van Daisycon, heeft de rapporteur de klachten die zijn binnen gekomen via www.spamklacht.nl onderzocht.
212. Bij het indienen van een klacht op www.spamklacht.nl, vraagt ACM aan de klager om de broncode van het originele e-mailbericht in het klachtenformulier over te nemen.¹⁸⁸ De broncode bevat voor ACM essentiële informatie over bijvoorbeeld de herkomst van een e-mailbericht. De rapporteur heeft bij een groot aantal klachten de broncode geanalyseerd. Hierbij is gebleken dat een aantal e-mailberichten waar de klachten¹⁸⁹ betrekking op hadden overeenkomsten vertoonde in de broncode.
213. Uit het onderzoek is gebleken dat deze e-mailberichten een speciale link bevatten. In deze link wordt verwezen naar het domein ds1.nl of l1b.nl (hierna: ds1-link). Deze domeinen staan geregistreerd op de naam van Daisycon. De ds1-link is in de HTML-versies¹⁹⁰ van de e-mailberichten niet te zien en wordt alleen getoond in de broncode van de reclame-uiting.
214. Uit de gesprekken met Daisycon is gebleken dat de ds1-link wordt opgenomen in het promotiemateriaal om te traceren of ontvangers gebruik maken van de aanbiedingen die via het affiliate netwerk voor hun beschikbaar zijn gesteld. Bovendien heeft Daisycon verklaard dat de ds1-links steeds uniek zijn per reclame-uiting.¹⁹¹ Derhalve kan aan de hand van de ds1-link worden vastgesteld of een e-mailbericht met tussenkomst van het affiliate netwerk van Daisycon verzonden is.
215. Een voorbeeld van een reclame-uiting, die via het affiliate netwerk van Daisycon verzonden is, ziet er als volgt uit:¹⁹²

¹⁸⁶ Zie voor een toelichting op artikel 11.7, eerste lid, Tw randnummers 54 en 55 van het onderhavige besluit.

¹⁸⁷ Zoals ACM in paragraaf 4.2 van het onderhavige besluit heeft omschreven.

¹⁸⁸ De broncode (ook wel brontekst of in het Engels: source of source code) van een e-mailbericht is de leesbare tekst die door de programmeur in een formele programmeertaal is geschreven.

¹⁸⁹ Binnen de onderzoeksperiode betreft dit 239 klachten.

¹⁹⁰ Met HTML-versie wordt bedoeld op het opgemaakte e-mailbericht zoals de ontvanger deze te zien krijgt.

¹⁹¹ Zie verslag hoorzitting p.14.

¹⁹² Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 111 - SVO19 Message5204[287166]. Zie voor meer voorbeelden onderzoeksrapport, bijlage 28: *Reactie op Feitencomplex productie 6*.

Besluit Openbaar

[AFBEELDING VERTROUWELIJK]

216. Bij dit bericht was de volgende ds1-link opgenomen in de broncode:

`http://b.ds1.nl/867/142444/index.php?wi=40755&si=867&li=142444&ws=&am
p;dl="`

217. Gelet op het voorgaande komt ACM tot de conclusie dat het affiliate netwerk van Daisycon een essentiële rol vervulde bij de verzending van diverse e-mailberichten. Deze berichten zijn te herkennen aan de aanwezigheid van één of meerdere ds1- of l1b-links in de broncode van de berichten.

10.1.2 Verzender

218. Artikel 11.7 eerste lid, Tw richt zich tot de verzender, die als overtreder van het spamverbod moet worden aangemerkt.¹⁹³ Van belang hierbij is om te benadrukken dat uit de praktijk blijkt, dat er vele partijen betrokken te zijn bij het verzenden van ongevraagde elektronische berichten met marketingdoeleinden. De verantwoordelijkheid voor het verzenden van een elektronisch bericht ligt hierbij in wisselende mate bij de verschillende betrokken partijen. 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.¹⁹⁴

219. De e-mailberichten, waarvoor Daisycon door middel van haar affiliate netwerk heeft bemiddeld, zijn verzonden door de verschillende publishers. De publishers zijn daarmee in ieder geval aan te merken als feitelijk verzender van de e-mailberichten.

220. Verder staat vast dat de betreffende e-mailberichten verzonden werden namens de betreffende adverteerders.¹⁹⁵ De adverteerders zijn daarmee degenen waarvan de e-mailberichten afkomstig zijn. De adverteerders zijn derhalve in ieder geval aan te merken materieel verzender van de e-mailberichten.

221. Daisycon bracht de adverteerders en de publishers tot elkaar en stelde het promotiemateriaal uiteindelijk beschikbaar. Afhankelijk van de wensen van de adverteerder kon zij het promotiemateriaal ook bewerken en geschikt maken voor de publishers.¹⁹⁶ Daarmee was Daisycon een onmisbare schakel in de keten die tot het verzenden van de berichten leidde. Daar er geen direct contact tussen de adverteerders en publishers plaatsvond, was de faciliterende en bemiddelende rol van Daisycon essentieel om de verzending van de e-mailberichten tot stand te brengen.

222. Gezamenlijk met de adverteerders en de publishers verzorgde Daisycon dus de inhoud en de verzending van de e-mailberichten. De drie partijen vormde hiermee een keten, waarbij alle partijen hun eigen aandeel hadden in het tot stand brengen van de verzending van de berichten. Aangezien Daisycon een onmisbare schakel vormde in deze keten, acht ACM haar mede verantwoordelijk voor deze verzending. In hoofdstuk 10.3 zal nader uiteen worden gezet

¹⁹³ Zie voor een toelichting op het begrip verzender paragraaf 8.1.2 van het onderhavige besluit.

¹⁹⁴ *Kamerstukken II* 2005/06, 30 661, nr. 3, p. 11.

¹⁹⁵ Zie onderzoeksrapport, paragraaf 7.3.1, onder A.

¹⁹⁶ Zie onderzoeksrapport, randnummer 380.

Besluit Openbaar

op welke wijze Daisycon betrokken is geweest bij de verzending van de e-mailberichten en waarom zij verantwoordelijk is te houden voor de verzending van deze berichten.

10.1.3 Elektronische berichten

223. Zoals hiervoor is uiteengezet, was het affiliate netwerk van Daisycon nauw betrokken en onmisbaar bij de verzending van diverse e-mailberichten. In paragraaf 8.1.3 heeft ACM reeds geconcludeerd dat een e-mailbericht is aan te merken als een elektronisch bericht, hetgeen overigens niet door Daisycon wordt betwist. ACM stelt derhalve vast dat de verschillende reclame-uitingen, die via het netwerk van Daisycon per e-mail zijn verstuurd, zijn aan te merken als elektronische berichten in de zin van artikel 11.1, aanhef en onder i, Tw.

10.1.4 Ongevraagde communicatie

224. Artikel 11.7 Tw ziet op ongevraagde communicatie. Voor het beantwoorden van de vraag of sprake is van ongevraagde communicatie is niet van belang op welke wijze de (contact)gegevens van de abonnee zijn vergaard. Ook indien een abonnee, bijvoorbeeld door het invullen van een enquête of het meedoen aan prijsvraag, ingestemd heeft met het gebruik van zijn (contact)gegevens is er nog steeds sprake van ongevraagde communicatie. Hij heeft in dat geval immers niet daadwerkelijk en met zo veel woorden verzocht om de (elektronische) communicatie, maar slechts in algemene zin ingestemd met het gebruik van zijn (contact)gegevens.

225. Er is slechts sprake van gevraagde elektronische communicatie indien die abonnee daadwerkelijk en met zo veel woorden verzoekt om communicatie. Ten eerste betekent dit dat de abonnee zélf en op eigen initiatief voor iedere afzonderlijke communicatie verzoekt om gemaïld te worden. Ten tweede betekent dit dat het verzoek van de abonnee voldoende duidelijk is, dus ten minste de naam van het bedrijf of de organisatie en het onderwerp van het e-mailbericht moet bevatten.¹⁹⁷

226. Het initiatief voor de verzending van de berichten, die met behulp van het affiliate netwerk van Daisycon werden verstuurd, lag bij de adverteerders. Zij deden dit vervolgens in nauwe samenspraak met Daisycon. De adverteerders benaderden Daisycon om een e-mailcampagne op te starten en Daisycon zorgde dat deze binnen de gemaakte afspraken ook daadwerkelijk werd verzonden. De berichten werden dus niet op verzoek van de ontvanger verzonden.¹⁹⁸ Aangezien ook na het invullen van de (contact)gegevens van de abonnee bij een enquête of bij het meedoen aan prijsvraag dan wel het accepteren van algemene voorwaarden, privacy statement of anderszins nog steeds sprake is van ongevraagde communicatie, zijn de berichten die via het affiliate netwerk van Daisycon zijn verstuurd, ongevraagd.

227. Daisycon heeft in haar zienswijze aangegeven dat zij van oordeel is dat er in ieder geval bij een aantal publishers sprake is van gevraagde communicatie.¹⁹⁹ Het gaat hierbij volgens Daisycon om de zogenoemde cash-back partijen, waarbij de ontvanger een vergoeding ontvangt op het moment dat hij ingaat op een aanbieding. Deze vergoeding bestaat doorgaans uit spaarpunten. Daisycon heeft haar stelling onderbouwd door te verwijzen naar het feit dat deze partijen een

¹⁹⁷ Zie hiervoor ook de volgende tussenuitspraak: Rb. Rotterdam 30 augustus 2012, zaaknummer AWB 11/4192. Te raadplegen via: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/11291/Tussenuitspraak-Oxxio/>

¹⁹⁸ Zie voor een beschrijving van de werkwijze: onderzoeksrapport, paragraaf 7.3.1, onder A.

¹⁹⁹ Zienswijze Daisycon d.d. 14 mei 2013, randnummers 20 t/m 25.

Besluit Openbaar

meer uitgebreide inschrijving vereisen, omdat de gespaarde punten anders niet uitgekeerd kunnen worden.²⁰⁰

228. ACM is van oordeel dat er ook bij deze partijen geen sprake is van gevraagde informatie. Het feit dat een partij een meer uitgebreide inschrijfprocedure heeft ingericht maakt niet dat communicatie gevraagd is. Zoals gezegd is pas sprake van gevraagde elektronische communicatie indien die abonnee daadwerkelijk en met zo veel woorden om iedere afzonderlijke communicatie verzoekt. ACM acht het niet aannemelijk dat een algemene inschrijving voor een reguliere nieuwsbrief kan garanderen dat de abonnee daadwerkelijk en met zoveel woorden verzoekt om communicatie van alle adverteerders die op enig moment verschijnen in de nieuwsbrief. Daarom kunnen deze e-mailberichten naar het oordeel van ACM niet worden aangemerkt als gevraagde communicatie. De inschrijving bevatte immers niet voor iedere afzonderlijke communicatie de naam van het bedrijf of de organisatie en het onderwerp van het e-mailbericht. Of er met een dergelijke inschrijfprocedure wel de wettelijke vereiste voorafgaande toestemming wordt verkregen, zal in paragraaf 10.1.7 nader uitgewerkt worden.

10.1.5 Doel van de berichten

229. Ten aanzien van de inhoud van de e-mailberichten overweegt ACM als volgt. In artikel 11.7, eerste lid, Tw wordt beschreven dat elektronische berichten die verzonden worden met *commerciële, ideële of charitatieve* doeleinden dienen te voldoen aan artikel 11.7, eerste tot en met vierde lid, Tw.
230. Het doel van de e-mailberichten is de ontvangers naar de in de berichten geadverteerde website(s) leiden om deze ontvangers daar vervolgens te bewegen tot een aankoop, inschrijving of andere actie ten behoeve van de adverteerder.²⁰¹ Alleen al om deze reden is het doeleinde van het bericht commercieel en/of charitatief, afhankelijk van de aard van de adverteerder.
231. Omdat Daisycon en de publishers bovendien werden betaald per transactie en niet per verzonden bericht, zijn affiliate programma's puur gericht op het genereren of verkopen van leads voor de adverteerder.²⁰² De e-mailberichten die voor affiliate programma's van Daisycon zijn verzonden hebben in ieder geval ook om die reden commerciële doeleinden.
232. Op grond van het voorgaande is ACM van oordeel dat de e-mailberichten een commercieel en/of charitatief doeleinde hebben. Dit wordt niet betwist door Daisycon.

10.1.6 Abonnees

233. Het spamverbod beperkte zich tijdens de onderzoeksperiode tot ongevraagde e-mailberichten die zijn verzonden aan abonnees.²⁰³ Hierbij heeft ACM geconcludeerd dat ieder e-mailadres wordt uitgegeven aan een abonnee van een e-maildienst. Aangezien bij ieder e-mailadres een abonnee hoort die een overeenkomst heeft met een dienstverlener die het gebruik van e-mailadressen aanbiedt, staat vast dat bij elk e-mailadres in ieder geval een abonnee betrokken is.

²⁰⁰ Zie verslag hoorzitting, p. 5-6.

²⁰¹ Zie Onderzoeksrapport, randnummer 224.

²⁰² Zie Onderzoeksrapport, randnummer 225.

²⁰³ Zoals in paragraaf 8.1.6 van het onderhavige besluit is omschreven,

Besluit Openbaar

234. Bovendien heeft de rapporteur onderzocht of een aantal klagers ook daadwerkelijk abonnee is in de zin van artikel 1.1, aanhef en onder p, Tw. ACM heeft hierbij enkel de geverifieerde verklaringen van klagers in ogenschouw genomen die gaan over ontvangen e-mailberichten in de onderzoeksperiode. Daarnaast heeft de rapporteur zich beperkt tot publishers die in meerdere categorieën e-mailberichten verzonden. De rapporteur zich dus beperkt tot de [VERTROUWELIJK] verschillende publicatiemiddelen²⁰⁴, waarvan met zekerheid is komen vast te staan dat dit e-mailmarketing betrof.²⁰⁵
235. Vervolgens heeft ACM bij zes klagers²⁰⁶ geverifieerd en vastgesteld dat zij abonnee zijn van het e-mailadres waaraan het ongevraagde e-mailbericht dat via het affiliate netwerk van Daisycon is verzonden, dan wel dat zij hun internettoegang en e-mailadres ontlenen aan een contract met een aanbieder van internet(toegangs)diensten.²⁰⁷ De verklaringen van de klagers zijn gecontroleerd bij de door de klager genoemde aanbieder van internet(toegangs)diensten.²⁰⁸
236. Uit het voorgaande kan geen ander oordeel volgen dan dat ontvangers van de ongevraagde e-mailberichten die staan omschreven in paragraaf 10.1.1 een overeenkomst hebben met een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst voor de levering van dergelijke diensten en derhalve abonnee zijn. Hiermee staat voor ACM vast dat het affiliate netwerk van Daisycon betrokken is geweest bij de verzending van ongevraagde e-mailberichten naar abonnees in de zin van artikel 1.1, aanhef en onderdeel p, Tw.

10.1.7 Voorafgaande toestemming

237. Artikel 11.7, eerste lid, Tw bepaalt dat een abonnee *voorafgaande toestemming* moet geven voor het ontvangen van ongevraagde elektronische berichten met een commercieel, ideëel of charitatief doeleinde.²⁰⁹ In deze paragraaf zal ACM toetsen of er sprake was van voorafgaande toestemming voor de e-mailberichten die via het affiliate netwerk van Daisycon zijn verstuurd.

10.1.7.1 Aantonen van toestemming

238. De verzender dient te kunnen aantonen dat de betreffende abonnee voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voorafgaande toestemming heeft verleend. ACM is van oordeel dat verzenders van ongevraagde e-mail berichten per abonnee in ieder geval moeten kunnen aantonen wanneer de toestemming is gegeven, aan wie de toestemming is gegeven, waarvoor de toestemming is gegeven en inzage moet kunnen geven in de wijze van verkrijgen van de toestemming. Omdat, gelet op het brede verzenderbegrip²¹⁰, ook de materiele verzenders in staat moeten zijn om aan te tonen dat er toestemming is gegeven voor de betreffende e-mailcampagne, acht ACM het van belang dat elke schakel in de gehele keten, die betrokken is

²⁰⁴ Een publicatiemiddel is een middel waarmee een publisher de reclame-uiting publiceert. Dit kan een e-mailbericht betreffen, maar ook bijvoorbeeld een banner op een website. Een publisher kan meerdere publicatiemiddelen aanmaken (bijvoorbeeld meerdere nieuwsbrieven). Door Daisycon werd dit een medium genoemd.

²⁰⁵ Zie onderzoeksrapport, paragraaf 5.3.4.

²⁰⁶ Zie onderzoeksrapport, bijlage 24: *Abonneestatusonderzoek overzicht*. Uit dit schema blijkt dat de rapporteur in totaal 15 klachten heeft geverifieerd die een ds1 -link bevatten. Van deze klachten hebben er 7 betrekking op de [VERTROUWELIJK] publicatiemiddelen die in het rapport beschreven staan. Gebleken is echter dat de verificatie van 1 van de klachten niet is opgenomen in het onderzoeksdoossier, zodoende gaat ACM uit van 6 geverifieerde klachten.

²⁰⁷ Zie onderzoeksrapport, bijlage 13: *Vraag medewerking onderzoek abonnees: klacht_80714 en klacht 80043*. Zie verder onderzoeksrapport, bijlage 21: *Verklaringen abonnees: Verklaringen 2012103605 en 2012103402*.

²⁰⁸ Zie onderzoeksrapport, bijlage 22: *Vorderingen aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten: 2012202725 en 2012202515*. Zie verder onderzoeksrapport, bijlage 23: *Antwoord vorderingen aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten: 2012103739 en 2012103606*.

²⁰⁹ Zie voor een toelichting op het begrip voorafgaande toestemming paragraaf 8.1.7 van het onderhavige besluit.

²¹⁰ Zie paragraaf 8.1.2.

Besluit Openbaar

bij de verzending, in staat is om te beschikken over de afgegeven toestemming van de ontvangers en om deze over te kunnen leggen.

239. 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 controle mechanismen worden ingebouwd. Partijen kunnen immers hun wettelijke verantwoordelijkheden 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.²¹¹
240. De rapporteur heeft Daisycon op meerdere momenten in de gelegenheid gesteld om aan te tonen dat de ontvangers toestemming hadden gegeven voor de e-mailberichten.²¹² 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.²¹³ Om deze reden zou Daisycon de betreffende informatie alleen kunnen verkrijgen door navraag te doen bij de publishers.²¹⁴ Nu Daisycon dit niet heeft gedaan, is zij niet in staat om aan te tonen dat de ontvangers toestemming hadden gegeven voor de ontvangende berichten.
241. Daarnaast heeft Daisycon aangegeven dat zij ervan uitgaat dat de publishers voorafgaande toestemming hebben voor de e-mailadressenbestanden die zij gebruiken, omdat zij akkoord gaan met de Algemene Publisher Voorwaarden.²¹⁵ In deze voorwaarden zou staan dat het niet toegestaan is grote hoeveelheden ongevraagde e-mailberichten te verzenden.
242. Nog los van de betekenis die aan deze bepaling moet worden toegedicht, toont de verwijzing naar de algemene publisher voorwaarden niet aan, dat abonnees daadwerkelijk toestemming hebben gegeven voor de ongevraagde communicatie. In de eerste plaats betreft het een civielrechtelijke overeenkomst tussen het affiliate netwerk en de betreffende publisher. Met het sluiten van dergelijke civielrechtelijke overeenkomst kan Daisycon haar verantwoordelijkheid voor de naleving van enig publiekrechtelijke wettelijke bepaling niet omzeilen. Zoals ACM in paragraaf 10.1.2 heeft uiteengezet, is elke schakel in de gehele keten die betrokken is bij de verzending van de e-mailberichten zelf verantwoordelijk voor de naleving van de Telecommunicatiewet. Hierbij kunnen de betrokken partijen niet hun wettelijke verantwoordelijkheid afschuiven op een ander, hetgeen de wetgever met de ruime uitleg van het verzenderbegrip nu juist heeft willen voorkomen. Ook Daisycon was dus gehouden om proactief te controleren op de naleving van deze bepaling. Daisycon heeft echter verklaard dit

²¹¹ Kamerstukken II 2005/06, 30 661, nr. 3, p.11.

²¹² 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 [A] en [B] 17-10-2012*, p. 22 – 34.

²¹³ Zie onderzoeksrapport, bijlage 15: *Antwoord vordering van informatie 20120719*, onderzoeksrapport bijlage 17: *Antwoorden Daisycon aanvullende vragen* en onderzoeksrapport, bijlage 20: *Reactie vordering toestemming*.

²¹⁴ Zie onderzoeksrapport, bijlage 20: *Reactie vordering toestemming*.

²¹⁵ Zie onderzoeksrapport, randnummer 252 en onderzoeksrapport, digitale bijlage: DVD Hoofdstuk 7: 55 - *Website Daisycon - Algemene Publisher Voorwaarden*.

Besluit Openbaar

niet te doen, daarmee heeft zij bewust het risico genomen dat de Telecommunicatiewet zou worden overtreden en niet al hetgeen redelijkerwijs mogelijk was gedaan om de overtreding te voorkomen.²¹⁶

243. Bovendien sluit de betreffende bepaling uit de algemene publisher voorwaarden niet aan bij artikel 11.7 Tw, waardoor zij ongeschikt is om uit te sluiten dat een publisher spam verstuurt. De betreffende bepaling luidt als volgt:²¹⁷

“3.9 Het is Publishers niet toegestaan het aangeleverde materiaal en verkregen gegevens te gebruiken voor handelingen en/of gedragingen die in strijd zijn met toepasselijke wettelijke bepalingen, de netiquette, de richtlijnen van de Reclame Code Commissie, de overeenkomst of deze Algemene Publisher Voorwaarden. Hieronder vallen onder meer, maar niet uitsluitend, de navolgende handelingen en gedragingen: spamming: het ongevraagd verzenden van grote hoeveelheden e-mail met dezelfde inhoud en/of het ongevraagd in grote aantallen nieuwsgroepen op het internet posten van een bericht met dezelfde inhoud;”

244. In de algemene publisher voorwaarden staat weliswaar dat publishers zich aan de wet moeten houden, dit laat echter onverlet dat de gehanteerde definitie van het begrip *spamming*²¹⁸ wel overeen dient te komen met hetgeen in artikel 11.7 Tw is bepaald. Op grond van artikel 11.7 Tw is het immers niet van belang dat er grote hoeveelheden e-mail met dezelfde inhoud worden verstuurd. Al een enkel bericht kan aan te merken zijn als spam indien de verzender zich niet houdt aan de voorwaarden die staan omschreven in artikel 11.7 Tw. Voorts volgt uit deze bepaling van de Algemene Publisher voorwaarden niet dat de publishers voorafgaande toestemming moeten hebben (en kunnen aantonen) voordat zij een ongevraagd e-mailbericht aan een ontvanger mogen verzenden. Daarmee is deze bepaling in de algemene voorwaarden niet geschikt om te voorkomen dat publishers artikel 11.7 Tw overtreden.
245. Daarnaast zijn de ontvangers van de e-mailberichten geen partij bij deze overeenkomst. Uit deze bepaling kan dus niet worden afgeleid dat de ontvangers van de e-mailberichten voorafgaande toestemming hebben gegeven.
246. Gelet op het voorgaande concludeert ACM dat Daisycon niet heeft kunnen aantonen dat de ontvangers van de e-mailberichten voorafgaande toestemming hebben verleend voor de ontvangst van de e-mailberichten. Hoewel zij hiertoe op grond van de Telecommunicatiewet gehouden was, heeft zij nagelaten om te controleren of de publishers wel over de benodigde toestemming beschikten. Ten onrechte poogt Daisycon zich hierbij te verschuilen achter de publishers en de Algemene Publisher Voorwaarden die zij heeft opgesteld. Nu deze voorwaarden niet geschikt zijn om naleving van de Telecommunicatiewet af te dwingen en Daisycon ook niet op een andere wijze heeft voldaan aan het verzoek van OPTA om voorafgaande toestemming aan te tonen, is ACM van oordeel dat Daisycon niet heeft kunnen aantonen dat de ontvangers van de e-mailberichten voorafgaande toestemming hadden verleend.

²¹⁶ Zie verslag hoorzitting, p. 12.

²¹⁷ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlage: DVD Hoofdstuk 7: 55 - Website Daisycon - Algemene Publisher Voorwaarden.

²¹⁸ Het begrip spamming komt overigens zelf in de Telecommunicatiewet niet voor.

Besluit Openbaar

247. ACM zal in het navolgende uiteenzetten dat de ontvangers van de e-mailberichten ook geen voorafgaande toestemming hebben verleend voor de verzending van de e-mailberichten.

10.1.7.2 Toestemming

248. Artikel 11.1, aanhef en onder g, Tw verwijst voor de uitleg van het begrip toestemming uit de Telecommunicatiewet naar het begrip toestemming zoals bedoeld in artikel 1, onder i, Wbp. Dit laatste artikel noemt drie (criteria waaraan de toestemming moet voldoen, namelijk “vrij”, “op informatie berustend” en “specifiek”. De wilsuiting waarmee toestemming wordt verkregen dient derhalve vrij, specifiek en op informatie berustend te zijn gegeven. Het gebruik van het verworven e-mailadres dient bovendien overeen te komen met de wilsverklaring. Deze criteria zijn cumulatief en er dient dus aan al deze criteria te worden voldaan.
249. Op het moment dat een partij toestemming vraagt door middel van vooraf ingevulde verklaring waarbij de abonnee slechts nog een vinkje hoeft te zetten, dan dient deze toestemmingsvraag te voldoen aan de eisen van artikel 1, onder i, Wbp. Anders kan niet worden gesteld dat de wilsverklaring vrij, specifiek en op informatie berustend is afgegeven.
250. De rapporteur heeft onderzocht op welke wijze e-mailadressen werden geworven voor de verzonden e-mailberichten.²¹⁹ Met dit onderzoek heeft ACM ook kunnen vaststellen op welke wijze de publishers toestemming zouden hebben gevraagd voor de verzending van de e-mailberichten. Nu er geen aanleiding bestaat om te vermoeden dat de toestemming niet vrij gegeven zou zijn, behoeft dit element naar het oordeel van ACM geen bespreking. In het nu navolgende zal ACM zich derhalve beperken tot de elementen “op informatie berustend” en “specifiek”.
251. De rapporteur heeft in het onderzoek geconcludeerd dat Daisycon tevens betrokken was bij de werving van adressen voor de publishers.²²⁰ Hierbij werd een deel van de adressen geworven door middel van co-registratie.²²¹ 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.²²² De deelnemer van deze enquête of prijsvraag zou in deze constructie toestemming hebben gegeven voor het uitleveren van zijn (contact)gegevens en het benaderd worden, doordat hij akkoord is gegaan met de algemene voorwaarden en het privacy statement. Hieronder volgt een voorbeeld van een dergelijke toestemmingsvraag.

²¹⁹ Zie Onderzoeksrapport, randnummer 258 e.v.

²²⁰ Zie Onderzoeksrapport, randnummer 260.

²²¹ Zie Onderzoeksrapport, randnummer 268 e.v.

²²² In voorkomende gevallen wordt ook verwezen naar 'zorgvuldig geselecteerde partners' of woorden van gelijke strekking waardoor het aantal bedrijven of organisatie oneindig groot wordt.

Besluit Openbaar



52/80

252. ACM stelt hierbij voorop dat reeds bij de invoering van het spamverbod expliciet is bepaald, dat een verwijzing naar bijvoorbeeld een bepaling in de algemene voorwaarden of privacy statement niet is aan te merken als een toestemming in de zin van de Wet bescherming persoonsgegevens of artikel 11.1, aanhef en onder g, Tw.²²³ Op basis van deze bepaling concludeert ACM dat co-registratie geen geschikte methode is om de wettelijk vereiste voorafgaande toestemming te verkrijgen voor de verzending van ongevraagde e-mailberichten met een commercieel, ideëel of charitatief doeleinde.
253. Dit geldt naar het oordeel van ACM te meer nu de gebruikte privacy statements doorgaans geen uitputtende lijst bevatten, maar ook vermeldden dat *mogelijk andere derden of niet nader gespecificeerde "partners" of "adverteerders"* onderdeel uit maakten van de geselecteerde bedrijven.²²⁴ Hierbij moet worden opgemerkt dat Daisycon heeft verklaard dat zij geen gegevens daadwerkelijk heeft uitgeleverd aan partijen die niet bij naam waren opgenomen in het privacy statement.²²⁵ Dit laat echter onverlet dat het privacy statement niet uitputtend was en derhalve is een dergelijke bepaling onvoldoende specifiek.
254. Op deze wijze wordt niet op een specifieke wijze om toestemming gevraagd voor het verzenden van e-mailberichten. Een consument kan immers aan de hand van deze bepaling onmogelijk achterhalen van wie hij ongevraagde e-mailberichten met advertenties kan verwachten. Hierbij acht ACM het tevens van belang dat een abonnee niet specifiek kan aangeven van welke adverteerder hij wel of geen berichten wil ontvangen.
255. Voorts is het van belang om te benadrukken dat de bedrijven die wel in het privacy statement opgenomen stonden niet voor zichzelf reclame-uitingen verzonden, maar voor de adverteerders. Er wordt hierbij geen melding gemaakt van het feit dat (een deel van) de "geselecteerde bedrijven" berichten met commerciële doeleinden voor derden zullen

²²³ Kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 152-153.

²²⁴ Zie onderzoeksrapport, randnummer 162 en 250.

²²⁵ Zie verslag hoorzitting, p. 8.

Besluit Openbaar

verzenden.²²⁶ Op grond van dit alles concludeert ACM dat de toestemming die zou zijn verworven middels de privacy-statements, niet is aan te merken als specifiek en op informatie berustend. Daarom is ACM van oordeel dat de verklaringen die door middel van co-registratie zijn verkregen niet zijn aan te merken als de wettelijk vereiste voorafgaande toestemming.

256. Tevens is uit nader onderzoek gebleken dat enkele publishers de adressen wierven door een specifieke vraag in de enquêtes van Daisycon te financieren (gesponsorde vraag). Onderstaande afbeelding is een voorbeeld van een dergelijke vraag.²²⁷



Word lid van [REDACTED] net grootste online spaarprogramma van Europa!

Houd je van korting? Neem een kijkje bij één van de 1.900 aangesloten webwinkels! Houd je van sparen zonder geld uit te geven? Lees dan onze emails, doe mee aan marktonderzoeken en nodig je vrienden uit. Word nu lid en ontvang direct de aanmeldbonus van € 1,95!

JA, ik wil graag lid worden
 Nee, ik ben al lid
 Nee, ik heb geen interesse

257. Hiermee deden zij meer dan uitsluitend toestemming te vragen door hun naam te vermelden in de lijst met geselecteerde adverteerders in de privacy statements van de enquêtes. ACM is van oordeel dat ook de publishers, die een dergelijke vraag hadden opgenomen in de enquête, geen toestemming hebben gevraagd voor de e-mailberichten die zij hebben verzonden. Hiertoe overweegt ACM als volgt.
258. Allereerst is gebleken dat de betreffende publishers niet altijd acht hebben geslagen op de antwoorden die op deze vragen werd gegeven.²²⁸ Dit blijkt uit het feit dat de e-mailadressen door Daisycon ongeacht de antwoorden van de abonnee werden doorgestuurd aan de publishers. Hierdoor werd niet gewaarborgd dat abonnees, die geen e-mailberichten wensten te ontvangen, ook daadwerkelijk gevrijwaard werden van ongevroegde communicatie.
259. Daarnaast benadrukt ACM dat deze vraag niet voldoende duidelijk en specifiek is geformuleerd. Zo valt uit deze vraagstelling niet af te leiden wat voor een e-mailberichten er verstuurd zullen worden en hoeveel dit er zullen zijn. Bovendien geldt ook voor deze partijen dat zij niet voor zichzelf e-mailberichten met reclame-uitingen verzonden, maar voor de adverteerders. Uit de bovenstaande vraag blijkt geenszins dat het gaat om toestemming voor het verzenden van berichten met commerciële doeleinden voor derden. Op grond van dit alles concludeert ACM dat de toestemming die zou zijn verworven door middel van de gesponsorde vraag, niet is aan te merken als specifiek en op informatie berustend. Gelet op het voorgaande is ACM van oordeel dat de reacties van abonnees op deze vragen niet zijn aan te merken als wettelijk vereiste voorafgaande toestemming.

²²⁶ Zie onderzoeksrapport, randnummer 162 en 250.

²²⁷ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlage: DVD Hoofdstuk 5: 23 - SVO09 [VERTROUWELIJK] - Enquetevraag - 18-05-2011[416796]: Contract van 16-5-2011 voor het opnemen van een gesponsorde vraag voor [VERTROUWELIJK] in de enquêtes.

²²⁸ Zie onderzoeksrapport, randnummer 262.

Besluit Openbaar

260. Tot slot zou er een aantal publishers ook direct via hun eigen website e-mailadressen hebben verworven. Daisycon heeft tijdens de hoorzitting verklaard, dat in ieder geval de cashback-partijen op deze wijze hun toestemming verworven.²²⁹ Deze cashback-partijen zouden immers extra informatie nodig hebben, voordat zij een beloning konden uitkeren. ACM stelt hierbij voorop dat deze extra gegevens niet nodig zijn voor de verzending van e-mailberichten. Uit onderzoek van de rapporteur blijkt dat niet het gehele inschrijvingsproces diende doorlopen te worden voordat een abonnee was ingeschreven in het adressenbestand van deze cashback-partijen. Op het moment dat een abonnee zijn e-mailadres had achtergelaten op de betreffende site, werd hij opgenomen in het adressenbestand.²³⁰ Daarnaast blijkt uit onderzoek dat slechts een klein deel van de adressen daadwerkelijk op deze wijze geworven werd.²³¹ Ook partijen die een dergelijke inschrijving hadden opengesteld verzamelden hun adressen grotendeels door co-registratie via enquêtes en prijsvragen zoals hierboven omschreven.²³²
261. Gelet op het voorgaande is ACM van oordeel dat ook voor de adresbestanden die zijn gehanteerd door publishers die een dergelijke inschrijving op hun website hadden ingericht, niet is aangetoond dat de ontvangers voorafgaand hun toestemming hadden gegeven voor het ontvangen van de e-mailberichten. ACM komt dan ook tot de conclusie dat er geen voorafgaande toestemming is aangetoond voor de elektronische berichten die met een commercieel oogmerk zijn verzonden aan abonnees.

10.1.8 Conclusie

262. In het voorgaande heeft ACM vastgesteld dat het affiliate netwerk van Daisycon betrokken is geweest bij het verzenden van ongevroagde e-mailberichten met commerciële doeleinden aan abonnees. Tevens heeft ACM vastgesteld dat voor de verzending van de ongevroagde e-mailberichten waarbij het affiliate netwerk van Daisycon betrokken is geweest geen voorafgaande toestemming is aangetoond. Hiermee is de verzending van deze berichten in strijd met artikel 11.7, eerste lid, Tw. Gelet op het voorgaande is ACM van oordeel dat hiermee het spamverbod is overtreden.

10.2 Overtreding artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, Tw

263. In de vorige paragrafen is reeds vastgesteld dat het affiliate netwerk van Daisycon betrokken was bij de verzending aan abonnees van elektronische berichten met commerciële doeleinden. Deze berichten vallen dus onder het spamverbod en dienen te voldoen aan die eisen die zijn opgenomen in artikel 11.7, vierde lid, Tw.²³³ In deze paragraaf zal ACM nagaan of kan worden vastgesteld of er sprake is van een overtreding van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud).²³⁴
264. De e-mailberichten die via het affiliate netwerk van Daisycon zijn verstuurd, werden feitelijk verzonden door de publishers. Hierbij presenteren de publishers de reclame-uitingen als een nieuwsbrief waarin advertenties staan opgenomen van de adverteerders. Zoals ACM reeds hiervoor heeft uiteengezet, laat dit onverlet dat het e-mailbericht wordt verstuurd namens de adverteerder. Namelijk, het commerciële doel van de berichten is erop gericht dat de ontvangers producten en/of diensten afnemen van de adverteerders.

²²⁹ Zie verslag hoorzitting, p. 5.

²³⁰ Zie onderzoeksrapport, randnummer 264.

²³¹ Zie onderzoeksrapport, randnummer 266 en <http://www.ruigroknepanel-marktonderzoek.nl/wat-doen-we/trailspot/>.

²³² Zie onderzoeksrapport, randnummers 264 - 268.

²³³ Zie voor een toelichting op artikel 11.7, vierde lid, Tw paragraaf 8.2 van het onderhavige besluit.

²³⁴ Op 5 juni 2012 is artikel 11.7 van de Tw aangepast. Voor dit onderzoek geldt echter artikel 11.7 zoals dit was vanaf 1 oktober 2009 tot en met 6 maart 2012.

Besluit Openbaar

265. De adverteerder verstrekt de opdracht om advertenties namens hem te versturen. Dit bericht dient een geldig postadres of nummer te vermelden waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kan richten. Onder “dergelijke communicatie” wordt naar het oordeel van ACM niet alleen de nieuwsbrief zelf, maar ook de advertentie van de adverteerder verstaan.
266. In de praktijk bleek dat de reclame-uitingen in de e-mailberichten werden gedistribueerd via het affiliate netwerk van Daisycon. Omdat meerdere publishers zich konden inschrijven voor een opdracht van een adverteerder, bevatten de e-mailberichten van de verschillende publishers doorgaans grotendeels dezelfde advertenties en acties. Doordat een deel van de publishers op eenzelfde wijze, te weten door middel van co-registratie, al dan niet via de enquêtes van Daisycon, hun e-mailadressenbestanden hebben opgebouwd, had dit tot gevolg dat een abonnee doorgaans meerdere e-mailberichten met reclame-uitingen van dezelfde adverteerders ontving. Er bleek echter in onvoldoende mate voorzien in de mogelijkheid voor abonnees om zich uit te schrijven voor de e-mailberichten met reclame-uitingen van deze adverteerder.²³⁵
267. In de e-mailberichten werd doorgaans de publisher als afzender weergegeven. Dit werd ook door Daisycon voorgeschreven. Uit de Algemene publisher voorwaarden bleek dat het voor de publishers niet was toegestaan om uit naam van de adverteerder een e-mailbericht te verzenden.²³⁶ Daarom werd in de reclame-uiting slechts de naam van de publisher opgenomen. Vervolgens werd in de toelichtende tekst bij het bericht een afmeldlink opgenomen. Deze afmeldlink leidde ertoe dat een ontvanger zich kon afmelden voor de berichten, die hij ontving wegens het voorkomen in het adressenbestand van die publisher.²³⁷
268. Vast staat dat de ontvanger zich slechts kon uitschrijven voor de “niewsbrief” van de publisher (de bestandshouder) en dus niet voor soortgelijke berichten van de adverteerder, die door een andere publisher werden verzonden. ACM acht deze handelswijze in strijd met artikel 11.7, vierde lid, Tw, aangezien de verzonden e-mailberichten niet de werkelijke identiteit van degene namens wie de communicatie wordt overgebracht bevatten. Daarnaast stond er in de e-mailberichten geen *geldig* postadres of nummer waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kan richten. Zoals hiervoor reeds aangehaald, richt de verplichting om het recht van verzet te honoreren zich tot de gehele keten van partijen die betrokken is bij de verzending van de elektronische berichten.²³⁸
269. De abonnee kon zich via de afmeldlink bij de berichten, die staan omschreven in paragraaf 10.1.1, slechts uitschrijven voor de nieuwsbrief van de publisher en zich dus niet vrijwaren van reclame-uitingen van de adverteerder. Er was immers in het systeem van Daisycon geen mechanisme ingebouwd, waarmee het ingeroepen recht van verzet werd verspreid over de gehele keten. Hierdoor bleven consumenten en andere abonnees last ondervinden van de ongevraagde elektronische berichten. Hiermee functioneerde de geboden afmeldmogelijkheid niet of onvoldoende. Zoals ook uit (de toelichting bij) artikel 41 Wbp volgt had Daisycon daartoe passende maatregelen moeten treffen.

²³⁵ Zie onderzoeksrapport, randnummer 297.

²³⁶ Zie onderzoeksrapport, randnummer 290. Zie verder onderzoeksrapport, digitale bijlage: DVD Hoofdstuk 5: 49 - SVO09 Message6799[365996] In deze e-mailwisseling wordt gesteld dat “mailen uit naam van de adverteerder” niet is toegestaan en onderzoeksrapport, digitale bijlage: DVD Hoofdstuk 7: 55 - Website Daisycon - Algemene Publisher Voorwaarden.

²³⁷ Zie Onderzoeksrapport, randnummer 294.

²³⁸ Zie randnummers 111 en 112 van het onderhavige besluit.

Besluit Openbaar

270. Gelet op het voorgaande concludeert ACM dat het affiliate netwerk van Daisycon betrokken was bij meerdere overtredingen van artikel 11.7, vierde lid onder b, Tw is.

10.3 Overtreder

271. In het voorgaande hoofdstukken is vastgesteld dat ongevroagde elektronische berichten met commerciële doeleinden zijn verzonden aan abonnees zonder voorafgaande toestemming van de betreffende abonnee en zonder daarbij een geldig postadres of nummer voor verzoek tot beëindiging te bieden. In deze paragraaf zal ACM onderzoeken of Daisycon voor deze overtreding verantwoordelijk gehouden kan worden. Vervolgens zal worden uiteen gezet of bestuurder en algemeen directeur [B] als feitelijk leidinggevende verantwoordelijk te houden is voor de gedragingen van Daisycon.

10.3.1 Daisycon

272. Zoals reeds hiervoor is uiteengezet, was er bij de verzending van de berichten die via het affiliate netwerk van Daisycon zijn verstuurd een keten van ondernemingen betrokken. Elk van deze bedrijven had zijn eigen rol in het proces dat leidde tot de verzending van de e-mailberichten. De rapporteur is in het onderzoeksrapport uitsluitend ingegaan op de rol die Daisycon in deze keten heeft verricht. De gedragingen van de overige partijen in de keten, te weten de adverteerders en de publishers, maken geen onderdeel uit van het rapport. De reikwijdte van het onderhavige besluit is gelijk aan de reikwijdte van het onderzoeksrapport, derhalve zal ACM alleen een oordeel vellen over de gedragingen van Daisycon.²³⁹
273. Zoals hiervoor overwogen richt artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw zich tot de verzender, die als overtreder van het spamverbod kan worden aangemerkt. Het affiliate netwerk van Daisycon stimuleerde en faciliteerde de verzending van de e-mailberichten. Dit betekent naar het oordeel van ACM echter nog niet automatisch dat Daisycon ook daadwerkelijk als verzender en dus als overtreder is aan te merken van de berichten die staan omschreven in paragraaf 10.1.1.
274. Op grond van artikel 5:1, tweede lid, Awb is zowel de pleger als de medepleger als overtreder aan te merken. Omdat er sprake is van een keten van partijen die elk verantwoordelijk zijn voor een bepaald deel van de totstandkoming van de verzending van e-mailberichten, staat voor ACM vast dat de bestanddelen van artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw door verschillende partijen zijn vervuld.
275. ACM zal in het nu navolgende nagaan of Daisycon als medepleger van de geconstateerde overtredingen is aan te merken. Zoals hierna zal blijken, ACM hoeft hierbij niet aan te tonen dat Daisycon ieder element van artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw heeft overtreden.
276. Voor de invulling van het begrip medeplegen in het bestuursrecht is aansluiting gezocht bij het strafrecht. Om van medeplegen te kunnen spreken moet er sprake zijn van een bewuste samenwerking en een gezamenlijke uitvoering, zoals blijkt uit de wetsgeschiedenis:

*'Medeplegen doet zich voor als twee of meer personen gezamenlijk een delict plegen. Voor strafbaarheid als medepleger is dan niet vereist dat de medeplegers ieder afzonderlijk alle bestanddelen van het delict vervullen, mits sprake is van bewuste samenwerking en gezamenlijke uitvoering.'*²⁴⁰

²³⁹ Zie onderzoeksrapport, paragraaf 7.3.3 en 7.3.4.

²⁴⁰ zie Memorie van Toelichting vierde Tranche Awb, *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, pag. 79.

Besluit Openbaar

277. Ook in het geval geen sprake is van een gezamenlijke uitvoering, kan de wijze waarop en de mate waarin is samengewerkt zodanig zijn dat van medeplegen sprake is.²⁴¹
278. Uit de wetsgeschiedenis kan men vervolgens afleiden dat medeplegen niet vereist dat de medepleger zich bewust was van de bijdrage die hij leverde. De medepleger hoeft geen opzet te hebben op een gezamenlijk en verboden doel. Bij wetsbepalingen waar opzet geen bestanddeel is, hoeft slechts bewijs van bewuste samenwerking te worden geleverd om medeplegen aan te nemen.²⁴² Daarnaast moet volgens de wetsgeschiedenis sprake zijn van een gelijkwaardige samenwerking.²⁴³ De rol van de medepleger mag hierbij niet ondergeschikt zijn aan die van de overige (mede)plegers.
279. Gelet op het voorgaande kan Daisycon als medepleger worden aangemerkt, indien er sprake is van een bewuste samenwerking, deze samenwerking dient bovendien gelijkwaardig te zijn. Tot slot moet er sprake zijn van een gezamenlijke uitvoering.
- 10.3.1.1 Samenwerking met de adverteerders*
280. ACM zal in de volgende paragraaf uiteenzetten dat er sprake was van een bewuste samenwerking tussen de adverteerders en Daisycon, waar zij gezamenlijk uitvoering hebben gegeven aan de overtreding. In paragraaf 20 heeft ACM reeds uiteengezet hoe het affiliate netwerk van Daisycon is opgebouwd.
281. In de praktijk verliep de procedure als volgt. Op het moment dat een adverteerder een reclame-uiting wenste te verspreiden, sloot hij een overeenkomst met Daisycon.²⁴⁴ Hierbij kwamen de adverteerder en Daisycon overeen dat Daisycon een reclame-uiting gedurende een bepaalde periode tegen vergoeding zou verspreiden binnen het affiliate netwerk. Hierbij verplicht Daisycon zich ertoe om actief voor de adverteerder op zoek te gaan naar publishers die de reclame-uiting konden verspreiden. Daisycon nam met haar diensten belangrijke taken over van de adverteerders, zoals het werven en beheren van de publishers, het meten en bijhouden van de gegenereerde transacties en het regelen van de betalingen.
282. Daarnaast bood Daisycon ook andere ondersteunende diensten aan. De adverteerders konden, indien zij dit niet zelf wenste te vervaardigen, ook hun promotiemateriaal laten maken door Daisycon. Daarnaast adviseerde Daisycon de adverteerders over het door hen aangeleverde promotiemateriaal en vroeg Daisycon de adverteerders of zij speciaal voor bepaalde publishers zelf e-mailtemplates mocht ontwikkelen.²⁴⁵
283. Gelet op het bovenstaande concludeert ACM dat er een nauwe en bewuste samenwerking plaatsvindt tussen de adverteerders en Daisycon. Beide partijen gaan daartoe bovendien een overeenkomst tot dienstverlening aan.²⁴⁶ Daaruit volgen de gezamenlijk gemaakte afspraken en volgt de opdracht om de reclame-uiting door middel van e-mailmarketing te verspreiden.
284. Omdat er geen hiërarchische verhouding blijkt uit de wijze waarop Daisycon met de adverteerders samenwerkte, is er naar het oordeel van ACM sprake van een gelijkwaardige

²⁴¹ HR 29 oktober 1934, NJ 1934, 1673.

²⁴² *Kamerstukken II* 2005/06, 29 702, nr. 7, pag. 30 en *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, pag. 125/126.

²⁴³ *Kamerstukken II* 2003/04, 29 702, nr. 3, pag. 80.

²⁴⁴ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlage: DVD Hoofdstuk 7: 48 - *SVO17 Contracten. Dit betreft een willekeurige selectie van contracten die op 6 maart 2012 zijn veiliggesteld.*

²⁴⁵ Zie onderzoeksrapport, randnummer 380.

²⁴⁶ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlage: DVD Hoofdstuk 7: 48 - *SVO17 Contracten*

Besluit Openbaar

samenwerking. Zo blijkt Daisycon bij het uitvoeren van de opdracht voor de adverteerders veel vrijheid te hebben. Er wordt niet vastgelegd hoe de transacties geworven worden en er wordt door de adverteerders geen opdracht tot specifieke handelingen gegeven, zoals het versturen van e-mailberichten. Daisycon mag naar eigen inzicht derden inschakelen voor de uitvoer van de overeenkomst.²⁴⁷ Begin 2012 heeft Daisycon wel een checklist ingevoerd aan de hand waarvan de adverteerders kunnen aangeven wat hun wensen zijn met betrekking tot het affiliate programma.²⁴⁸ De adverteerders kunnen bijvoorbeeld aangeven of e-mailmarketing is toegestaan. Die wensen worden vervolgens verwerkt in het systeem. Uit efficiëntie oogpunt heeft Daisycon ervoor gekozen om standaard alle vormen van marketing, waaronder e-mailmarketing, toe te passen.²⁴⁹ ACM concludeert hieruit dat e-mailmarketing standaard deel uit maakt van een affiliate programma, tenzij de adverteerder aangeeft geen e-mailmarketing toe te staan.

285. Daarnaast is er naar het oordeel van ACM sprake van een gezamenlijke uitvoering, waarbij de adverteerder kan bepalen in hoeverre zij taken overdraagt aan Daisycon. De adverteerder geeft Daisycon opdracht voor het opzetten en beheren van een affiliate programma waarmee transacties gegenereerd worden. Daisycon mag voor de uitvoering hiervan derden inschakelen. Hoe Daisycon vervolgens de transacties genereert, ofwel of e-mailmarketing ingezet zal worden, is niet (contractueel) vastgelegd. Tenzij een adverteerder hier expliciet grenzen aan stelt, is Daisycon vrij in de keuze van de publishers die worden ingezet. Uit het rapport blijkt dan ook dat de publisher managers van Daisycon bepalen welke affiliate programma's geschikt zijn voor een publisher.²⁵⁰ Daarnaast kan Daisycon diverse ondersteunende taken uitvoeren en is Daisycon verantwoordelijk voor het inplannen van een bepaalde reclame-uiting.
286. Uit dit alles concludeert ACM dat er een bewuste en gelijkwaardige samenwerking bestond tussen de verschillende adverteerders en Daisycon, teneinde de e-mailberichten te verzenden. Daisycon heeft hierbij gezamenlijk met de adverteerders uitvoering gegeven aan de overtreding.

10.3.1.2 Samenwerking met de publishers.

287. Behalve met de adverteerders werkte Daisycon ook samen met de publishers. Op basis van de overeenkomsten die Daisycon had gesloten met de adverteerders mocht zij derden (de publishers) inschakelen om de feitelijke verzending te verzorgen. Nadat Daisycon een opdracht van een adverteerder had gekregen, ging zij op zoek naar geschikte publishers.²⁵¹ Dit gebeurde grotendeels geautomatiseerd. Publishers konden zich aanmelden bij Daisycon, hierbij dienden zij akkoord te gaan met de "algemene publisher voorwaarden" van Daisycon. Voordat een publisher werd toegelaten tot het affiliate netwerk voerde Daisycon een aantal controles uit.²⁵²
288. Uit deze systematiek blijkt dat Daisycon via haar website de mogelijkheid biedt voor publishers om zich in te schrijven in het affiliate netwerk van Daisycon. Op het moment dat een publisher zich had aangemeld, voerde Daisycon een aantal checks uit alvorens zij de publisher

²⁴⁷ Zie onderzoeksrapport, randnummer 388.

²⁴⁸ Zie onderzoeksrapport, randnummer 383.

²⁴⁹ Zie onderzoeksrapport, randnummer 384.

²⁵⁰ Zie onderzoeksrapport, randnummer 399 en 400.

²⁵¹ Voorheen verzorgde Daisycon ook zelf als publisher de feitelijke verzending van reclame-uitingen. Hier is zij later mee gestopt. Sindsdien was Daisycon aangewezen op derden die de feitelijke verzending verzorgden.

²⁵² Zie verslag hoorzitting, p. 16.

Besluit Openbaar

accepteerde.²⁵³ Daarmee ging Daisycon bewust de samenwerking aan met de desbetreffende publishers.

289. Uit de Algemene Publisher Voorwaarden blijkt dat Daisycon een aantal bevoegdheden had om invloed te kunnen uitoefenen op de publishers.²⁵⁴ Zo blijkt uit de voorwaarden dat Daisycon de aard van de werkzaamheden bepaalt en dat Daisycon niet verplicht is een publisher te accepteren. Ook zijn zaken over de betalingen van Daisycon aan de publisher voor zijn werkzaamheden vastgelegd, waarin onder andere is opgenomen dat Daisycon het account van een publisher opzegt indien deze een jaar of langer geen inkomsten genereert. Tevens is Daisycon te allen tijde gerechtigd de samenwerking met een publisher te verbreken met een opzegtermijn van twee werkdagen en dient de publisher aanwijzingen en wijzigingen van Daisycon tijdig en/of binnen twee werkdagen op te volgen. Indien de publisher haar taken niet naar behoren uitvoert kan Daisycon sancties opleggen, zo kan Daisycon bijvoorbeeld de publisher uit het netwerk zetten.
290. Op basis van het voorgaande is ACM van oordeel dat Daisycon een gelijkwaardige rol had in de samenwerking met de publishers. Waarbij Daisycon de publishers die zij accepteert een (algemene) opdracht geeft tot het genereren van transacties die aan bepaalde voorwaarden dienen te voldoen.
291. Op het moment dat een publisher door Daisycon was toegelaten tot het netwerk, kon deze publisher zich inschrijven voor opdrachten van een bepaalde adverteerder. Vervolgens kregen adverteerders 10 dagen de tijd om een publisher toe te laten of te weigeren. Op het moment dat een adverteerder niet binnen deze termijn had gereageerd, werd de publisher automatisch toegelaten. De adverteerder moest zich bij deze keuze baseren op de basale informatie die door Daisycon werd verstrekt.²⁵⁵ De informatie die Daisycon verstreekte was echter niet voldoende duidelijk voor de adverteerder om daadwerkelijk een weloverwogen keuze te maken voor een betreffende publisher. Uit de informatie werd namelijk niet in alle gevallen duidelijk welke publisher zich nu daadwerkelijk had ingeschreven voor een bepaalde opdracht, de adverteerder zag immers alleen de accountnaam van de publisher en kon de ware identiteit niet achterhalen.²⁵⁶ Er was daarnaast geen ruimte voor de adverteerder om direct en buiten het systeem van Daisycon om contact met de publishers op te nemen en aanvullende afspraken te maken.²⁵⁷ Kortom, de adverteerder kon naar aanleiding van de gegevens niet herleiden op welke wijze hun reclame-uiting nu daadwerkelijk verspreid zou worden en dus ook niet controleren of hierbij de eisen van de Telecommunicatiewet in acht werden genomen.
292. Vervolgens stelde Daisycon het promotiemateriaal beschikbaar aan de publishers. In dit materiaal heeft zij de ds1-link toegevoegd om te meten hoeveel transacties een bepaalde publisher heeft gegenereerd. Op basis van deze gegevens factureert Daisycon het verschuldigde bedrag bij de adverteerders en betaalt zij de publishers uit.²⁵⁸ Naar het oordeel van ACM is er dus tevens sprake van een gezamenlijke uitvoering. Daisycon was hierbij verantwoordelijk voor het inplannen van affiliate programma's en de publishers die de

²⁵³ Zie onderzoeksrapport, randnummers 448 - 450.

²⁵⁴ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 55 - *Website Daisycon - Algemene Publisher Voorwaarden*.

²⁵⁵ Zie onderzoeksrapport, randnummers 414 - 430.

²⁵⁶ Zie onderzoeksrapport, randnummer 428 en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 7: 54 - *Website Daisycon - Algemene Publisher Voorwaarden*, onder 3.17: "De Adverteerder ziet uitsluitend gegevens die betrekking hebben op het opgegeven mediatype".

²⁵⁷ Zie onderzoeksrapport, randnummer 494 en onderzoeksrapport, bijlage 4: *Gespreksverslag [B]* p. 28 – 29

²⁵⁸ Zie onderzoeksrapport, randnummers 216 en 391.

Besluit Openbaar

uiteindelijke verzending verzorgden. Voorts stelde Daisycon het promotiemateriaal ter beschikking. Vervolgens nam Daisycon de facturering voor haar rekening.

293. Uit dit alles concludeert ACM dat er een bewuste en gelijkwaardige samenwerking bestond tussen de verschillende publishers en Daisycon, teneinde de e-mailberichten te verzenden. Daisycon heeft hierbij gezamenlijk met de publishers uitvoering gegeven aan de overtreding.

10.3.1.3 Tussenconclusie

294. Gelet op het voorgaande komt ACM tot het oordeel dat er sprake was van een bewuste en gelijkwaardige samenwerking tussen Daisycon en enerzijds de adverteerders en anderzijds de publishers bij het verzenden van de berichten die via het affiliate netwerk van Daisycon zijn verstuurd. Daisycon vertolkte hierbij een sleutelrol in de keten. Omdat er geen direct contact tussen de publishers en de adverteerders mogelijk was, had Daisycon invloed op de verzending van de e-mailberichten. Zo kon Daisycon bepalen welke partijen werden toegelaten tot het netwerk en kon zij sancties opleggen aan publishers. De invloed en betrokkenheid van Daisycon met betrekking tot het genereren van transacties voor de adverteerders gaat hierbij verder dan het slechts ondersteunen of adviseren van de adverteerders.

10.3.1.4 Beschikking over de overtreding

295. Bovendien kon Daisycon naar het oordeel van ACM ook beschikken over de overtreding. Zij heeft echter nagelaten om de overtreding te voorkomen of te (doen) stoppen. Er waren diverse bevoegdheden voor Daisycon ingebouwd die haar de mogelijkheid gaven om de publishers te controleren. Zo kon Daisycon bijvoorbeeld de e-mailadressenbestanden van de publishers controleren en mocht een e-mailcampagne pas verzonden worden als Daisycon de “preview” geaccordeerd had.²⁵⁹ Ook kon Daisycon publishers (tijdelijk) uitsluiten van het affiliate netwerk. Daisycon was hiermee in de positie om overtredingen van het spamverbod te voorkomen.
296. Naar het oordeel van ACM heeft Daisycon echter geen gebruik gemaakt van de bevoegdheden die haar toekwamen. Zo stelde Daisycon niet als duidelijke ingangseis dat de publishers voor ieder verzonden bericht konden aantonen dat zij voorafgaande toestemming van de ontvangers had. Ook de controles die Daisycon zowel vooraf als tussentijds uitvoerde waren niet gericht op de naleving van het spamverbod.²⁶⁰ En op het moment dat bleek dat een publisher de spamwetgeving overtrad bleven maatregelen van Daisycon uit.
297. Er bestond naar het oordeel van ACM ook reden voor, aangezien Daisycon wel signalen ontving dat er in strijd met de Telecommunicatiewet e-mailberichten verzonden werden. Zo blijkt uit het rapport dat Daisycon zich bewust was van het feit dat de berichten, die via het affiliate netwerk verzonden waren, overlast veroorzaakten en mogelijk in strijd waren met de Telecommunicatiewet. Zo ontving Daisycon zelf klachten van abonnees.²⁶¹ Daarnaast was Daisycon zich ervan bewust dat er publishers in haar netwerk actief waren die zich niet volledig aan de regels hielden.²⁶²
298. Daisycon heeft echter nagelaten om gebruik te maken van haar controle-instrumenten en bevoegdheden, omdat zij van mening is dat zij hier niet verantwoordelijk voor kan worden gehouden.²⁶³ Onder verwijzing naar haar voorwaarden stelt Daisycon dat de

²⁵⁹ Zie onderzoeksrapport, randnummer 495.

²⁶⁰ Zie verslag hoorzitting, p. 12.

²⁶¹ Zie onderzoeksrapport, randnummer 598 – 600.

²⁶² Zie onderzoeksrapport, randnummer 505.

²⁶³ Zie onderzoeksrapport, randnummer 472 en 510.

Besluit Openbaar

verantwoordelijkheid voor de naleving bij de adverteerders en de publishers lag. ACM deelt deze stelling niet. Juist door de wijze waarop Daisycon het affiliate netwerk heeft opgebouwd, was het voor adverteerders niet mogelijk om een adequate controle uit te oefenen op de publishers die voor hen de verzending van de reclame-uiting verzorgden. Daisycon had deze controle mogelijkheden wel maar zij heeft ze niet benut. Hiermee heeft zij bewust het risico op de in paragraaf 10.1 en 10.2 geconstateerde overtredingen aanvaard.

299. Uit dit alles concludeert ACM dat Daisycon, terwijl zij bekend was met het feit dat er mogelijk overtredingen plaatsvonden door de verzending van de e-mailberichten, heeft nagelaten om gebruik te maken van haar bevoegdheden om de overtreding te beëindigen.

10.3.1.5 Belang bij de overtreding

300. Tot slot blijkt uit het onderzoek van de rapporteur dat Daisycon ook een financieel belang had bij de overtreding. Zo blijkt [VERTROUWELIJK] van de inkomsten van Daisycon voort te komen uit haar activiteiten op het gebied van affiliate marketing.²⁶⁴ Daisycon werd immers betaald op basis van commissie. Hierbij kwam zij met de adverteerders overeen dat de adverteerders moesten betalen per transactie die voortkwam uit een reclame-uiting die via het affiliate netwerk van Daisycon verzonden was en door de adverteerder werd goedgekeurd. Daisycon en de publishers kregen betaald per goedgekeurde transactie.²⁶⁵
301. Hieruit volgt dat Daisycon er belang bij had om zoveel mogelijk transacties te genereren. Hierbij was het minder van belang op welke wijze de transacties tot stand kwamen. Daisycon zorgde er voor dat zij met name publishers inschakelde, die in staat waren om veel transacties te genereren. Daisycon werd hierbij dus voornamelijk gestuurd door de omvang van het adressenbestand en keek niet naar de wijze waarop de adressen geworven waren.²⁶⁶ Voor Daisycon was het financieel niet interessant om proactief te controleren of de publishers het spamverbod naleefden, omdat er ook transacties konden voortvloeien uit berichten die in strijd met het spamverbod werden verstuurd. Pas op het moment dat een adverteerder had geklaagd, zag Daisycon de noodzaak om de publishers aan te spreken. Op dat moment bestond het risico immers dat een adverteerder weigerde om de gegenereerde transacties goed te keuren.²⁶⁷

10.3.1.6 Conclusie

302. ACM komt op grond van het voorgaande tot de conclusie dat Daisycon is aan te merken als medepleger van de overtredingen van het spamverbod. Daisycon ging bewust een nauwe samenwerking aan met de adverteerders en de publishers die tot doel had om e-mailberichten te verzenden. In deze samenwerking had Daisycon een gelijkwaardige rol en de uitvoering geschiedde gezamenlijk. Aangezien juist Daisycon in de positie was om te controleren of publishers het spamverbod naleefden, kon zij beschikken over de overtreding. Dit heeft zij echter nagelaten. Op grond van het voorgaande merkt ACM Daisycon aan als overtreder van de in paragraaf 10.1 en 10.2 geconstateerde overtredingen.

10.3.2 Bestuurders van Daisycon

303. ACM stelt vast dat ook de bestuurder en algemeen directeur [B] van de rechtspersoon Daisycon als natuurlijke persoon als overtreder van artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw dient te worden aangemerkt. [B] heeft namelijk als bestuurder en algemeen directeur feitelijk leiding gegeven

²⁶⁴ Zie randnummer 20.

²⁶⁵ Zie onderzoeksrapport, randnummer 483.

²⁶⁶ Zie onderzoeksrapport, randnummer 485 t/m 488.

²⁶⁷ Zie onderzoeksrapport, randnummer 468.

Besluit Openbaar

aan de gedragingen die hebben geleid tot een overtreding van artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw en wordt derhalve als overtreder aangemerkt.²⁶⁸ Hiertoe overweegt ACM het volgende.

304. [B] houdt zich als algemeen directeur met name bezig met de sales-afdeling, internationalisatie en communicatie en is de CEO ofwel Chief Executive Officer van Daisycon.²⁶⁹ Uit hoofde van deze functie is [B] de leidinggevende, en dus direct verantwoordelijke, van de publisher managers die het contact met de publishers onderhouden. Voorts geeft hij leiding aan de afdeling die het contact met de adverteerders onderhouden en de sales-unit die de adverteerders werft.
305. De hierboven beschreven afdelingen legden door middel van weekmemo's verantwoording af aan [B]. In deze weekmemo's kwamen ook issues aan de orde, waarover [B] bevoegd was om te beslissen. [B] had ten tijde van het onderzoek als leidinggevende een meer sturende rol. Door de groei van Daisycon hebben de publisher managers, de channel managers en de sales-unit de uitvoerende werkzaamheden van [B] geleidelijk overgenomen. [B] geeft vervolgens leiding aan deze publisher managers, de channel managers en aan de sales-unit. Dit laat echter onverlet dat [B] actief meekijkt met zijn medewerkers en de beslissingen in eigen hand houdt.²⁷⁰
306. [B] was ook op de hoogte van het feit dat er publishers in het affiliate netwerk actief waren die reeds door OPTA waren aangesproken op de verzending van spam. Dit heeft er echter niet toe geleid dat hij de desbetreffende partij nader heeft laten controleren of aanspreken op de nakoming van de Algemene Publisher Voorwaarden, dan wel in ieder geval aan de geldende wetgeving.²⁷¹
307. Bovendien was [B] leidinggevende van de publisher managers, die het contact onderhielden met de publishers en de verzending van e-mailcampagnes regelen. Hij was dan ook de aangewezen persoon om ervoor te zorgen, dat de publisher managers op de hoogte waren van de relevante wetgeving zodat zij de publishers konden controleren²⁷². Uit het onderzochte materiaal blijkt echter niet dat [B] zijn medewerkers hiertoe instructies heeft gegeven en ook de handleidingen bevatten geen verwijzingen naar het spamverbod.
308. Uit voorgaande concludeert ACM dat [B] geen maatregelen heeft getroffen om de publisher managers voor te lichten over het spamverbod, of om de publisher managers erop te laten toezien dat de publishers zich aan het spamverbod hielden. Ook niet nadat [B] signalen ontving dat publishers zich niet aan het spamverbod hielden. [B] geeft daarentegen juist aan dat Daisycon bewust niet actief controleert of de publishers voorafgaande toestemming hebben om e-mailcampagnes voor de affiliate programma's van Daisycon te verzenden, omdat het niet de verantwoordelijkheid van Daisycon zou zijn om te verifiëren of de publishers volgens de geldende wet- en regelgeving werken.
309. Zoals hiervoor reeds is uiteengezet²⁷³, deelt ACM deze stelling niet. Juist door de wijze waarop het affiliate netwerk was opgebouwd, was Daisycon in de positie om controle uit te oefenen op de publishers. Doordat er geen direct contact mogelijk was tussen de adverteerder en de

62/80

²⁶⁸ Zie voor een toelichting op het begrip feitelijk leidinggevende randnummers 127 e.v. van het onderhavige besluit.

²⁶⁹ Zie onderzoeksrapport, bijlage 3: *Gespreksverslag [B]* p. 3, 4.

²⁷⁰ Zie onderzoeksrapport, randnummers 502 en 503.

²⁷¹ Zie onderzoeksrapport, randnummers 505 en 506.

²⁷² Zie onderzoeksrapport, randnummer 499.

²⁷³ Zie randnummer 298 van het onderhavige besluit.

Besluit Openbaar

publishers, konden de adverteerders geen adequate controle uitoefenen op de publishers, die voor hen de verzending van de reclame-uiting verzorgden. Omdat Daisycon deze mogelijkheid wel had maar bewust niet heeft benut, heeft Daisycon het risico op de in paragraaf 10.1 en 10.2 geconstateerde overtredingen aanvaard. [B] was uit hoofde van zijn functie verantwoordelijk voor deze gedragingen en was ook bekend met de signalen die Daisycon binnenkreeg over mogelijke overtredingen.²⁷⁴ [B] heeft echter nagelaten om het handelen van (de medewerkers van) Daisycon bij te sturen en hij heeft hiermee bewust de mogelijkheid aanvaard dat de gedragingen die tot de in paragraaf 10.1 en 10.2 geconstateerde overtredingen leidden, zich voordeden.

310. Gelet op het voorgaande is ACM van oordeel dat [B] in elk geval op de hoogte had moeten zijn van de begane overtredingen. Bovendien was hij bevoegd en redelijkerwijs gehouden tegen de verboden gedraging op te treden dan wel deze te voorkomen. Hij heeft bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat de verboden gedragingen zich zouden voordoen. Derhalve dient [B] te worden beschouwd als feitelijk leidinggevende aan de verboden gedragingen die in dit besluit worden beschouwd als de overtredingen begaan door Daisycon.

10.3.3 Conclusie

311. ACM komt tot de conclusie dat de rechtspersoon Daisycon als overtreder van het spamverbod ex artikel 11.7 eerste en vierde lid, Tw moet worden aangemerkt. Daarnaast komt ACM tot de conclusie dat de natuurlijke persoon, [B], feitelijk leiding heeft gegeven aan de verboden gedragingen en dat de overtreding hem is toe te rekenen.

10.4 Conclusie

312. ACM is van oordeel dat Daisycon en [B] in strijd met artikel 11.7, eerste lid, Tw hebben gehandeld door een essentiële rol te vervullen bij het verzenden elektronische berichten om ongevroegde communicatie voor commerciële doeleinden over te (laten) brengen aan abonnees, zonder dat daarvoor aantoonbaar toestemming is verkregen (hierna: overtreding 3a).
313. ACM is voorts van oordeel dat Daisycon en [B] in strijd met artikel 11.7, vierde lid, aanhef en onder b, Tw hebben gehandeld doordat zij geen geldige afmeldmogelijkheid hebben vermeld in de e-mailberichten die zij heeft verzonden ofwel heeft laten verzenden (hierna: overtreding 3b).

11 Ernst van de overtreding

11.1 Boetebeleid ACM

314. De overtredingen die zijn begaan door Daisycon en haar bestuurders hebben plaatsgevonden in de periode van 1 oktober 2009 tot en met juli 2011. Gedurende deze periode zijn de Boetebeleidsregels van 2008²⁷⁵ en de Boetebeleidsregels van 2010²⁷⁶ beide van toepassing geweest. In dat licht heeft ACM onderzocht of de Boetebeleidsregels van 2008 gunstiger zijn voor Daisycon en geconcludeerd dat dit niet het geval is, aangezien de Boetebeleidsregels op dit punt niet gewijzigd zijn. Op basis van het voorgaande en het feit dat de overtredingen tot en met juli 2011 hebben plaatsgevonden, zijn de Boetebeleidsregels van 2010 (hierna: Boetebeleidsregels) van toepassing.

²⁷⁴ Zie onderzoeksrapport, randnummer 473en 475 – 478.

²⁷⁵ Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 Tw (Boetebeleidsregels OPTA 2008), *Stcrt.* (11 maart) 2008, 50.

²⁷⁶ Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 Tw (Boetebeleidsregels OPTA 2010), *Stcrt.* (2 april) 2010, 5163.

Besluit Openbaar

315. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt ACM op grond van artikel 5:46, tweede lid, Awb in ieder geval rekening met de ernst van de overtreding alsmede met de verwijtbaarheid van de overtreder. ACM houdt daarbij, indien daartoe aanleiding bestaat, rekening met andere omstandigheden, zoals de duur van de overtreding. Bij iedere boetebeschikking moet worden afgewogen hoe hoog de boete in dat concrete geval moet zijn.
316. De hoogte van de boete dient, behalve te worden afgestemd op de bijzondere omstandigheden van het geval ("maatwerk"), ook bij te dragen aan een doeltreffende toepassing van de Telecommunicatiewet. Als algemene maatstaf daarbij geldt dat de hoogte van de boete in ieder geval zodanig dient te zijn dat deze de overtreder(s) weerhoudt van nieuwe overtredingen (speciale preventie) en ook in algemene termen een afschrikkende werking heeft (generale preventie).
317. Voornoemde afstemming op de economische context en de bijzondere omstandigheden van het geval waarbinnen de overtreding heeft plaatsgevonden loopt overeenkomstig de Boetebeleidsregels langs de volgende lijn.
318. De ernst van de overtreding wordt bepaald door eerst de zwaarte van de overtreding in abstracto te bepalen en daarna deze te bezien in het licht van de omgevingsfactoren (de economische context alsmede de bijzondere omstandigheden van het geval). Het resultaat van deze afweging bepaalt de definitieve kwalificatie van de overtreding: zeer ernstig, ernstig of minder ernstig. Het hoeft dus niet per se zo te zijn dat een overtreding die aanvankelijk als zwaar wordt aangemerkt (geabstraheerd van omgevingsfactoren) uiteindelijk ook de kwalificatie ernstig krijgt. Afhankelijk van die omgevingsfactoren kan dat ook de naast hogere (zeer ernstig) of lagere (minder ernstig) kwalificatie zijn.
319. Aan elke kwalificatie is voorts een boetecategorie met een maximumboete verbonden. Binnen de bandbreedte per boetecategorie dient met inachtneming van de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder de hoogte van de boete te worden vastgesteld. Hierdoor kan de boete worden gedifferentieerd naar gelang de ernst van de overtreding. Ter bepaling van de uiteindelijke hoogte van de boete kunnen nog boeteverhogende en/of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking worden genomen. ACM stelt de boete vast conform de Boetebeleidsregels met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.
320. ACM stelt in het navolgende de ernst van de overtreding vast. Vervolgens bepaalt ACM de duur van de overtredingen en de verwijtbaarheid van de overtredders. Op basis daarvan stelt ACM de hoogte van de boete vast. Tot slot overweegt ACM of er sprake is van boeteverlagende of -verhogende omstandigheden en volgt de conclusie.

11.2 Ernst van de overtredingen

321. De ernst van de overtredingen wordt bepaald aan de hand van de zwaarte van de overtredingen en aan de hand van de economische context en de bijzondere omstandigheden van het geval.

11.2.1 Zwaarte van de overtredingen

322. Bij het bepalen van de zwaarte van de overtredingen²⁷⁷ neemt ACM de doelstellingen van de Telecommunicatiewet, te weten het bevorderen van concurrentie, de ontwikkeling van een

²⁷⁷ Boetebeleidsregels, paragraaf 3.

Besluit Openbaar

interne markt en het bevorderen van de belangen van eindgebruikers, als uitgangspunt. Aan de hand van deze doelstellingen deelt ACM in haar Boetebeleidsregels de mogelijke overtredingen in abstracto in drie types in: zeer zware, zware en minder zware overtredingen.

323. ACM acht spam (in ruime zin) schadelijk. Ten algemene geldt immers dat door overtreding van het spamverbod de werking van elektronische communicatiemarkten en het consumentenvertrouwen hierin worden aangetast. Daarbij komt dat de belangen van eindgebruikers ook daadwerkelijk worden geschaad, maar in de regel niet in die (aanzienlijke) mate dat deze als zware of zeer zware overtredingen kunnen worden aangemerkt. ACM merkt daarom overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw, in beginsel als minder zware overtredingen aan.

11.2.2 Ernst van de overtreding

324. Bij het bepalen van de ernst van de overtredingen houdt ACM, naast de hiervoor vastgestelde zwaarte van de overtredingen in abstracto, rekening met de economische context en de bijzondere omstandigheden waaronder de overtredingen hebben plaatsgevonden. ACM heeft in haar eerdere boetebesluiten aangegeven dat zij de ernst van de overtreding van het spamverbod mede bepaalt op basis van de volgende 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 ongevroegde elektronische berichten) die op zichzelf genomen een inbreuk op de privacy vormen of anderszins onrechtmatig zijn.

325. Bovengenoemde criteria zijn niet cumulatief. Om de ernst van de overtredingen in dit concrete geval te bepalen, zal ACM hierna per rol ingaan op de in het onderhavige geval relevante criteria.

11.2.2.1 Meerdere en herhaalde overtredingen

326. Indien sprake is van overtreding van meerdere leden van artikel 11.7 Tw, is dit voor ACM een verzwarende factor bij de bepaling van de ernst van de overtreding. ACM heeft voor elk van de drie rollen vastgesteld dat er sprake is van meerdere overtredingen van artikel 11.7 Tw, te weten artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, vierde lid, Tw. Ook heeft Daisycon in elk van de drie rollen herhaaldelijk e-mailberichten verzonden of laten verzenden, zonder aantoonbare voorafgaande toestemming van de desbetreffende abonnees. Hiermee is er in alle drie de rollen sprake van herhaaldelijke overtredingen van het spamverbod door Daisycon.

11.2.2.2 Aantal klachten

327. ACM heeft tussen 1 oktober 2009 en 6 juni 2010 via www.spamklacht.nl in totaal 40 klachten ontvangen naar aanleiding van de e-mailberichten die Daisycon heeft laten verzenden via haar affiliate netwerk waarin geadverteerd wordt voor haar enquêtes.²⁷⁸

65/80

²⁷⁸ Zie onderzoeksrapport, randnummer 526 en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 1 - Export Spamklacht 08.0246.29, tabblad "Adverteerder" voor een overzicht van alle klachten.

Besluit Openbaar

328. ACM heeft tussen 1 oktober 2009 en 6 maart 2010 via www.spamklacht.nl in totaal 125 klachten ontvangen naar aanleiding van de e-mailberichten die zijn verzonden naar het adressenbestand 123aanbieding.nl en/of vanaf IP-adressen van Daisycon.²⁷⁹
329. ACM heeft tussen 1 oktober 2009 en 6 maart 2012 via www.spamklacht.nl in totaal 239 klachten ontvangen naar aanleiding van de e-mailberichten die ten behoeve van het affiliate netwerk zijn verzonden.²⁸⁰

11.2.2.3 Bijzondere schadelijkheid van het bericht volgens eindgebruikers

330. Eén van de doelstellingen van de Telecommunicatiewet is de bescherming van de belangen van eindgebruikers en abonnees waaronder begrepen een adequate bescherming van hun persoonlijke levenssfeer. De belangen van eindgebruikers worden geschaad als zij (over)last ondervinden van een spambericht. De indruk die is ontstaan bij de ontvangers met betrekking tot de schadelijkheid van de e-mailberichten waarin wordt geadverteerd voor de producten en diensten van Daisycon blijkt onder meer uit het commentaar dat klagers bij hun klacht voegen via spamklacht en op internet(forums). Daarin geven zij aan dat zij de e-mailberichten waarin geadverteerd wordt voor de enquêtes van Daisycon als hinderlijk, misleidend en als een inbreuk op hun privacy te ervaren.²⁸¹ Tevens blijkt daaruit dat zij het als hinderlijk ervaren dat zij zich niet kunnen afmelden voor de e-mailberichten die adverteren voor de enquêtes van Daisycon.²⁸² Dit klemt te meer nu Daisycon zelf ook klachten ontving over de e-mailberichten die adverteren voor haar enquêtes en zij derhalve op de hoogte was van de overlast die haar e-mailberichten bij eindgebruikers veroorzaakten.²⁸³
331. Uit de ontvangen klachten is verder gebleken dat de ontvangers het hinderlijk vinden dat zij zo veel e-mailberichten ontvangen en dat zij zich niet kunnen uitschrijven. Bovendien blijkt dat klagers zich vaak niet kunnen herinneren dat zij hebben meegedaan aan een enquête, terwijl dit wel wordt gesteld in de ontvangen e-mailberichten. Tot slot geven klagers aan dat zij zich in hun privacy voelen aangetast, doordat de publishers over veel (persoonlijke) gegevens van hen beschikken, terwijl het bij de klagers niet bekend was hoe de publishers deze gegevens verkregen hadden.
332. De overlast bij ontvangers wordt in dit kader mede veroorzaakt door de wijze waarop e-mailadressen verzameld en verspreid worden. Zoals in onder meer paragraaf 8.1.1 staat beschreven is Daisycon ook bij het verwerven van e-mailadressen betrokken. Hierbij maakt Daisycon doorgaans gebruik van haar enquêtes. De gegevens van degenen, die een dergelijke enquête hebben ingevuld, gebruikt Daisycon niet alleen zelf maar levert ze vervolgens ook door aan meerdere publishers. Zonder dat de ontvangers zich het realiseren blijken zij vervolgens ingeschreven te staan bij een groot aantal e-mailnieuwsbrieven, waaronder e-mailberichten

²⁷⁹ Zie onderzoeksrapport, randnummer 563 en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 1 - *Export Spamklacht 08.0246.29, tabblad "Publisher: 123aanbieding.nl" voor een overzicht van alle klachten*. Zie verder en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 1 - *Export Spamklacht 08.0246.29, tabblad "Publisher: IP-adressen Daisycon" voor een overzicht van alle klachten*.

²⁸⁰ Zie onderzoeksrapport, randnummer 595 en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 1 - *Export Spamklacht 08.0246.29, tabblad "Affiliate Netwerk"*.

²⁸¹ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 1 - *Export Spamklacht 08.0246.29, tabblad "Adverteerder" klachtid 86785*. Onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 1 - *Export Spamklacht 08.0246.29, tabblad "Adverteerder" klachtid 80773*, en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 1 - *Export Spamklacht 08.0246.29, tabblad "Adverteerder" klachtid 80714*.

²⁸² Zie en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 1 - *Export Spamklacht 08.0246.29, tabblad "Adverteerder" klachtid 83096*.

²⁸³ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 3 - *SVO05 Message1275[14882]: Doorgestuurde klacht in een e-mailbericht van een medewerker van Daisycon aan [A]*. Zie verder onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 2 - *SVO05 Message1282[14895]. Doorgestuurde klacht*.

Besluit Openbaar

voor de enquêtes van Daisycon. Gebleken is echter, dat het voor de ontvangers vervolgens niet mogelijk is om middels een simpele handeling te worden verwijderd uit al deze e-mailinglijsten. Ontvangers moeten zich bij alle verschillende publishers afzonderlijk afmelden, terwijl zij niet (kunnen) weten aan wie hun gegevens zijn doorgegeven. Dit gegeven leidt tot grote overlast bij de ontvangers van de e-mailberichten. Zij krijgen immers uit diverse hoeken ongevroegde e-mailberichten, terwijl het hen niet duidelijk is hoe zij de ontvangst van dergelijke e-mailberichten kunnen stoppen.

333. ACM acht het gegeven dat eindgebruikers vaak zonder daar voor te kiezen worden opgenomen in diverse e-maillijsten bijzonder schadelijk voor de eindgebruiker. Dit geldt te meer nu deze eindgebruikers aanzienlijke moeite moeten verrichten om zich vervolgens te vrijwaren van deze berichten, voor zover al mogelijk. Gelet op de rol van Daisycon in dit systeem, waarbij zij actief heeft bijgedragen aan het vergaren van e-mailberichten zonder een adequaat mechanisme in werking te stellen dat ervoor zorgt dat ontvangers zich ook weer kunnen uitschrijven, acht ACM Daisycon mede verantwoordelijk voor de schade die met de e-mailberichten aan eindgebruikers wordt berokkend.
334. ACM stelt vast dat door de verzending van de ongevraagde e-mailberichten van Daisycon (immateriële) schade is veroorzaakt aan abonnees, te weten ergernis en overlast.

11.2.2.4 Maatschappelijke schade en overlast

335. Het verzenden van spam veroorzaakt in zijn algemeenheid materiële schade bij internetserviceproviders en/of hostingproviders en maatschappelijke schade door aantasting van het vertrouwen in het internet en e-mail(verkeer). ACM beschouwt dit als een omstandigheid die meegewogen moet worden bij het bepalen van de ernst van de overtreding. De daadwerkelijke maatschappelijke overlast die de verzending van spam veroorzaakt is lastig te meten, maar blijkt onder meer uit het volgende.
336. Verschillende bedrijven rapporteren aantallen van 50 miljard tot 250 miljard verzonden spamberichten per dag wereldwijd. ISP's en hosting providers ondervinden schade door het onderzoeken en verwerken van meldingen over spamverzendingen.²⁸⁴ Ter bestrijding van spam worden kosten gemaakt voor de ontwikkeling en bouw van filters dan wel voor het treffen van andere preventieve maatregelen.²⁸⁵
337. Een belangrijk negatief neveneffect is dat door spam (eind)gebruikers hun vertrouwen in internet, e-mail en andere vormen van elektronische communicatie verliezen. Dit kan veel schade berokkenen aan de ontwikkeling van de markt.²⁸⁶
338. Ook de bestrijding van spam kan voor ongewenste bijkomende schade zorgen. Zo kan de verzending van spam uitmonden in het "blacklisten"²⁸⁷ van domeinnamen en/of IP-adressen van de verzender door derden.²⁸⁸

²⁸⁴ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 63 - TU Delft - OPTA - *Damage of Security Incidents*, p. 16, p. 34 – 35.

²⁸⁵ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 64 - *www.computeridee.nl - spam-spam-spam*.

²⁸⁶ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 63 - TU Delft - OPTA - *Damage of Security Incidents*, p. 17, 37.

²⁸⁷ <http://nl.wikipedia.org/wiki/DNSBL>: Een DNSBL is een lijst van IP-adressen van (mail)servers die gebruikt zijn om virussen of spam berichten te versturen, of die misbruikt kunnen worden voor dat doel. Elke individuele blacklist stelt zelf de voorwaarden op wanneer een bepaald IP-adres, Domeinnaam of hostnaam opgenomen wordt in haar blacklist: dit kan zijn als de betreffende server daadwerkelijk gebruikt is om spam of virussen te verzenden en/of wanneer een

Besluit Openbaar

339. De grootste kostenpost die veroorzaakt wordt door spam is echter productiviteitsverlies.²⁸⁹ Dit zijn de kosten van (werk)tijd die verloren gaat door spamberichten te bekijken, handmatig te filteren en/of te verwijderen en het instellen van spamfilters.²⁹⁰
340. Ook uit verschillende artikelen²⁹¹ en onderzoeken²⁹² blijkt dat e-mailberichten met aanbiedingen, die door de verzender als “nieuwsbrief” worden aangemerkt, zo’n 70% tot 80% van de “spamirritatie” veroorzaken bij de ontvangers, omdat deze berichten vaak door de spamfilters heen in het postvak-in terecht komen.²⁹³

11.2.2.5 Gebruikte methode of middelen

341. Uit klachten via spamklacht en berichten op internet(forums) blijkt dat (de e-mailberichten die adverteren voor) de enquêtes van Daisycon als misleidend worden ervaren. Dit geldt met name voor het zogenaamde Gemeentelijk Onderzoek.²⁹⁴ Hoewel abonnees dachten dat dit een onderzoek van hun eigen gemeente betrof, bleek dit een enquête van Daisycon te zijn waarmee hun (persoons)gegevens werden verworven voor commerciële doeleinden. Deze enquêtes waren zelfs zodanig misleidend, dat gemeenten zich genoodzaakt zagen zich publiekelijk in de plaatselijke pers, nationale vakbladen en via de website van de VNG van de misleidende enquêtes van Daisycon te distantiëren.²⁹⁵

11.2.2.6 Aantal verzonden berichten

342. Om (bij benadering) vast te kunnen stellen hoeveel e-mailberichten zijn verzonden ten behoeve van de enquête concepten van Daisycon via affiliate marketing is in het systeem een selectie gemaakt²⁹⁶ van de kliks²⁹⁷ die zijn voortgekomen uit e-mailberichten²⁹⁸ gegenereerd voor het

server zodanig geconfigureerd is dat misbruik mogelijk is (bijvoorbeeld een open proxyserver of een niet beveiligde mailserver).

[...]

Het idee achter DNSBL is niet zozeer om permanent de vloed van spam of besmette mail te verminderen, maar ook om de server-beheerders -bijvoorbeeld bij internetproviders- op te voeden. Als een mailserver opgenomen wordt in één of meer veel gebruikte blacklists kan geen enkele gebruiker van die mailservers nog fatsoenlijk post versturen. Door klachten van gebruikers worden de server beheerders gedwongen misbruik actief tegen te gaan door hun mailservers afdoende te beschermen tegen misbruik en klanten die zich misdragen af te sluiten.

²⁸⁸ Zoals Spamhaus (www.spamhaus.org). Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 63 - TU Delft - OPTA - *Damage of Security Incidents*, p. 16, 35.

²⁸⁹ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 63 - TU Delft - OPTA - *Damage of Security Incidents*, p. 11, 25 – 27.

²⁹⁰ Per spambericht zou een gemiddelde ontvanger 9 tot 16 seconden besteden aan het handmatig filteren van een spambericht. Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 63 - TU Delft - OPTA - *Damage of Security Incidents*, p. 26. Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 66 - *returnpath_globaldeliverability2h11*; 67 - *ddma.nl - Hoe bepaal ik mijn Inbox Placement Rate*.

²⁹¹ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 51 - *www.emerce.nl - marketeers-grootste-spammers*; 59 - *blog.wordtothewise.com - Hotmail fights grey mail*; 60 - *www.security.nl -*

Microsoft_boekt_succes_in_oorlog_tegen_graymail; 61 - *webwereld.nl - gmail-en-hotmail-vullen-inbox-half-met-spam*; 65 - *www.prweb.com - Return Path Study*.

²⁹² Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 55 - *Personalised Spam Filtering for Gray Mail*; 56 - *Filtering Email Spam in the Presence of Noisy User Feedback*; 62 - *Web_Mail_Provider_SPAM_Filtering_Effectiveness_Research*.

²⁹³ De helft van een gemiddeld postvak-in zou bestaan uit “nieuwsbrieven en aanbiedingen” en het aantal “nieuwsbrieven” zou in 2011 met 300% zijn toegenomen. Zie onderzoeksrapport randnummer en Bijlagen DVD Hoofdstuk 8: 52 - *www.microsoft.com - graymail*.

²⁹⁴ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: Bijlagen DVD hoofdstuk 8: 57 - *kassa.vara.nl - Wat wil de nationale consumentenenquête van ons weten*; 58 - *sudesh.nl Consumenten Enquête*.

²⁹⁵ Zie onderzoeksrapport, randnummer 540 en <http://www.telstar-online.nl/nieuws.php?id=19464>. Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 48 - *www.binnenlandsbestuur.nl - Gemeenten krijgen klachten over commerciële site*

²⁹⁶ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 36 - *SVO20 Nationale enquêtes. Export uit de gekopieerde database*.

²⁹⁷ Daisycon hield bij of een ontvanger van een e-mailbericht ook daadwerkelijk op de link drukte die

²⁹⁸ Dit betreft de kliks die zijn voortgekomen uit advertentiemateriaal dat als “adsizer” de waarde ‘12’ heeft. Dit houdt in dat het een e-mailtemplate betreft. Vervolgens heeft ondergetekende visueel gecontroleerd en vastgesteld dat er in de

Besluit Openbaar

affiliate programma "NationaleEnquetes.nl".²⁹⁹ Op basis van het aldus verkregen aantal kliks en gegevens of percentages die bekend zijn over de verhouding tussen het aantal verzonden e-mailberichten en het aantal kliks dat uit de verzending van e-mailcampagnes voortkomt, is een onderbouwde schatting te maken over de hoeveel e-mailberichten er daadwerkelijk zijn verzonden.³⁰⁰

343. Op grond van voorgaande komt ACM tot de vaststelling dat Daisycon in de rol van adverteerder in de periode 1 oktober 2009 tot en met 22 juli 2011 tussen de 2.455.820 en 6.855.833 e-mailberichten heeft laten verzenden via haar affiliate netwerk waarin geadverteerd wordt voor haar enquêtes.³⁰¹
344. Voorts heeft de rapporteur uit de veiliggestelde bestanden kunnen vaststellen hoeveel e-mailberichten Daisycon in de rol van publisher heeft verzonden. Deze bestanden bevat een Excel sheet, waarop per week is bijgehouden hoeveel e-mailberichten Daisycon heeft verzonden naar het e-mailadressenbestand 123aanbieding.nl.³⁰² Op grond van deze gegevens komt ACM tot de vaststelling dat Daisycon in de rol van publisher in de periode 1 oktober 2009 tot en met januari 2011 minstens 70.060.082 e-mailberichten heeft verzonden naar het e-mailadressenbestand van 123aanbieding.nl.³⁰³
345. Om (bij benadering) vast te kunnen stellen hoeveel e-mailberichten zijn verzonden via affiliate netwerk van Daisycon is in het systeem onderzocht hoe vaak gebruikers hebben geklikt op ds1-links. Hiertoe heeft de rapporteur een selectie gemaakt³⁰⁴ van de kliks die zijn gegenereerd door de [VERTROUWELIJK] publicatiemiddelen, waarvan vaststaat dat dit e-mailmarketing betreft.³⁰⁵ Op basis van het aldus verkregen aantal kliks en gegevens of percentages die bekend zijn over de verhouding tussen het aantal verzonden e-mailberichten en het aantal kliks dat uit de verzending van e-mailcampagnes voortkomt, is een onderbouwde schatting te maken over de hoeveel e-mailberichten er daadwerkelijk zijn verzonden.³⁰⁶
346. Op grond van het voorgaande komt ACM tot de vaststelling dat het affiliate netwerk van Daisycon in de periode 1 oktober 2009 tot en met 6 maart 2012 betrokken is geweest bij de verzending van ten minste 2.123.917.076 e-mailberichten.³⁰⁷

11.2.2.7 Behaald voordeel

347. Voorts overweegt ACM dat de ernst van de overtreding mede wordt bepaald door het door overtreders behaalde voordeel bij de overtreding.

omschrijving van de advertentie (ad_type of ad_description) genoemd wordt dat het een e-mail of e-mailtemplate betreft.

²⁹⁹ Dit betreft de kliks voor het affiliate programma van de Nationale Enquêtes, met "program_id" `649`.

³⁰⁰ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 36 - SVO20 Nationale enquêtes. Export uit de gekopieerde database. Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 38 - DDMA Nationale-Email-Benchmark-2011: Het onderzoek van de DDMA is gebaseerd op 1,15 miljard e-mailberichten die in 130.477 e-mailcampagnes (EDM's) verzonden zijn door klanten van een aantal e-mailverzendservices (ESP's) in 2011.

³⁰¹ Zie onderzoeksrapport, randnummers 543 – 557.

³⁰² Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 34 - SVO05 123aanbieding.nl mailschema[158953]

³⁰³ Zie onderzoeksrapport, randnummers 580 – 585.

³⁰⁴ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 36 - SVO20 Nationale enquêtes. Export uit de gekopieerde database.

³⁰⁵ Zie onderzoeksrapport, paragraaf 8.3 onder D en onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 44 - SVO20 Export kliks per publisher.

³⁰⁶ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 36 - SVO20 Nationale enquêtes. Export uit de gekopieerde database. Zie verder onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 38 - DDMA Nationale-Email-Benchmark-2011: Het onderzoek van de DDMA is gebaseerd op 1,15 miljard e-mailberichten die in 130.477 e-mailcampagnes (EDM's) verzonden zijn door klanten van een aantal e-mailverzendservices (ESP's) in 2011.

³⁰⁷ Zie onderzoeksrapport, randnummers 612 – 627.

Besluit Openbaar

348. De verdiensten van Daisycon in haar rol van adverteerder aan de verzending van de e-mailberichten waarin geadverteerd werd voor de enquêtes van Daisycon houdt direct verband met het overtreden van het spamverbod. In de jaarrekeningen van Daisycon is de omzet die is gegenereerd door de enquêtes opgenomen onder de post "Omzet Enquêtes". In 2010 was de omzet van deze post [VERTROUWELIJK]³⁰⁸ en in 2011 [VERTROUWELIJK]³⁰⁹. Op grond van bovenstaande concludeert ACM dat Daisycon als adverteerder in 2010 en 2011 een omzet van [VERTROUWELIJK] heeft verworven aan haar enquêtes.
349. 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 concludeert dat Daisycon in de periode 1 oktober 2009 tot en met januari 2011 een omzet van [VERTROUWELIJK] in haar rol als publisher heeft verworven.³¹⁰
350. Tot slot houdt ook de omzet, die Daisycon in haar rol van affiliate netwerk heeft verworven aan de bemiddeling bij het verzenden van e-mailberichten, direct verband met het overtreden van het spamverbod. De rapporteur heeft vastgesteld dat Daisycon in de periode van 1 oktober 2009 tot en met 6 maart 2012 een bedrag tussen de [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] heeft omgezet aan haar betrokkenheid bij de verzending van e-mailberichten.³¹¹ Op grond van bovenstaande concludeert ACM dat 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] heeft omgezet met haar betrokkenheid bij de verzending van e-mailberichten.

11.2.2.8 Conclusie

351. ACM concludeert naar aanleiding van voorgaande dat de berichten die Daisycon verzond of liet verzenden in alle drie de beschreven rollen maatschappelijk gezien wat betreft inhoud en aantal overlast en (im)materiële schade hebben veroorzaakt en dat deze gedragingen Daisycon substantieel voordeel hebben opgeleverd.

11.2.3 Bijzondere omstandigheden van het geval

352. ACM constateert dat Daisycon stelselmatig in een periode ruim twee jaar artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw heeft overtreden, door in wisselende rollen betrokken te zijn bij de verzending van ongevraagde elektronische berichten zonder dat er kon worden aangetoond dat abonnees voorafgaand toestemming hadden gegeven en zonder dat hiervoor een functionerende afmeldmogelijkheid was ingericht. De achterliggende oorzaak van deze overtredingen is deels gelegen in de wijze waarop (persoonlijke) contactgegevens worden geworven voor de betreffende e-mailcampagnes. Daisycon heeft op structurele wijze gebruik gemaakt van de aanmelding van deelnemers aan haar enquêtes om contactgegevens te verkrijgen en heeft deze stelselmatig gebruikt om (derden) commerciële e-mailberichten te (laten) verzenden dan wel om de verkregen contactgegevens te verkopen. Hierdoor werden de contactgegevens van abonnees zeer breed verspreid onder de betrokken publishers en was het voor de consument niet duidelijk in welke e-mailadressenbestanden hij was opgenomen en hoe hij de contactgegevens daaruit kon (laten) verwijderen..

³⁰⁸ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 46 - SVO05 Fin Definitief rapport 2010 Daisycon[91825] p. 23.

³⁰⁹ Zie onderzoeksrapport, digitale bijlagen: DVD Hoofdstuk 8: 47 - SVO10 Rapportage december[14].

³¹⁰ Zie onderzoeksrapport, randnummers 585 – 589.

³¹¹ Zie onderzoeksrapport, randnummer 632.

Besluit Openbaar

353. ACM overweegt verder dat Daisycon gewerkt heeft door middel van een planmatig marketingmodel waarbij de mogelijkheid tot afmelden door de abonnee niet of niet adequaat werd aangeboden. Abonnees konden immers niet of nauwelijks ontkomen aan het ontvangen van ongevraagde commerciële e-mailberichten van Daisycon wanneer hun contactgegevens door deelname aan de enquêtes eenmaal in de e-mailadressenbestanden van Daisycon en haar publishers/affiliates terecht waren gekomen. De abonnee heeft door deze werkwijze derhalve niet op eenvoudige en adequate wijze gebruik kunnen maken van het aan hem op grond van artikel 11.7, vierde lid, Tw toekomende recht op effectieve afmelding.
354. Deze structurele werkwijze van Daisycon behoorde tot haar kerntaken en daarmee was haar bedrijfsvoering gericht op het al dan niet bewust in stand houden van de overtreding. Om verdere overtredingen te voorkomen moeten er fundamentele en drastische wijzigingen worden doorgevoerd in de werkwijze van Daisycon. Alleen dan kan zij ervoor zorgen dat haar bedrijfsvoering in overeenstemming met de wettelijke regels plaatsvindt.
355. Bovengenoemde omstandigheden doen naar het oordeel van ACM ernstig afbreuk aan één van de doelstellingen van de Telecommunicatiewet, te weten het bevorderen van de belangen van eindgebruikers, en moeten tevens als een grove inbreuk op de persoonlijk levenssfeer van de abonnee worden beschouwd. Deze omstandigheden dienen derhalve meegewogen te worden bij het bepalen van de ernst van de overtreding.

11.2.4 Conclusie met betrekking tot de ernst van de overtreding

356. Het bovenstaande in acht nemende, concludeert ACM, gelet op de aard van de overtredingen en de bijzondere omstandigheden waarin deze hebben plaatsgevonden, het volgende. Op grond van haar Boetebeleidsregels 2010 concludeert ACM dat de overtreding van artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw in beginsel overtredingen zijn die naar hun aard minder zwaar zijn. ACM is van oordeel dat voornoemde economische context en bijzondere omstandigheden van het geval er toe leiden dat de overtredingen die in de paragrafen 8.4, 9.4 en 10.4 zijn vastgesteld alle als ernstig moet worden gekwalificeerd. Daarbij hoort volgens de Boetebeleidsregels een boete van maximaal € 300.000 per overtreding.

12 Vaststelling van de hoogte van de boete

12.1 Duur van de overtreding

12.1.1 Rol van adverteerder

357. ACM heeft vastgesteld dat e-mailberichten die staan omschreven in paragraaf 8.1.1 zijn verzonden in de periode van oktober 2009 tot en met juli 2011. De duur van de geconstateerde overtredingen betreft hiermee één jaar en tien maanden.

358. Op grond van bovenstaande concludeert ACM dat artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw is overtreden gedurende de periode van oktober 2009 tot en met juli 2011.

12.1.2 Rol van publisher

359. ACM heeft vastgesteld dat e-mailberichten die staan omschreven in paragraaf 9.1.1 zijn verzonden in de periode van oktober 2009 tot en met januari 2011. De duur van de geconstateerde overtredingen betreft hiermee 1 jaar en 3 maanden.

Besluit Openbaar

360. Op grond van bovenstaande concludeert ACM dat artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw is overtreden gedurende de periode van oktober 2009 tot en met januari 2011.

12.1.3 Rol van affiliate-netwerk

361. ACM heeft vastgesteld dat de e-mailberichten die staan omschreven in paragraaf 10.1.1 zijn verzonden in de periode van 1 oktober 2009 tot en met 6 maart 2012. De duur van de geconstateerde overtredingen betreft hiermee twee jaar en vijf maanden.

362. Op grond van bovenstaande concludeert ACM dat artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw is overtreden gedurende de periode van 1 oktober 2009 tot en met maart 2012.

12.2 Verwijtbaarheid

363. Allereerst wijst ACM op de eigen verantwoordelijkheid van marktpartijen om op de hoogte te zijn van de wettelijke verplichtingen, in casu het spamverbod, en deze daadwerkelijk na te leven. Dit geldt te meer als e-mailmarketing kernactiviteit van de onderneming is. Het spamverbod is reeds vanaf 2004 in de Telecommunicatiewet verankerd. De werking van dit verbod voor natuurlijke personen is op 1 oktober 2009 uitgebreid tot een verbod dat ook van toepassing is op rechtspersonen. Voorafgaand aan³¹² en bij de inwerkingtreding³¹³ van deze wetwijziging, is de uitbreiding van het spamverbod uitvoerig belicht. Deze wetgeving is toegelicht in brochures en persberichten. Informatie over spam kan ook worden verkregen op de door ACM ingestelde website, www.spamklacht.nl. Hiernaast worden door het Ministerie van Economische Zaken³¹⁴ en ConsuWijzer³¹⁵ concrete vragen beantwoord. Daisycon had derhalve via verschillende kanalen de gelegenheid om kennis te nemen van de regelgeving op het gebied van e-mailmarketing. Hierbij horen ook de boetesbesluiten en gerechtelijke uitspraken ter zake van overtredingen van het spamverbod die OPTA in de bewuste periode op haar website had gepubliceerd.³¹⁶

12.2.1 Rol van adverteerder

12.2.1.1 Daisycon

364. Daisycon was zich er terdege van bewust dat ze met het verzenden van e-mailberichten voor haar enquêtes artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw overtrad. Daisycon verzond namelijk bewust e-mailberichten voor haar enquêtes om e-mailadressen en andere persoonlijke gegevens van abonnees (de zogenoemde leads) te verwerven en om daarmee vervolgens inkomsten te genereren. Uit de interne en externe e-mailwisselingen (van en met medewerkers, bestuurders, adverteerders en publishers/affiliates) blijkt dat Daisycon met haar enquêtes gecalculerde risico's op het overtreden van het spamverbod nam.³¹⁷ Het had op de weg van Daisycon gelegen om de nodige maatregelen te treffen om aan de wettelijke vereisten te kunnen voldoen.
365. Uit paragraaf 8.1.2 is reeds gebleken dat Daisycon als verzender van de e-mailberichten voor haar enquêtes, zoals omschreven in paragraaf 8.1.1, is aan te merken. Nu zij wist of redelijkerwijs had moeten weten van het spamverbod zij heeft nagelaten haar werkwijze hierop

³¹² Zie onder andere <https://www.spamklacht.nl/nieuws/bericht/?id=57>, ook heeft OPTA diverse presentaties verzorgd ter voorlichting over de betreffende wetwijziging.

³¹³ Zie onder andere <http://www.rijksoverheid.nl/documenten-en-publicaties/persberichten/2009/09/29/bel-me-niet-register-en-spamverbod-per-1-oktober.html>, <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=3021> en <https://www.spamklacht.nl/nieuws/bericht/?id=70>, http://www.consuwijzer.nl/Consumentennieuws/Nieuwsarchief/2009/Oktobre_2009/Ook_geen_spam_meer_op_kantoor.

³¹⁴ www.rijksoverheid.nl/ministeries/ez.

³¹⁵ www.consuwijzer.nl.

³¹⁶ www.acm.nl.

³¹⁷ Zie onderzoeksrapport, randnummers 640 – 659 en de in de voetnoten genoemde bijlagen.

Besluit Openbaar

aan te passen en zij vervolgens commerciële e-mailberichten heeft verzonden zonder voorafgaande toestemming, overtrad zij willens en wetens het spamverbod, althans nam zij bewust dat risico. De overtreding van artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw kan derhalve Daisycon verweten worden.

12.2.1.2 Bestuurder Daisycon: [A]

366. In paragraaf 8.3.3 heeft ACM reeds overwogen dat bestuurder [A] als overtreder is aan te merken althans dat de overtreding die is begaan door Daisycon hem als feitelijk leidinggevende is toe te rekenen. ACM heeft hierbij geconstateerd dat [A] als eerstverantwoordelijke voor de enquêtes³¹⁸ ten tijde van de overtreding op de hoogte was of had moeten zijn van de begane overtredingen en bevoegd en redelijkerwijs gehouden was tegen de verboden gedraging op te treden dan wel deze te voorkomen. Daarmee heeft hij de aanmerkelijke kans aanvaard dat Daisycon artikel 11.7 eerste en vierde lid, Tw heeft overtreden.
367. Gelet op het voorgaande concludeert ACM dat het feitelijk leiding geven aan de overtreding van artikel 11.7, eerste en vierde, Tw aan [A] volledig verweten kan worden.

12.2.2 Rol van publisher

12.2.2.1 Daisycon

368. Daisycon was zich er terdege van bewust dat ze met het verzenden van bepaalde e-mailberichten artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw overtrad. Daisycon verzond namelijk bewust e-mailberichten vanaf een domein met de naam 'Mailbutler' in plaats van met de naam 'Daisycon', omdat ze: "*hiermee niet direct het merk Daisycon schaden als we teveel mailen*".³¹⁹ ACM is van oordeel dat het op de weg van Daisycon had gelegen om de nodige maatregelen te treffen om aan de wettelijke vereisten te kunnen voldoen.
369. Uit paragraaf 9.1.2 is reeds gebleken dat Daisycon als verzender van de e-mailberichten, zoals omschreven in paragraaf 9.1.1, is aan te merken. Nu zij wist of redelijkerwijs had moeten weten van het spamverbod³²⁰, zij heeft nagelaten haar werkwijze hierop aan te passen en zij vervolgens commerciële e-mailberichten heeft verzonden zonder voorafgaande toestemming, overtrad zij willens en wetens het spamverbod. De overtreding van artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw kan derhalve Daisycon verweten worden.

12.2.2.2 Bestuurder Daisycon: [A]

370. In paragraaf 9.3.2 heeft ACM reeds overwogen dat [A] op grond van artikel 5:1, derde lid, Awb in samenhang gelezen met artikel 51, tweede en derde lid, WvSr is aan te merken als feitelijk leidinggevende aan de overtreding die is begaan door Daisycon. ACM heeft hierbij geconstateerd dat [A] ten tijde van de overtreding op de hoogte had moeten zijn van de begane overtredingen en bevoegd was en redelijkerwijs gehouden was tegen de verboden gedraging op te treden dan wel deze te voorkomen. Daarmee heeft hij de aanmerkelijke kans aanvaard dat Daisycon artikel 11.7 eerste en vierde lid, Tw heeft overtreden.
371. Gelet op het voorgaande concludeert ACM dat het feitelijk leiding geven aan de overtreding van artikel 11.7, eerste en vierde, Tw aan [A] volledig verweten kan worden.

³¹⁸ Dat [A] primair verantwoordelijk was wordt niet betwist. Zie Verslag hoorzitting, p. 5. Zie verder onderzoeksrapport, bijlage 3 (e-mailbericht van 18 maart 2008) waarin [A] dit zelf met zo veel woorden bevestigt.

³¹⁹ Zie onderzoeksrapport, randnummer 664.

³²⁰ Zoals genoemd in randnummer 54 van het onderhavige besluit,

Besluit Openbaar

12.2.3 Rol van affiliate netwerk

12.2.3.1 Daisycon

372. Daisycon was zich er terdege van bewust dat ze een risico nam op het overtreden van het spamverbod door met haar affiliate netwerk de verzending van ongevraagde elektronische berichten met een commercieel doeleinde te organiseren, te beheren en te faciliteren waarbij zij waarborgen onvoldoende had ingebouwd om de verplichtingen ter zake uit de Telecommunicatiewet na te leven. Daisycon heeft bewust een affiliate netwerk opgezet dat bemiddelde tussen adverteerders en publishers ten einde ongevraagde e-mailberichten te verzenden om vervolgens daarmee inkomsten te genereren. Uit de interne en externe e-mailwisselingen (van en met medewerkers, bestuurders, adverteerders en publishers/affiliates) blijkt dat Daisycon zich bewust was van het feit dat een deel van de publishers e-mailadressen gebruikten zonder dat zij voorafgaande toestemming konden aantonen.³²¹ Het had op de weg van Daisycon gelegen om de nodige organisatorische of beheersmaatregelen te treffen, op dat het voor Daisycon en de adverteerders mogelijk was om te verifiëren dat de ingeschakelde publishers over voorafgaande toestemming beschikten en de verzonden ongevraagde e-mailberichten aan de wettelijke vereisten uit de Telecommunicatiewet zouden voldoen.
373. Daisycon was zich terdege bewust van de geldende wetgeving en het toezicht dat OPTA hield op de naleving van het spamverbod. Daisycon heeft hiertoe zelfs extern juridisch advies ingewonnen.³²² Daarnaast is door medewerkers van Daisycon expliciet gewezen op het toezicht van OPTA en een aantal eerder genomen besluiten van OPTA.³²³
374. Daisycon en haar bestuurders hebben daarentegen er bewust voor gekozen om hun werkwijze niet aan te passen en geen controle instrumenten te implementeren. Dit liet Daisycon na, omdat zij van mening was dat dit niet onder haar verantwoordelijkheid zou vallen.³²⁴ [B] heeft daarnaast aangegeven dat het in zijn ogen zo goed als onmogelijk is om aan alle voorwaarden te voldoen en alle regels te volgen en tegelijk de in de contracten afgesproken diensten voor de adverteerders uit te voeren.³²⁵ Hiermee heeft Daisycon er bewust voor gekozen aan haar werkwijze vast te houden ten koste van de naleving van de Telecommunicatiewet en daarmee de belangen van de abonnees die door het spamverbod beschermd worden.³²⁶
375. ACM acht dit te meer aan Daisycon verwijtbaar, omdat zij het affiliate netwerk zelf heeft opgezet, georganiseerd en beheerd. Waarbij Daisycon haar affiliate netwerk zodanig had ingericht, dat adverteerders op een eenvoudige wijze gebruik konden maken van de diensten van publishers. Hier kwam bij dat Daisycon juist voorkwam dat adverteerders en publishers direct contact met elkaar hadden. Hierdoor konden adverteerders en publishers geen nadere afspraken maken die zagen op de naleving van de Telecommunicatiewet en derhalve ook geen controle mechanismen afspreken. Nu Daisycon zichzelf een dergelijke onmisbare rol en cruciale schakel in de gehele keten had toegemeten, had het op haar weg gelegen om dit voor de adverteerders te faciliteren.
376. Daarbij acht ACM het ook van belang om te benadrukken dat Daisycon met haar enquêtes e-mailadressen verwierf voor de verschillende publishers, zonder dat zij ervoor zorgden dat

³²¹ Zie onderzoeksrapport, randnummer 467 – 479.

³²² Zie onderzoeksrapport, randnummer 376 - 378.

³²³ Zie onderzoeksrapport, randnummer 379.

³²⁴ Zie onderzoeksrapport, randnummer 386 en 678.

³²⁵ Zie onderzoeksrapport, randnummer 382.

³²⁶ Zie ook onderzoeksrapport, randnummer 388 en 389, waaruit blijkt dat Daisycon dit om bedrijfseconomische redenen heeft nagelaten.

Besluit Openbaar

abonnees zich op een adequate wijze konden afmelden voor de ongevraagde e-mailberichten. Hierdoor hield het affiliate netwerk de overtreding en de overlast voor abonnees in stand. Doordat het voor de abonnees ook niet kenbaar was dat de berichten via het affiliate netwerk van Daisycon verzonden werden, konden de abonnees zich niet tot haar richten om zich te vrijwaren van de ongevraagde e-mailberichten.

377. Uit paragraaf 10.3 is reeds gebleken dat Daisycon als overtreder van artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw is aan te merken. Nu zij wist of redelijkerwijs had moeten weten van het spamverbod dat is opgenomen in artikel 11.7 Tw, zij nagelaten heeft de werkwijze hierop aan te passen en zij vervolgens betrokken is geweest bij de verzending van ongevraagde commerciële e-mailberichten zonder voorafgaande toestemming, overtrad zij willens en wetens het spamverbod. De overtreding van artikel 11.7, eerste en vierde lid, Tw kan derhalve Daisycon volledig worden verweten.

12.2.3.2 Bestuurder Daisycon: [B]

378. In paragraaf 10.3.2 heeft ACM reeds overwogen dat [B] op grond van artikel 5:1, derde lid, Awb in samenhang gelezen met artikel 51, tweede en derde lid, WvSr is aan te merken als feitelijk leidinggevende aan de overtreding die is begaan door Daisycon. ACM heeft hierbij geconstateerd dat [B] ten tijde van de overtreding op de hoogte had moeten zijn van de begane overtredingen en bevoegd was en redelijkerwijs gehouden was tegen de verboden gedraging op te treden dan wel deze te voorkomen. Daarmee heeft hij de aanmerkelijke kans aanvaard dat Daisycon artikel 11.7 eerste en vierde lid, Tw heeft overtreden.
379. Gelet op het voorgaande concludeert ACM dat het feitelijk leiding geven aan de overtreding van artikel 11.7, eerste en vierde, Tw aan [B] volledig verweten kan worden.

12.3 Conclusie ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de boete

380. In beginsel kan ACM in voorkomende gevallen voor iedere overtreding afzonderlijk een boete van maximaal € 450.000 opleggen. ACM kan evenwel - indien er sprake is van meerdere overtredingen - in plaats van elke overtreding afzonderlijk te beboeten, een boete opleggen voor het geheel van deze overtredingen.³²⁷ Nu het in deze zaak om een groot aantal overtredingen gaat, die in hoge mate vergelijkbaar zijn en die in hun onderling verband moeten worden beschouwd, ligt het niet in de rede per verzonden e-mailbericht, en dus per overtreding, een aparte boete op te leggen. Bij de vaststelling van de boete is ACM er van uitgegaan dat de berichten die per rol zijn verzonden, in de gestelde periode zijn aan te merken als twee voortdurende, samenhangende overtredingen. ACM heeft immers geconstateerd dat Daisycon in de drie rollen zowel artikel 11.7, eerste lid, Tw als artikel 11.7, vierde lid, Tw heeft overtreden. Gelet op het voorgaande komt ACM dus uit op een zestal geconstateerde overtredingen.
381. ACM heeft hiervoor reeds vastgesteld dat, gelet op de zwaarte van de overtredingen en de economische context alsmede de specifieke omstandigheden waarbinnen deze hebben plaatsgevonden, er sprake is van ernstige overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw en van artikel 11.7, vierde lid, Tw. Daarbij hoort een boete van maximaal € 300.000 per overtreding. Er is geen aanleiding om Daisycon en haar bestuurders geen of minder verwijt te maken van de overtredingen. ACM is verder van oordeel dat er evenmin sprake is van feiten of omstandigheden op grond waarvan de overtredingen anderszins niet aan Daisycon of haar bestuurders kunnen worden toegerekend.

³²⁷ Boetebeleidsregels, paragraaf 6. In theorie kan de uiteindelijke hoogte van een dergelijke boete uitkomen op een veelvoud van het per overtreding geldende wettelijk maximum van € 450.000 (artikel 15.4, vierde lid, Tw).

Besluit Openbaar

382. Naast de lange duur van de overtredingen en de volledige verwijtbaarheid van Daisycon neemt ACM ook eerdere genomen besluiten van ACM ter zake van overtreding van het spamverbod in aanmerking bij de vaststelling van de hoogte van de boete.
383. ACM overweegt tevens dat bij de vaststelling van de hoogte van de boete in acht moet worden genomen dat de boete Daisycon van toekomstige overtredingen dient te weerhouden en tevens potentiële overtreders dient af te schrikken (speciale en generale preventie).
384. ACM overweegt verder dat de nadelige gevolgen van de op te leggen boetes op grond van artikel 3:4, tweede lid, Awb niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

12.3.1 Overtreding 1a

385. De voorgaande bevindingen leiden tot vaststelling van een overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw waarvoor ACM, met inachtneming van de ernst van de overtreding, de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder, aan Daisycon als adverteerder en [A] gezamenlijk een boete oplegt van € 100.000 voor het verzenden van elektronische berichten om ongevraagde communicatie voor commerciële doeleinden over te (laten) brengen aan abonnees, zonder dat daarvoor aantoonbaar toestemming is verkregen. Daisycon en [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.

12.3.2 Overtreding 1b

386. De voorgaande bevindingen leiden tot vaststelling van een overtreding van artikel 11.7, vierde lid, Tw waarvoor ACM, met inachtneming van de ernst van de overtreding, de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder, aan Daisycon als adverteerder en [A] gezamenlijk een boete oplegt van € 50.000 omdat zij geen geldige afmeldmogelijkheid hebben vermeld in de e-mailberichten die zij ongevraagd hebben verzonden ofwel laten verzenden. Daisycon en [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.

12.3.3 Overtreding 2a

387. De voorgaande bevindingen leiden tot vaststelling van een overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw waarvoor ACM, met inachtneming van de ernst van de overtreding, de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder, aan Daisycon als publisher en [A] gezamenlijk een boete oplegt van € 150.000 voor het verzenden van elektronische berichten om ongevraagde communicatie voor commerciële doeleinden over te (laten) brengen aan abonnees, zonder dat daarvoor aantoonbaar toestemming is verkregen. Daisycon en [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.

12.3.4 Overtreding 2b

388. De voorgaande bevindingen leiden tot vaststelling van een overtreding van artikel 11.7, vierde lid, Tw waarvoor ACM, met inachtneming van de ernst van de overtreding, de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder, aan Daisycon als publisher en [A]

Besluit Openbaar

gezamenlijk een boete oplegt van € 100.000 omdat zij geen geldige afmeldmogelijkheid hebben vermeld in de e-mailberichten die zij ongevraagd hebben verzonden ofwel laten verzenden. Daisycon en [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.

12.3.5 Overtreding 3a

389. De voorgaande bevindingen leiden tot vaststelling van een overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw waarvoor ACM, met inachtneming van de ernst van de overtreding, de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder, aan Daisycon als affiliate netwerk en [B] gezamenlijk een boete oplegt van € 300.000 voor het verzenden van elektronische berichten om ongevraagde communicatie voor commerciële doeleinden over te (laten) brengen aan abonnees, zonder dat daarvoor aantoonbaar toestemming is verkregen. Daisycon en [B] krijgen deze boetes gezamenlijk opgelegd en zij zijn hiervoor hoofdelijk aansprakelijk. De (onrechtmatige) gedragingen van Daisycon en het feitelijk leidinggeven aan deze overtreding door [B] hangen nauw samen en zijn niet of zeer moeilijk te scheiden.

12.3.6 Overtreding 3b

390. De voorgaande bevindingen leiden tot vaststelling van een overtreding van artikel 11.7, vierde lid, Tw waarvoor ACM, met inachtneming van de ernst van de overtreding, de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder, aan Daisycon als affiliate netwerk en [B] gezamenlijk een boete oplegt van € 150.000 omdat zij geen geldige afmeldmogelijkheid hebben vermeld in de e-mailberichten die zij ongevraagd hebben verzonden ofwel laten verzenden. Daisycon en [B] krijgen deze boetes gezamenlijk opgelegd en zij zijn hiervoor hoofdelijk aansprakelijk. De (onrechtmatige) gedragingen van Daisycon en het feitelijk leidinggeven aan deze overtreding door [B] hangen nauw samen en zijn niet of zeer moeilijk te scheiden.

12.4 Boete verhogende of –verlagende omstandigheden

391. ACM kan bij de vaststelling van de boete boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden betrekken. De toepasselijkheid van een boeteverhogende of –verlagende omstandigheid kan leiden tot overschrijding van de bandbreedte van de toepasselijke boetecategorie in geval onverkorte handhaving van de boetemaxima onvoldoende recht doet aan het gewicht van de betrokken omstandigheid.

392. Op grond van de boetebeleidsregels kan als boeteverlagende omstandigheid onder meer in aanmerking worden genomen:

“De omstandigheid dat de overtreder de overtredingen uit eigen beweging heeft beëindigd voor of bij de eerste bekendwording met het onderzoek van het college. Hierbij komt meer gewicht toe aan het uit eigen beweging beëindigen van de overtreding voordat OPTA het onderzoek is begonnen dan nadat het onderzoek is gestart.”³²⁸

393. ACM stelt vast dat Daisycon en haar bestuurders in de rol van adverteerder en publisher de geconstateerde overtredingen³²⁹ uit eigen beweging hebben beëindigd voordat zij bekend zijn geworden met het onderzoek.³³⁰

³²⁸ Boetebeleidsregels, paragraaf 6.

³²⁹ Het betreft hier overtreding 1a, overtreding 1b, overtreding 2a en overtreding 2b.

Besluit Openbaar

394. Deze omstandigheid geeft ACM aanleiding om de boetes, die zijn opgelegd voor overtreding 1a, overtreding 1b, overtreding 2a en overtreding 2b, met 10% te verlagen. ACM komt derhalve uit op de volgende boetes:
- Een boete van € 90.000 voor overtreding 1a.
 - Een boete van € 45.000 voor overtreding 1b.
 - Een boete van € 135.000 voor overtreding 2a.
 - Een boete van € 90.000 voor overtreding 2b.
395. ACM acht verder geen boeteverhogende of -verlagende omstandigheden aanwezig die betrokken moeten worden bij de vaststelling van de hoogte van de boete die is opgelegd voor overtreding 3a en overtreding 3b. De boetes die voor deze overtredingen zijn opgelegd blijven derhalve gelijk.

12.5 Conclusie ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de boete

396. 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, [A] en [B] voor overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, vierde lid, Tw.

13 Dictum

397. De Autoriteit Consument en Markt stelt vast dat de rechtspersoon Daisycon B.V. (in de rol van adverteerder) artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet heeft overtreden, door in de periode van 1 oktober 2009 tot en met juli 2011 elektronische berichten ten behoeve van de enquêtes van Daisycon te gebruiken om ongevraagde communicatie voor commerciële doeleinden over te (laten) brengen aan abonnees, zonder dat daarvoor aantoonbaar toestemming is verkregen.
398. De Autoriteit Consument en Markt stelt vast dat de rechtspersoon Daisycon B.V. (in de rol van adverteerder) artikel 11.7, vierde lid, van de Telecommunicatiewet heeft overtreden, doordat zij in de periode van 1 oktober 2009 tot en met juli 2011 geen geldige afmeldmogelijkheid heeft vermeld in de ongevraagde e-mailberichten die zij heeft verzonden ofwel heeft laten verzenden ten behoeve van de enquêtes van Daisycon.
399. De Autoriteit Consument en Markt stelt vast dat de rechtspersoon Daisycon B.V. (in de rol van publisher) artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet heeft overtreden, door in de periode van 1 oktober 2009 tot en met januari 2011 elektronische berichten te gebruiken om ongevraagde communicatie voor commerciële doeleinden over te (laten) brengen aan abonnees die waren opgenomen in het adressenbestand 123aanbieding.nl, zonder dat daarvoor aantoonbaar toestemming is verkregen.
400. De Autoriteit Consument en Markt stelt vast dat de rechtspersoon Daisycon B.V. (in de rol van publisher) artikel 11.7, vierde lid, van de Telecommunicatiewet heeft overtreden, doordat zij in de periode van 1 oktober 2009 tot en met januari 2011 geen geldige afmeldmogelijkheid heeft vermeld in de ongevraagde e-mailberichten die zij heeft verzonden ofwel heeft laten verzenden aan abonnees die waren opgenomen in het adressenbestand 123aanbieding.nl.

78/80

³³⁰ Zie onderzoeksrapport, randnummer 689 – 694. Het onderzoek van ACM naar Daisycon was op dat moment al wel gestart, maar Daisycon was nog niet bekend met het onderzoek.

Besluit Openbaar

401. De Autoriteit Consument en Markt stelt vast dat de rechtspersoon Daisycon B.V. (in de rol van affiliate netwerk) artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet heeft overtreden, door in de periode van 1 oktober 2009 tot en met 6 maart 2012 elektronische berichten ten behoeve van haar affiliate programma's te gebruiken om ongevraagde communicatie voor commerciële doeleinden over te (laten) brengen aan abonnees, zonder dat daarvoor aantoonbaar toestemming is verkregen.
402. De Autoriteit Consument en Markt stelt vast dat de rechtspersoon Daisycon B.V. (in de rol van affiliate netwerk) artikel 11.7, vierde lid, van de Telecommunicatiewet heeft overtreden, doordat zij in de periode van 1 oktober 2009 tot en met 6 maart 2012 geen geldige afmeldmogelijkheid heeft vermeld in de ongevraagde e-mailberichten die zij heeft verzonden ofwel heeft laten verzenden ten behoeve van haar affiliate programma's.
403. De Autoriteit Consument en Markt stelt tevens vast dat de heer [A] feitelijk leiding heeft gegeven aan de in randnummer 397, 398, 399 en 400 vastgestelde overtredingen.
404. De Autoriteit Consument en Markt stelt tevens vast dat de heer [B] feitelijk leiding heeft gegeven aan de in randnummer 401 en 402 vastgestelde overtredingen.
405. Op grond hiervan legt de Autoriteit Consument en Markt aan de besloten vennootschap Daisycon een boete op van in totaal € 360.000 voor de overtredingen genoemd in randnummers 397, 398, 399 en 400. Deze boete bestaat uit:
- een boete van € 90.000 voor de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet zoals omschreven in randnummer 397,
 - een boete van € 45.000 voor de overtreding van artikel 11.7, vierde lid, van de Telecommunicatiewet zoals omschreven in randnummer 398,
 - een boete van € 135.000 voor de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet zoals omschreven in randnummer 399,
 - een boete van € 90.000 voor de overtreding van artikel 11.7, vierde lid, van de Telecommunicatiewet zoals omschreven in randnummer 400.
406. Gelet op hetgeen in randnummer 403 is overwogen stelt de Autoriteit Consument en Markt de heer [A] hoofdelijk aansprakelijk voor de boete die staat genoemd in randnummer 405.
407. Op grond hiervan legt de Autoriteit Consument en Markt aan de besloten vennootschap Daisycon een boete op van in totaal € 450.000 voor de overtredingen genoemd in randnummers 401 en 402. Deze boete bestaat uit:
- een boete van € 300.000 voor de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Telecommunicatiewet zoals omschreven in randnummer 401.
 - een boete van € 150.000 voor de overtreding van artikel 11.7, vierde lid, van de Telecommunicatiewet zoals omschreven in randnummer 402.
408. Gelet op hetgeen in randnummer 404 is overwogen stelt de Autoriteit Consument en Markt de heer [B] hoofdelijk aansprakelijk voor de boete die staat genoemd in randnummer 407.
409. De hierboven in randnummer 405 en 407 vastgestelde boetes dienen overeenkomstig het bepaalde in artikel 4:87, eerste lid, Awb binnen zes weken nadat de beschikking waarbij de

79/80

Besluit Openbaar

boetes zijn opgelegd in werking is getreden, in euro's te worden betaald. Na het verstrijken van bovengenoemde termijn worden, overeenkomstig artikel 4:98, eerste lid, Awb, deze boetes vermeerderd met de wettelijke rente.

Autoriteit Consument en Markt
namens deze:

w.g.

mr. J.G. Vegter
bestuurslid

Bezwaar

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt bezwaar maken bij het Bestuur van ACM.

Het postadres is: Autoriteit Consument en Markt, t.a.v. Directie Juridische Zaken, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag.

Het bezwaarschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht bevatten. Voorts moet het bezwaarschrift de gronden van het bezwaar bevatten. Autoriteit Consument en Markt wijst u op de mogelijkheid die de Algemene wet bestuursrecht de indiener van een bezwaarschrift biedt, om in dat geschrift ACM te verzoeken de bezwaarschriftenfase over te slaan.

Indien ACM uw verzoek inwilligt, zal uw bezwaarschrift worden doorgezonden naar de rechtbank en daar als beroepschrift worden behandeld. De procedure kan daardoor worden verkort. Indien ACM uw verzoek niet inwilligt, staat tegen deze beslissing geen beroep open en zal uw bezwaarschrift door ACM worden behandeld.

80/80