

ECLI:NL:RBROT:2016:3582

Instantie	Rechtbank Rotterdam
Datum uitspraak	19-05-2016
Datum publicatie	19-05-2016
Zaaknummer	ROT 14/8888, ROT 15/6152 en ROT 15/6153
Formele relaties	Hoger beroep: ECLI:NL:CBB:2018:139, Overig
Rechtsgebieden	Bestuursrecht
Bijzondere kenmerken	Eerste aanleg - meervoudig
Inhoudsindicatie	ACM heeft bestuurlijke boetes opgelegd aan een onderneming en twee van haar bestuurders wegens overtreding van het spamverbod. Volgens ACM heeft de onderneming in diverse rollen, te weten die van adverteerder, publisher en affiliate netwerk, artikel 11.7 lid 1 en lid 4 Telecommunicatiewet overtreden. Diverse onderwerpen komen aan de orde waaronder gebrekkige cautie en bewijsuitsluiting, onderzoek naar klachten van abonnees en het verdedigingsbeginsel in dat verband, de beoordeling of sprake is van gevraagde communicatie, of voorafgaande toestemming is verleend en of de afmeldlink voldeed. Verder oordeel over samenloop en toetsing hoogte boetes. Ten slotte volgt ambtshalve matiging wegens overschrijding van de redelijke termijn.
Wetsverwijzingen	Telecommunicatiewet 11.7
Vindplaatsen	Rechtspraak.nl JOR 2016/239 Wilfred Steenbruggen annotatie in UDH:IR/13680

Uitspraak

Rechtbank Rotterdam

Team Bestuursrecht 1

zaaknummers: ROT 14/8888, ROT 15/6152 en ROT 15/6153

uitspraak van de meervoudige kamer van 19 mei 2016 in de zaken tussen

1. **[Onderneming A]** ([A]), te [plaats] ;
2. **[B]** ([B]);
3. **[C]** ([C]),

eisers,

gemachtigden: mr. N. Wolters Ruckert en mr. S.H. van den Ende,

en

de Autoriteit Consument en Markt (ACM), verweerder,

gemachtigden: mr. R. Klein en mr. M. Camps.

Procesverloop

Bij besluit van 4 oktober 2013 (het primaire besluit) heeft ACM aan [A] bestuurlijke boetes opgelegd voor een bedrag van totaal € 810.000,- wegens een zestal overtredingen van artikel 11.7, eerste en vierde lid, van de Telecommunicatiewet (Tw). Bij ditzelfde besluit heeft ACM [B] respectievelijk [C] als feitelijke leidinggevend en hoofdelijk aansprakelijk gesteld voor de betaling van de aan [A] opgelegde bestuurlijke boetes tot een bedrag van € 450.000,- en € 360.000,-. Voorts heeft ACM besloten een geschoonde versie van het primaire besluit openbaar te maken.

Eisers hebben bezwaar gemaakt tegen het primaire besluit.

Voorts is [A] met ACM in overleg getreden over de wijze waarop haar bedrijfsvoering kan worden voortgezet zonder (verder) in strijd te komen met artikel 11.7, eerste en vierde lid, van de Tw en is ACM in dit verband verzocht tot boetematiging over te gaan. ACM heeft de openbaarmaking van het primaire besluit hangende dit overleg uitgesteld. ACM heeft aan boetematiging een vijftal randvoorwaarden gesteld, die door [A] zijn verworpen. Eisers hebben vervolgens de voorzieningenrechter verzocht de openbaarmakingsbeslissing te schorsen. Dit verzoek heeft de voorzieningenrechter bij uitspraak van 24 september 2014 (ECLI:NL:RBROT:2014:7808) afgewezen.

Bij besluit van 7 november 2014 (besluit 1) heeft ACM het bezwaar van [A] ongegrond verklaard.

Bij brief van 17 december 2014 heeft de gemachtigde van eisers namens [A] beroep ingesteld tegen besluit 1.

Bij aanvullend beroepschrift van 23 januari 2015 heeft de gemachtigde van eisers aangegeven dat het beroep is ingesteld namens eisers.

Bij brief van 7 april 2015 heeft ACM een verweerschrift ingediend. Twee van de bijlagen bij dat verweerschrift bevatten de resultaten van een aanvullend klachtenonderzoek.

Op het verzoek van ACM tot beperkte kennisname van stukken als bedoeld in artikel 8:29 van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) voor wat betreft een aantal van de geverifieerde klachten heeft de rechter-commissaris bij beslissing van 28 juli 2015 toewijzend beslist. Eisers hebben desgevraagd

toestemming verleend aan de rechtbank om kennis te nemen van de stukken die hun zijn onthouden.

Eisers hebben bij brief van 17 september 2015 gereageerd op het verweerschrift van ACM.

Bij besluit van 22 september 2015 (besluit 2) heeft ACM besluit 1 aangevuld door ook expliciet de bezwaren van [B] en [C] ongegrond te verklaren.

Bij brief van 24 september 2015 hebben [B] en [C] aangegeven dat zij beroep instellen tegen besluit 2 en heeft [A] gesteld dat haar beroep van rechtswege mede is gericht tegen besluit 2.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 27 januari 2016. Partijen hebben zich laten vertegenwoordigen door hun gemachtigden. Voorts zijn van de zijde van eisers verschenen [B] , [C] en [naam] . Van de zijde van ACM is voorts verschenen mr. O.E.S. Dusée.

Overwegingen

1. Omdat besluit 2 besluit 1 vervangt, zal de rechtbank de beroepen van eisers tegen besluit 1 niet-ontvankelijk verklaren wegens het ontbreken van belang.

2.1. ACM heeft in haar besluitvorming periodes gelegen tussen oktober 2009 tot en met 6 maart 2012 tot uitgangspunt genomen als periodes waarin overtredingen zouden zijn begaan. Hieronder wordt in het wettelijk kader dan ook uitgegaan van de bepalingen die in die pleegperiodes van toepassing waren of zijn. De nadien gewijzigde bepalingen van de Tw zijn niet gewijzigd ten gunste van eisers.

2.2. Artikel 5:1 van de Awb luidt:

“1. In deze wet wordt verstaan onder overtreding: een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.

2. Onder overtreder wordt verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt.

3. Overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing.”

2.3. Artikel 51 van het Wetboek van Strafrecht luidt:

“(…)

2. Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning 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 zamen.

(...)”

- 2.4. In artikel 1, aanhef en onder i, van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) is bepaald dat onder toestemming van de betrokkene wordt verstaan: elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat hem betreffende persoonsgegevens worden verwerkt.

Artikel 8 van de Wbp luidt:

“Persoonsgegevens mogen slechts worden verwerkt indien:

(...)

c. de gegevensverwerking noodzakelijk is om een wettelijke verplichting na te komen waaraan de verantwoordelijke onderworpen is;

(...)

e. de gegevensverwerking noodzakelijk is voor de goede vervulling van een publiekrechtelijke taak door het desbetreffende bestuursorgaan dan wel het bestuursorgaan waaraan de gegevens worden verstrekt, of

(...)”

- 2.5. In artikel 1.1, aanhef en onder p, van de Tw is bepaald dat in deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder abonnee: natuurlijke persoon of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten.

In artikel 11.1, aanhef en onder g, van de Tw is bepaald dat 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 Wbp, met dien verstande dat de toestemming mede betrekking kan hebben op gegevens van abonnees die geen natuurlijke personen zijn.

Artikel 11.7 van de Tw luidde destijds als volgt:

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

(...)

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

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

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

(...)”

In artikel 11.8 van de Tw is vanaf 1 oktober 2009 bepaald dat de toepassing van de artikelen 11.6 en 11.7, vijfde tot en met twaalfde lid, is beperkt tot abonnees die natuurlijke personen zijn. Daarmee geldt artikel 11.7, eerste lid, van de Tw sindsdien ook voor rechtspersonen.

Artikel 5.14 van de Tw luidde destijds:

“(…)

4. Het college 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.

5. Indien op grond van artikel 5:1, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht toepassing is gegeven aan artikel 51, tweede lid, onder 2°, van het Wetboek van Strafrecht, bedraagt voor de daar bedoelde overtreder de bestuurlijke boete, bedoeld in het tweede en derde lid, ten hoogste € 450 000.

(…)”

3.1. Naar aanleiding van de rol die [A] speelde in een eerder onderzoek van ACM, dat heeft geleid tot boeteoplegging aan andere partijen, en naar aanleiding van klachten van consumenten op www.spamklacht.nl is ACM een onderzoek gestart naar de naleving van artikel 11.7, eerste en vierde lid, van de Tw. In het onderzoeksrapport van ACM van 29 maart 2013 wordt geconcludeerd dat [A] in diverse rollen, te weten die van adverteerder, die van publisher en die van beheerder en exploitant van het affiliate netwerk, artikel 11.7, eerste en vierde lid, van de Tw heeft overtreden. In het eerste geval zou [A] kwalificeren als pleger in haar hoedanigheid van opdrachtgever tot het verzenden van spam door publishers. In het tweede geval zou sprake zijn van het zelf fysiek verzenden van spam door [A] namens zichzelf en andere adverteerders, hetgeen ook plegen zou opleveren. In het derde geval, waarin zij intermedieert tussen adverteerders en publishers, zou [A] volgens de opsteller van het rapport kwalificeren als medepleger. Voorts is in dat rapport geconcludeerd dat twee bestuurders van [A] – ieder voor een aantal van deze overtredingen – als feitelijk leidinggever kunnen worden aangemerkt. ACM heeft daartoe onder meer het volgende in aanmerking genomen.

3.2. [A] is beheerder van een affiliate-netwerk. Dit affiliate-netwerk bestaat uit een systeem waarin een database is opgebouwd met alle adverteerders, affiliate programma's, promotiemateriaal, publishers, gegenereerde leads en transacties. Een adverteerder stelt haar promotiemateriaal – zoals mailtemplates – via [A] en haar affiliate-netwerk ter beschikking aan de publishers. Meerdere publishers verwerken dit promotiemateriaal vervolgens bijvoorbeeld in een e-mailbericht en dragen zorg voor de verzending. ACM heeft vastgesteld dat 1.944 adverteerders zijn aangesloten bij het netwerk van [A]. De adverteerders kunnen zelf banners, e-mailtemplates en andere advertentie- of promotiematerialen aanleveren. Voorts maakt of bewerkt [A] het advertentiemateriaal voor adverteerders. [A] plaatst vervolgens het advertentiemateriaal in het systeem met een beschrijving van de wijze waarop het advertentiemateriaal mag worden gepubliceerd en vermelding van de vergoedingen die de publishers met publicatie kunnen verdienen. Dit betreft het affiliate-programma van de adverteerder. ACM heeft vastgesteld dat in het systeem 2.856 affiliate-programma's zijn opgenomen. Uit het onderzoek van ACM is gebleken dat [A] in het advertentiemateriaal van de adverteerders een link verwerkt (dsl-link). Via deze link houdt [A] bij hoeveel transacties voortvloeien uit een campagne van een bepaalde publisher voor een adverteerder. Op basis van het aantal transacties brengt [A] bij de adverteerder een bedrag in rekening. [A] betaalt vervolgens de publisher. Behalve als beheerder en exploitant van het affiliate-netwerk (hierna: als affiliate-netwerk) treedt [A] ook zelf op als adverteerder en publisher. Zij heeft grote aantallen e-mailberichten verzonden met eigen content en/of met reclames van derden. Ook heeft zij haar eigen content door derden laten versturen. Hierna wordt hetgeen ACM heeft overwogen ten aanzien van deze verschillende rollen van [A] en ten aanzien van de boeteoplegging samengevat weergegeven.

3.3. [A] als adverteerder

[A] heeft volgens ACM als adverteerder artikel 11.7, eerste en vierde lid, van de Tw overtreden. De voorganger van ACM heeft tussen 1 oktober 2009 en 6 juni 2010 via Spamklacht in totaal 40 klachten ontvangen over e-mailberichten die [A] heeft laten verzenden. Deze klachten betreffen zowel het ontvangen van spam als het tevergeefs afmelden voor de ontvangst van deze e-

mailberichten. Uit de ontvangen klachten volgt dat e-mailberichten zijn verzonden aan de klagers waarin wordt geadverteerd voor verschillende enquêtes, zoals de Nationale Consumenten Enquête, de Nationale Voordeel Enquête en Gemeentelijk Onderzoek. De domeinen van de websites van de enquêtes waarnaar in de e-mailberichten wordt verwezen staan geregistreerd op naam van [A] . In de e-mailberichten met de enquêtes wordt de ontvanger uitgenodigd naar de website met de enquête te gaan en de enquête in te vullen. Doel van de enquêtes van [A] was het verwerven van persoonlijke (contact)gegevens, waaronder e-mailadressen van consumenten voor de mailadressenbestanden van haarzelf en derden in het affiliate-netwerk. In de mailberichten werden ontvangers uitgenodigd aan de enquête deel te nemen. De verzending van de e-mail had daarmee een commercieel doel. [A] heeft de e-mailberichten deels zelf verzonden met gebruikmaking van haar eigen e-mailadressenbestand en deels door gebruik te maken van de publishers uit het affiliate-netwerk van [A] . Voorts heeft [A] verschillende marktpartijen benaderd om e-mailberichten te verzenden met een uitnodiging voor de enquêtes van [A] .

ACM heeft vastgesteld dat in de periode 1 oktober 2009 tot en met 22 juli 2011 tussen de 2.455.820 en 6.855.833 mailberichten met enquêtes van [A] zijn verzonden. De enquêtes zijn verzonden naar 153 verschillende adressenbestanden van 106 verschillende publishers. Het betreft ongevraagde communicatie als bedoeld in artikel 11.7, eerste lid, van de Tw. De berichten waarin werd geadverteerd voor de enquêtes van [A] zijn niet door of namens [A] verstuurd naar aanleiding van een daartoe gericht verzoek van de ontvangende abonnee. Voorts heeft [A] niet aangetoond dat zij voor de verzending voorafgaande toestemming heeft verkregen van de abonnees. [A] heeft door de verzending van 2,5 miljoen enquêtes artikel 11.7, eerste lid, van de Tw een groot aantal maal overtreden.

Doordat [A] haar enquêtes door verschillende partijen met eigen adressenbestanden liet verzenden, leidde afmelding er niet toe dat geen ongevraagde berichten van [A] meer werden ontvangen. De berichten met enquêtes die [A] als adverteerder verzond en door andere publishers uit het affiliate-netwerk liet verzenden, bevatten de naam van de betreffende enquête, een afmeldlink en een link naar de enquête waarvoor werd geadverteerd. Een abonnee die de afmeldlink aanklikte, werd geleid naar de website van de publisher, waar de abonnee zich uitsluitend kon uitschrijven uit het adressenbestand van de betreffende publisher. De enquêtes van [A] werden echter verzonden naar de 153 verschillende adressenbestanden van 106 verschillende publishers. Aangezien [A] van mening is dat afmelding alleen betrekking heeft op de publisher, leidde een uitschrijving er niet toe dat door de abonnee na afmelding geen enquêtes van [A] meer werden ontvangen. Hoewel de abonnee zich hiervoor had afgemeld, bleef [A] als materieel verzender enquêtes aan deze abonnee versturen. Voorgaande handelwijze, die ertoe leidde dat een abonnee zich bij elke publisher moest afmelden, klemmt volgens ACM te meer nu een abonnee – als al voorafgaande toestemming is gegeven – met één toestemming in het adressenbestand van al deze publishers terecht is gekomen. Daarmee heeft [A] als adverteerder artikel 11.7, vierde lid, van de Tw overtreden.

3.4. [A] als publisher

[A] heeft volgens ACM als publisher artikel 11.7, eerste en vierde lid, van de Tw overtreden. ACM heeft tussen 1 oktober 2009 en 6 maart 2012 125 klachten ontvangen over e-mailberichten die zijn verstuurd vanaf IP-adressen van [A] . Deze klachten hebben zowel betrekking op het ontvangen van spam als op het tevergeefs afmelden. In de betreffende e-mailberichten wordt 123aanbieding.nl als afzender vermeld. Het domein 123aanbieding.nl staat geregistreerd op naam van [A] . Een ontvanger van e-mailberichten van 123aanbieding.nl ontvangt advertenties van één of meerdere adverteerders. De e-mails die werden verzonden naar het adressenbestand van 123aanbieding.nl hadden behalve de door [A] bepaalde aanhef en opmaak geen vaste inhoud. De e-mails bestonden uitsluitend uit advertenties van verschillende adverteerders.

ACM heeft vastgesteld dat in de periode 1 oktober 2009 tot en met januari 2011 minstens 70.060.082 e-mailberichten zijn verzonden door [A] naar het adressenbestand van

123aanbieding.nl. [A] is als feitelijk verzender opgetreden van de e-mailberichten naar het adressenbestand van 123aanbieding.nl door deze te verzenden vanaf de eigen e-mailserver (waaronder de machine met de domeinnaam mailbuttler.nl). Voorts heeft [A] opdracht gegeven aan e-mailservices Emark en Emailvision voor de verzending van berichten aan het adressenbestand van 123aanbieding.nl. Het gaat ook hier om ongevraagde communicaties met een commercieel doel die zijn verzonden aan abonnees als bedoeld in artikel 11.7, eerste lid, van de Tw. [A] heeft niet kunnen aantonen dat van abonnees voorafgaande toestemming voor de verzending van de berichten is verkregen. [A] vroeg bovendien op zodanige wijze toestemming dat voor de abonnee onvoldoende duidelijk was waarvoor hij precies toestemming gaf. De toestemming was niet specifiek en er was geen sprake van "informed consent". Dit betekent dat [A] als publisher artikel 11.7, eerste lid, van de Tw heeft overtreden.

De e-mailberichten die [A] heeft verzonden aan het adressenbestand 123aanbieding.nl bevatten een afmeldlink welke leidde tot uitschrijving van het mailadressenbestand van 123aanbieding.nl. De uitschrijvende abonnee zou dus na afmelding geen 'nieuwsbrieven' meer ontvangen van 123aanbieding.nl. Uitschrijving voor de nieuwsbrieven van 123aanbieding.nl leidde echter niet tot uitschrijving voor de in de nieuwsbrief opgenomen advertenties. Daarbij is van belang dat [A] als publisher voor diverse adverteerders gebruik maakt van het e-mailadressenbestand van 123aanbieding.nl. De 'nieuwsbrieven' van 123aanbieding.nl bevatten aanbiedingen en acties van meerdere adverteerders en hadden zelf geen inhoudelijke content. Dit betekent dat de adverteerders wier reclame-uitingen via de nieuwsbrief aan het e-mailadressenbestand van 123aanbieding.nl worden verzonden in ieder geval "als degene namens wie de communicatie wordt overgebracht" hebben te gelden. Omdat een afmelding alleen leidde tot verwijdering van het e-mailadres uit het adressenbestand van de publisher, had afmelding bij 123aanbieding.nl niet tot gevolg dat geen berichten met dezelfde advertenties zoals ook in de nieuwsbrieven van 123aanbieding.nl opgenomen meer werden ontvangen. Uit het voorgaande volgt dat geen sprake was van een functionerende afmeldlink als vereist op grond van artikel 11.7, vierde lid, van de Tw in de door [A] verzonden e-mailberichten.

3.5. [A] als affiliate-netwerk

[A] heeft volgens ACM als affiliate-netwerk artikel 11.7, eerste en vierde lid, van de Tw overtreden. In het rapport en het primaire besluit heeft ACM overwogen dat [A] in deze rol als medepleger is aan te merken van de met behulp van haar affiliate-netwerk mede door publishers en adverteerders gepleegde overtreding van het spamverbod. In bezwaar is ACM in navolging van de voorzieningenrechter tot de conclusie gekomen dat [A] als affiliate-netwerk ook zelf als verzender moet worden aangemerkt en derhalve als pleger.

ACM heeft tussen 1 oktober 2009 en 6 maart 2012 239 klachten ontvangen over berichten met advertenties die zijn verzonden door publishers uit het affiliate-netwerk van [A]. ACM heeft kunnen vaststellen dat de e-mailberichten waarop deze klachten betrekking hadden, waren verzonden door tussenkomst van [A] en dus via het affiliate-netwerk van [A]. In deze e-mailberichten was een link opgenomen die verwijst naar het domein dsl.nl of l1b.nl (beide hierna: dsl-link). Beide domeinen zijn geregistreerd op naam van [A]. [A] heeft deze link in de e-mailberichten opgenomen of laten opnemen om te kunnen registreren hoeveel ontvangers gebruik maken van advertenties die zijn toegezonden via het affiliate netwerk. Uit het onderzoek van ACM is gebleken dat in de periode 1 oktober 2009 tot en met 6 maart 2012 met behulp van het affiliate-netwerk meer dan twee miljard (2.123.917.076) e-mailberichten zijn verzonden. De feitelijke verzenders van de berichten zijn de publishers die zijn aangesloten bij het affiliate-netwerk van [A]. Materieel verzenders zijn de adverteerders die hun promotiemateriaal via het affiliate-netwerk ter beschikking hebben gesteld aan het affiliate-netwerk. [A] kwalificeert eveneens als verzender. Zij vormt een onmisbare schakel tussen adverteerders en publishers en maakt de verzending van de ongevraagde communicatie mogelijk. [A] geeft bovendien in samenspraak met de adverteerder de opdracht aan de publisher om tot verzending over te gaan. De via het affiliate-netwerk van [A] verzonden berichten betreffen voorts ongevraagde communicatie met een

commercieel doel die zijn verzonden aan abonnees. Er is geen sprake van voorafgaande toestemming van de abonnees voor de ontvangst van de ongevraagde communicatie. Hieruit volgt dat sprake is van overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw.

Binnen het affiliate-netwerk wordt door middel van privacy statements en algemene voorwaarden met behulp van het affiliate-netwerk verzonden berichten toestemming geworven voor meerdere publishers die actief zijn binnen het affiliate-netwerk. Dit leidt ertoe dat na één toestemming promotiemateriaal van adverteerders door verschillende publishers van het affiliate-netwerk wordt verzonden aan de betreffende abonnee. De e-mailadressenbestanden van de verschillende publishers binnen het affiliate-netwerk worden echter niet met elkaar vergeleken om te waarborgen dat een ontvanger die zich afmeldt voor de verzending van de advertenties, deze advertenties niet vervolgens via een ander adressenbestand krijgt toegestuurd. ACM heeft vastgesteld dat in de verzonden e-mailberichten de bestandhouder als afzender wordt vermeld. Hoewel een advertentie namens de betreffende adverteerder wordt verstuurd, hanteert [A] binnen het affiliate-netwerk de voorwaarde dat de publishers in het netwerk uitsluitend de bestandhouder als afzender vermelden en niet de adverteerder(s). De in de e-mailberichten van de publisher opgenomen afmeldlink leidt ook uitsluitend tot uitschrijving uit het e-mailadressenbestand dat door de betreffende publisher voor verzending werd gebruikt. De betreffende abonnee zal vervolgens via andere publishers dezelfde of soortgelijke advertenties van dezelfde adverteerders blijven ontvangen, terwijl de abonnee zich daar nu juist voor had afgemeld. Daarmee heeft [A] artikel 11.7, vierde lid, van de Tw overtreden.

3.6. Nadat eisers de gelegenheid is geboden tot het geven van een zienswijze heeft ACM het primaire besluit genomen. ACM heeft op de volgende wijze bestuurlijke boetes opgelegd voor overtredingen van artikel 11.7, eerste en vierde lid, van de Tw:

- Voor de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw door [A] als adverteerder in de periode van oktober 2009 tot en met juli 2011 heeft ACM een boete opgelegd van € 90.000,-. Deze boete is opgelegd aan [A] en [C] als feitelijk leidinggever gezamenlijk, waarbij [A] en [C] voor de voldoening van de boete hoofdelijk aansprakelijk zijn.
- Voor de overtreding van artikel 11.7, vierde lid, van de Tw door [A] als adverteerder in de periode van oktober 2009 tot en met juli 2011 heeft ACM een boete opgelegd van € 45.000,-. Deze boete is opgelegd aan [A] en [C] als feitelijk leidinggever gezamenlijk, waarbij [A] en [C] voor de voldoening van de boete hoofdelijk aansprakelijk zijn.
- Voor de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw door [A] als publisher in de periode van oktober 2009 tot en met januari 2011 heeft ACM een boete opgelegd van € 135.000,-. Deze boete is opgelegd aan [A] en [C] als feitelijk leidinggever gezamenlijk, waarbij [A] en [C] voor de voldoening van de boete hoofdelijk aansprakelijk zijn.
- Voor de overtreding van artikel 11.7, vierde lid, van de Tw door [A] als publisher in de periode van oktober 2009 tot en met januari 2011 heeft ACM een boete opgelegd van € 90.000,-. Deze boete is opgelegd aan [A] en [C] als feitelijk leidinggever gezamenlijk, waarbij [A] en [C] voor de voldoening van de boete hoofdelijk aansprakelijk zijn.
- Voor de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw door [A] als affiliate-netwerk in de periode van 1 oktober 2009 tot en met 6 maart 2012 heeft ACM een boete opgelegd van € 300.000,-. Deze boete is opgelegd aan [A] en [B] als feitelijk leidinggever gezamenlijk, waarbij [A] en [B] voor de voldoening van de boete hoofdelijk aansprakelijk zijn.
- Voor de overtreding van artikel 11.7, vierde lid, van de Tw door [A] als affiliate-netwerk in de periode van 1 oktober 2009 tot en met 6 maart 2012 heeft ACM een boete opgelegd van € 150.000,-. Deze boete is opgelegd aan [A] en [B] als feitelijk leidinggever gezamenlijk, waarbij [A] en [B] voor de voldoening van de boete hoofdelijk aansprakelijk zijn.

Met Besluit 2 heeft ACM deze boetes gehandhaafd. Voor zover thans nog van belang zijn de beroepen daartegen gericht.

4. Eisers betogen tevergeefs dat ACM onzorgvuldig heeft gehandeld door een van de onderliggende stukken niet op te nemen bij het onderzoeksrapport, door abusievelijk een

vertrouwelijke versie van het onderzoeksrapport te publiceren en door de reactie van eisers op het verslag van de hoorzitting niet te verwerken. ACM heeft onweersproken gesteld dat het ontbrekende stuk alsnog bij het onderzoeksrapport is opgenomen en dat ook de opmerkingen bij het verslag zijn toegevoegd aan het dossier. De rechtbank is van oordeel dat de publicatie van de verkeerde versie van het primaire besluit niet met zich brengt dat ACM daarmee haar bevoegdheden tot handhaving heeft verspeeld.

- 5.1. Eisers betogen dat aan [C] een ontoereikende cautie is gegeven door ACM. Eisers stellen zich in dit verband op het standpunt dat een eerdere juiste cautie teniet kan worden gedaan door een onvolledige cautie voorafgaand aan een later verhoor. Volgens eisers kan alle wilsafhankelijke informatie die tijdens dat verhoor is verkregen daarom niet voor het bewijs worden gebruikt. Voorts stellen eisers zich op het standpunt dat ook de schriftelijke informatie die is verstrekt van de zijde van eisers wilsafhankelijk materiaal behelst en dat die verklaringen derhalve bij het ontbreken van een cautie onrechtmatig zijn verkregen.
- 5.2. Niet in geschil is dat aan [C] tijdens het bedrijfsbezoek de volgende cautie is verleend:
- “Het is u al kort gebracht, dat was de cautie. Ik zal hem u nog een keer brengen. U bent niet verplicht tot antwoorden op vragen die uzelf of uw onderneming kunnen belasten. Als wij feitelijke vragen stellen, bent u wel verplicht tot antwoorden daarop.”
- 5.3. De rechtbank is in navolging van vaste rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep van oordeel dat zodra er sprake is van een vermoeden van overtreding bij de toezichthouders het zwijgrecht van toepassing is indien de betrokkene niet kan uitsluiten dat zijn verklaring zal worden gebruikt voor de oplegging van een bestuurlijke boete. In dat geval dient de belanghebbende voorafgaand aan het verhoor een cautie te worden verstrekt (laatstelijk CRvB 1 augustus 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:2607 en CRvB 21 juli 2015, ECLI:NL:CRVB:2015:2451) en dient de verhorende toezichthouder zich te onthouden van het uitoefenen van druk op de belanghebbende (laatstelijk CRvB 21 november 2012, ECLI:NL:CRVB:2012:BY3772 en CRvB 3 april 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ6621). Nu ten tijde van het verhoor – mede gelet op de resultaten van een eerder onderzoek door ACM – sprake was van tenminste enig vermoeden van overtreding door [A] van artikel 11.7 van de Tw, was op [C] die als bestuurder van [A] werd verhoord het zwijgrecht van toepassing.
- 5.4. In navolging van voornoemde rechtspraak is de rechtbank voorts van oordeel dat artikel 6, eerste lid, van het Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en de in dat kader gewezen rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van Mens (EHRM) met zich brengen dat het in artikel 5:10a van de Awb neergelegde zwijgrecht en de daarmee corresponderende cautieplicht zich niet alleen uitstrekken tot ‘waarom’-vragen, maar juist ook tot ‘wat’-vragen. Nu [C] direct na de cautie is voorgehouden dat hij verplicht is feitelijke vragen te beantwoorden, is sprake van een dermate onvolkomen cautie dat niet is voldaan aan de eisen van artikel 5:10a van de Awb. Gelet hierop kan niet worden gezegd dat de verklaring van [C] in vrijheid is afgelegd. De rechtbank zal die verklaring daarom uitsluiten van het bewijs. Met betrekking tot de mondelinge verklaringen van andere medewerkers van [A] is geen beroep gedaan op onrechtmatige verkrijging daarvan, zodat die verklaringen reeds om die reden niet worden uitgesloten van het bewijs.
- 5.5. Ten aanzien van schriftelijke informatieverzoeken aan eisers geldt dat voor zover die betrekking hebben op wilsafhankelijk materiaal, ook daarvoor geldt dat eisers een zwijgrecht toekomt en dat hen bij die schriftelijke informatie opvraag ook een schriftelijke cautie verstrekt zou moeten worden indien ACM de resultaten daarvan wil gebruiken voor het opleggen van een bestuurlijke boete (zie CBb 2 februari 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BL5463). Ten aanzien van de brief van de gemachtigde van eisers van 22 februari 2013 in antwoord op een informatieverzoek van ACM geldt dat eisers van mening waren dat hen weliswaar een zwijgrecht toekwam, maar dat zij zich niet op dat recht wensten te beroepen. Hetgeen in die brief wordt verklaard is derhalve bruikbaar als

bewijs.

5.6. De overige door ACM opgevraagde informatie behelst, naar zij in haar verweerschrift terecht stelt, wilsonafhankelijk bewijsmateriaal. De op grond van informatieverzoeken van juli en oktober 2012 verkregen informatie behelst immers gegevens waarvan ACM op grond van artikel 5:17 van de Awb inzage had kunnen vorderen (gegevens uit de systemen van [A] en e-mailbestanden). Verder is informatie verkregen op grond van artikel 5:17 van de Awb tijdens een bedrijfsbezoek op 6 maart 2012. Gelet op vaste rechtspraak is op dit wilsonafhankelijke materiaal het zwijgrecht niet van toepassing (zie onder meer HR 24 april 2015, ECLI:NL:HR:2015:1117; CRvB 3 april 2013, ECLI:NL:CRVB:2013:BZ6621 en CBb 10 april 2014, ECLI:NL:CBB:2014:116). Ten slotte is door ACM informatie verkregen bij derden (klachten van consumenten en een informatieverstrekking door aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten) die zij voor het bewijs kan gebruiken.

5.7. Hierna zal de rechtbank zich bij de vraag of sprake is van overtredingen van artikel 11.7, eerste en vierde lid, van de Tw niet baseren op de verklaringen van [C], maar op het schriftelijke materiaal en op hetgeen eisers daar tegen in hebben gebracht.

6. De rechtbank stelt bij haar beoordeling voorop dat de term 'communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden' in artikel 11.7 van de Tw dient te worden uitgelegd als 'direct marketing' als genoemd in artikel 13 van de richtlijn 2002/58/EG. Hieronder dient in ieder geval te worden verstaan een vorm van reclame, werving of verkoopbevordering (vgl. CBb 5 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:206). Niet in geschil is dat (in een bepaalde mate) sprake is geweest van elektronische berichten met een dergelijke strekking. Voorts staat vast dat [A] met betrekking tot dergelijke communicatie ten tijde in geding drie rollen heeft vervuld: die van adverteerder, die van publisher en die van affiliate-netwerk. De vragen die voorliggen met betrekking tot het eerste en vierde lid van artikel 11.7 van de Tw zijn derhalve of [A] in deze hoedanigheden als verzender kwalificeert, of sprake is van abonnees, of sprake is van ongevraagde communicatie, of daarvoor voorafgaand toestemming is verleend en of in die elektronische berichten de juiste gegevens waren vermeld waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kon richten. Eerst indien die vragen positief worden beantwoord, komt de rechtbank toe aan de vragen of [B] en [C] op goede gronden als feitelijk leidinggevers zijn aangemerkt, of is uitgegaan van het juiste aantal verzonden elektronische berichten en of – mede in dat kader – evenredige bestuurlijke boetes zijn opgelegd.

7.1. Eisers betogen dat het onderzoek van ACM niet toereikend is, omdat zij slechts zestien klachten heeft geverifieerd. Daarvan ziet ongeveer de helft op de activiteiten van [A] als publisher (handelend onder de noemer 123aanbieding.nl) en ongeveer de andere helft op berichten afkomstig van affiliates/publishers via het affiliate-netwerk van [A] en zien slechts twee klachten (zijdelings) op de rol van [A] als adverteerder (van de nationale enquêtes). Die laatste twee klachten tonen echter geen overtreding aan, omdat deze twee klagers geen abonnees, maar gebruikers van een e-maildienst waren. Ook van de andere klachten is niet duidelijk of die telkens afkomstig zijn van abonnees. Bij een aantal van deze klachten lijkt de naam van het e-mailadres van de klager te duiden op een bedrijfsnaam. ACM had volgens eisers moeten nagaan of de e-mailberichten zijn ontvangen op het e-mailadres van een abonnee. Ter zitting is door eisers aangevoerd dat ten aanzien van [naam] niet is aangetoond dat zij als abonnee communicatie heeft ontvangen, omdat zij blijkbaar het hotmailaccount van haar echtgenoot heeft gebruikt. Zij beroepen zich daarbij op een uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb) van 3 december 2014 (ECLI:NL:CBB:2014:438), waarin ten aanzien van deze klaagster is overwogen dat niet is vast komen te staan dat zij abonnee was. Ten aanzien van de aanvullende klachten die door ACM hangende beroep zijn geverifieerd en in het verweerschrift als aanvullend bewijs zijn ingebracht hebben eisers ter zitting gesteld dat zij in hun verdedigingsrechten worden beperkt, omdat een groot deel van de verklaringen is geanonimiseerd en alleen de rechtbank van de volledige klachten kennis kan nemen op grond van artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb. In dit verband hebben eisers de rechtbank verzocht zelfstandig te onderzoeken of ACM voldoende

bewijs heeft geleverd.

7.2. De rechtbank stelt in verband met deze beroepsgrond voorop dat zij het standpunt van eisers volgt dat niet iedere ontvanger ook abonnee is, hetgeen ook volgt uit het feit dat artikel 11.7 van de Tw met ingang van 5 juni 2012 is gewijzigd door niet alleen de abonnee, maar ook de gebruiker te beschermen. Uit de onder 7.1 genoemde uitspraak volgt dat de aanbieders van e-maildiensten, zoals gmail of hotmail, doorgaans niet degenen zijn die de signalen waaruit die e-maildiensten bestaan via elektronische communicatienetwerken overbrengen, zodat de e-maildiensten die zij leveren niet kunnen worden beschouwd als elektronische communicatiediensten als bedoeld in artikel 1.1, aanhef en onder f, van de Tw. Hieruit volgt verder dat er talloze gebruikers van e-mailadressen zijn die tot het gebruik zijn gerechtigd door de abonnee zonder dat zij zelf partij zijn bij de overeenkomst met de aanbieder van de openbare elektronische telecommunicatiedienst. De rechtbank voegt hieraan toe dat vanaf 1 oktober 2009 (derhalve de hele periode in geding) ook rechtspersonen die abonnee zijn worden beschermd onder het eerste en vierde lid van artikel 11.7 van de Tw.

7.3. Bijlage 21 bij het rapport bevat volgens ACM een tweetal geverifieerde klachten inzake de wijze waarop [A] als adverteerder berichten heeft verzonden. De rechtbank stelt aan de hand van deze bijlage vast dat de klachten van de in voetnoot 102 in het rapport genoemde registratienummers 2012103605 en 2012103402 afkomstig zijn van [naam] , van wie in de verklaring de voorletters ontbreken (met e-mailadres [naam] @hotmail.com) en [naam] (met e-mailadres [naam] @hotmail.com). Voor laatstgenoemde geldt dat één van haar tien klachten ziet op een enquête ("Hoe tevreden bent u met uw gemeente?"). De rechtbank stelt verder vast dat uit de verklaringen van internetproviders behorende bij bijlage 23 bij het rapport volgt dat ten aanzien van [naam] door UPC geen verklaring kan worden gegeven, omdat de NAW-gegevens niet overeenkomen, maar dat op de door UPC bijgevoegde schermafdruck wel de naam [naam] voorkomt alsmede het bijbehorende e-mailadres. Ter zitting heeft ACM onweersproken aangevoerd dat de verklaring van UPC dat de NAW-gegevens wellicht niet overeenkomen samenhangt met het gebruik van de meisjesnaam van deze klaagster maar dat voornoemde schermafdruck in combinatie met haar eigen verklaring aantoont dat zij abonnee was. Voorts heeft [naam] in haar verklaring en toestemming gebruik klacht van 26 september 2012 verklaard dat het haar hotmailaccount betreft. Ten aanzien van [naam] is een verklaring voorhanden van KPN dat [naam] in de periode van 3 oktober 2009 tot en met 16 augustus 2011 klant was van Telfort/12move. Voorts heeft ACM bij brief van 14 januari 2016 een aanvullende verklaring van [naam] van 13 januari 2016 overgelegd, waarin zij verklaart dat zij de berichten waarover zij klachten heeft ingediend heeft ontvangen op het door haar gebruikte e-mailadres [naam] @hotmail.com. Naar het oordeel van de rechtbank is met het voorgaande afdoende de mogelijkheid ontzenuwd dat deze e-mailadressen duiden op gebruik door een derde. Het beroep van eisers op voornoemde uitspraak van het CBb van 3 december 2014 slaagt daarom niet.

In het verweerschrift en de daarbij behorende bijlagen heeft ACM nog een aantal geverifieerde klagers opgevoerd. Onder hen bevindt zich de niet geanonimiseerde klager

[naam] (met e-mailadres [naam] @xs4all). Blijkens een verklaring van KPN was deze persoon in de periode 1 oktober 2009 tot en met 6 maart 2012 klant bij XS4ALL. De klacht betreft een e-mailbericht van verzender 123aanbieding@mail03.butler.nl. Dat raakt derhalve aan [A] in haar rol van publisher. Blijkbaar omdat in dat bericht de geadresseerde in dat mailbericht wordt verzocht de Grote Consumenten Enquête in te vullen, heeft ACM die klacht mede betrokken op [A] als adverteerder. De rechtbank acht dit juist, maar zal in randnummer 16.2 van deze uitspraak terugkomen op de samenloop tussen de rollen van adverteerder en publisher.

Met betrekking tot [A] als adverteerder, die volgens ACM artikel 11.7, eerste en vierde lid, van de Tw heeft overtreden zijn er derhalve drie geverifieerde niet-geanonimiseerde klachten waaruit volgt dat e-mails zijn verzonden naar abonnees. Omdat hier sprake is van drie geverifieerde klachten die aan eisers in niet geanonimiseerde vorm zijn verstrekt, is de rechtbank van oordeel

dat ACM voldoende geverifieerde klachten van abonnees ter zake van [A] als adverteerder heeft overgelegd, terwijl eisers ter zake hiervan niet in hun verdediging zijn geschaad. Eisers zijn ten aanzien van deze drie klagers immers niet verstoken geweest van de mogelijkheid van getuigenbewijs (zie CBb 2 juli 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BN0534 en CBb 5 juni 2014, ECLI:NL:CBB:2014:221). De rechtbank zal daarom de geanonimiseerde klachten daarlaten.

- 7.4. Bijlage 21 bij het rapport bevat volgens ACM een achttal geverifieerde klachten over de wijze waarop [A] als publisher via het adressenbestand 123aanbieding.nl berichten heeft verzonden. De rechtbank stelt aan de hand van deze bijlage vast dat de klachten van de in voetnoot 140 in het rapport genoemde registratienummers 2012103402, 2012103313, 2012103272, 2012103308, 2012103274, 2012103257 en 2012103355 van ACM afkomstig zijn van respectievelijk: [naam] (met e-mailadres [naam] @hotmail.com) met negen klachten inzake mails afkomstig van een afzender waarin de naam 123aanbieding voorkomt, [naam] (met e-mailadres: [naam]), [naam] (met e-mailadres: [naam]), [naam] (met e-mailadres: [naam]), [naam] (met e-mailadres: [naam]) en [naam] , waarvan in de verklaring de voorletters ontbreken (met e-mailadres: [naam]). Voorts wordt in die voetnoot verklaring met registratienummer 2012202383 genoemd, maar in bijlage 21 bevindt zich niet een verklaring onder dat nummer. Blijkens het overzicht van klagers in het verweerschrift gaat het om [naam] (met e-mailadres: [naam]).

De rechtbank stelt verder vast dat uit de verklaringen van internetproviders behorende bij bijlage 23 bij het rapport volgt dat het naast voornoemde [naam] gaat om abonnees in de volgende gevallen: [naam] (verklaring van KPN dat deze persoon in de periode 1 september 2009 tot en met 1 januari 2011 klant is geweest bij XS4ALL), [naam] (verklaring van KPN dat deze persoon in de periode 2 november 2009 tot en met 8 augustus 2012 klant is geweest van KPN), [naam] (verklaring van Ziggo dat deze persoon klant was in de periode 30 oktober 2009 tot en met 17 november 2009 klant is geweest bij Ziggo; de klacht van deze persoon heeft betrekking op een bericht verzonden op de laatste dag van dit kortdurende abonnement), [naam] (verklaring van KPN dat deze persoon in de periode 3 augustus 2009 tot en met 16 mei 2010 klant is geweest bij KPN) en [naam] (verklaring van KPN dat deze persoon in de periode 1 januari 2009 tot en met 31 december 2009 klant is geweest bij XS4ALL). Ten aanzien van [naam] is een verklaring voorhanden van Open Domein dat deze persoon reeds voor 1 oktober 2009 tot heden betalend lid is van de vereniging Open Domein. In het laatste geval heeft ACM onvoldoende onderbouwd dat sprake is van een bij ACM geregistreerde aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten, zodat de rechtbank deze klacht niet zal meenemen in haar beoordeling. Van [naam] is – hoewel uit het overzicht van bijlage 24 bij het rapport wel valt af te leiden dat er een reactie van de aanbieder zou zijn – geen verklaring van een internetprovider in het dossier aangetroffen. Het gaat ten tijde van het onderzoeksrapport derhalve om zes geverifieerde abonnees met in totaal vijftien klachten.

In het verweerschrift en de daarbij behorende bijlagen heeft ACM nog een aantal geverifieerde klagers opgevoerd voor de rol van publisher. Onder hen bevindt zich de niet geanonimiseerde eerder genoemde klager [naam] . Zoals in randnummer 7.3 is overwogen was hij in de relevante periode klant bij XS4ALL en betreft het een e-mailbericht van verzender 123aanbieding@mail03.butler.nl. Deze klacht heeft ACM dan ook terecht meegenomen in de beoordeling bij de rol van [A] als publisher. Dit geldt niet ten aanzien van de niet geanonimiseerde klacht van [naam] (met e-mailadres [naam] @xs4all.nl). In de rol van publisher heeft diens klacht betrekking op afzender Klantenservice@readview.nl. De rechtbank kan uit de klachtdetails niet afleiden of en welke rol [A] hier heeft vervuld, zodat die klacht niet kan bijdragen aan het bewijs.

Met betrekking tot [A] als publisher, die volgens ACM artikel 11.7, eerste en vierde lid, van de Tw heeft overtreden resteren derhalve zeven geverifieerde niet-geanonimiseerde klagers met in totaal zestien klachten waaruit volgt dat e-mails zijn verzonden naar abonnees. Net als voor de rol van [A] als adverteerder is de rechtbank van oordeel dat ACM voldoende geverifieerde klachten van abonnees ter zake van [A] als publisher heeft overgelegd, terwijl eisers ter zake hiervan niet

in hun verdediging zijn geschaad. De rechtbank zal daarom ook hier de geanonimiseerde klachten daarlaten.

- 7.5. Bijlage 21 bij het rapport bevat volgens ACM eveneens een achttal geverifieerde klachten inzake de wijze waarop [A] als affiliate-netwerk (mede)verantwoordelijk was voor de verzending van berichten door derden. De rechtbank stelt aan de hand van deze bijlage vast dat de klachten van de in voetnoot 261 in het rapport genoemde registratienummers 2012103439, 2012103441, 2012103258, 2012103582, 2012103315, 2012103394, 2012103779 en 2012103273 afkomstig zijn van respectievelijk: [naam] (met e-mailadres: [naam] @gmail.com), [naam] (met e-mailadres: [naam] @xs4all.nl), [naam] (met e-mailadres: [naam] @hetnet.nl), [naam] (met e-mailadres: [naam]), [naam] (met e-mailadres: [naam] @hotmail.com), [naam] (met e-mailadres: [naam]) met twee klachten, [naam] (met e-mailadres: [naam] @home.nl) met zes klachten en [naam] (met e-mailadres: [naam]) met twee klachten.

De rechtbank stelt verder vast dat uit de verklaringen van internetproviders behorende bij bijlage 23 bij het rapport volgt dat het gaat om abonnees in de volgende gevallen: [naam] (verklaring van UPC dat deze natuurlijke persoon vanaf 31 december 2009 klant is bij UPC), [naam] (verklaring van KPN van 2 oktober 2012 dat deze persoon in periode 3 oktober 2012 [Rb. lees: 2011 of eerder] tot en met 21 juni 2012 klant is geweest van KPN), [naam] (brieven van Alice waaruit volgt dat deze persoon in 2008 en 2011 klant is geweest bij Alice), [naam] (verklaring van UPC dat deze persoon gedurende de periode 1 juni 2010 tot en met 1 augustus 2012 klant is geweest bij UPC), [naam] (verklaring van Ziggo dat deze persoon klant was tijdens de gevraagde periode en dat nog is) en [naam] (verklaring van KPN dat deze persoon van 14 maart 2010 tot en met 2 februari 2011 klant is geweest bij KPN). Van [naam] en [naam] zijn – hoewel uit het overzicht van bijlage 24 bij het rapport wel valt af te leiden dat er een reactie van de aanbieder zou zijn – geen verklaringen van een internetprovider in het dossier aangetroffen, zodat deze klachten als niet geverifieerd worden aangemerkt. [naam] heeft in zijn verklaring en toestemming gebruik klacht van 4 september 2012 verklaard dat UPC zijn internettoegang verleende ten tijde van de ontvangst van de e-mail waarover hij klaagt. Hiermee is naar het oordeel van de rechtbank afdoende de mogelijkheid ontzenuwd dat diens gmailadres zou kunnen duiden op gebruik door een derde. Ten aanzien van [naam] , komt de rechtbank tot hetzelfde oordeel voor wat betreft het door deze persoon gebruikte hotmailaccount. Bijlage 13 van de door ACM ingediende stukken bevat e-mailcorrespondentie tussen een medewerker van ACM en [naam] , waaruit blijkt dat laatstgenoemde de klacht heeft ingediend en dat die persoon gebruik maakt van genoemd hotmailaccount. Ten aanzien van zes personen is aldus ten tijde van het uitbrengen van het onderzoeksrapport komen vast te staan dat zij abonnee waren.

Ten aanzien van de bij het verweerschrift door ACM ingebrachte ongeanonimiseerde en geanonimiseerde klachten voor de rol van affiliate-netwerk is – zoals ter zitting ook naar voren is gekomen – niet duidelijk of ACM heeft vastgesteld dat die klachten zien op de 175 publicatiemiddelen waarvan met zekerheid is vastgesteld dat dit e-mailmarketing betrof, zoals vermeld in het primaire besluit op blz. 54. Gelet hierop acht de rechtbank deze klachten niet bruikbaar voor het bewijs van overtreding van artikel 11.7, eerste en vierde lid, van de Tw. Met betrekking tot [A] als affiliate-netwerk, dat volgens ACM artikel 11.7, eerste en vierde lid, van de Tw heeft overtreden, resteren derhalve zes geverifieerde klagers met in totaal dertien klachten waaruit volgt dat e-mails zijn verzonden naar abonnees. Dit aantal acht de rechtbank een voldoende aantal geverifieerde klachten van abonnees ter zake van [A] als affiliate-netwerk.

8. Uit het voorgaande volgt dat de rechtbank van oordeel is dat met betrekking tot elke hoedanigheid waarin [A] door ACM als overtreder is aangemerkt voldoende geverifieerde klachten voorliggen. Niettemin ziet de rechtbank aanleiding besluit 2 te vernietigen voor zover dat besluit meer behelst dan een intrekking van besluit 1, wegens een zorgvuldigheidsgebrek in de zin van artikel 3:2 van de Awb en een motiveringsgebrek in de zin van artikel 7:12 van de Awb, omdat ACM in haar onderzoeksrapport en daarop voortbordurende besluitvorming is uitgegaan van een hoger aantal geverifieerde klachten dan de rechtbank aan de hand van de stukken heeft kunnen

vaststellen, terwijl voorts tenminste één klacht in verweer aan de stukken is toegevoegd teneinde tot voldoende geverifieerde klachten te komen inzake de rol van [A] als adverteerder. Het beroep is in zoverre gegrond. De rechtbank zal hierna bezien op welke wijze zij zelf in de zaak zal moeten voorzien.

9.1. Eisers betogen dat ACM een onjuiste uitleg geeft aan het begrip verzender en ten onrechte aanneemt dat [A] als affiliate netwerk enige bewijslast draagt voor het aantonen van toestemming. In haar rol van affiliate-netwerk stelde [A] slechts een affiliate-platform ter beschikking waarop adverteerders en affiliates/publishers met elkaar handel kunnen drijven. [A] neemt in die rol geen opdrachten aan van adverteerders. De adverteerders bepalen volledig zelf welk affiliate-programma zij via welk platform ter beschikking willen stellen aan potentiële affiliates/publishers en onder welke voorwaarden. [A] stelde daarbij geen adressenbestand ter beschikking. Voorts heeft [A] via haar van toepassing zijnde algemene voorwaarden de affiliates/publishers afdoende gewezen op de verplichting om – kortgezegd – niet te ‘spammen’. Volgens [A] is dan ook niet voldaan aan de eisen van een nauwe en bewuste samenwerking die worden gesteld aan de figuur van medeplegen. Volgens eisers kwalificeert [A] daarom in deze rol niet als medepleger. Eisers hebben verder aangevoerd dat ACM niet de kwalificatie van medeplegen mag wijzigen in plegen. Voorts beroepen eisers zich op beslissingen van het College van Beroep van de Reclame Code Commissie (RCC). Voor zover hier nog een bewijskwestie voorligt inzake de toestemming van de abonnees, lag hier een stel- en bewijsplicht bij ACM. ACM had namelijk bij de affiliates/publishers om bewijs van toestemming kunnen en moeten verzoeken. Zij plaatst nu [A] voor een onmogelijke bewijspositie. Met betrekking tot haar rol van affiliate-netwerk neemt ACM een vorm van risicoaansprakelijkheid aan die in strijd is met artikel 6 van het EVRM en de uitspraak van het EHRM in de Falk tegen Nederland (EHRM 19 oktober 2014, nr. 66273/01). Ter zitting hebben eisers nog aangevoerd dat uit de concept-Gedragscode, die is opgesteld door de branchevereniging Platform Affiliate Netwerken (PAN) – waar [A] aan deelneemt – eens te meer blijkt dat een affiliate-netwerk louter en alleen als marktplaats fungeert waar adverteerders en publishers elkaar kunnen ontmoeten.

9.2. Bij het wetsvoorstel tot Wijziging van de Telecommunicatiewet verband houdende met de instelling van een antenneregister, de uitbreiding van het verbod op het verzenden van ongevraagde elektronische communicatie alsmede regeling van diverse andere onderwerpen, is het volgende overwogen over het begrip verzender (Kamerstukken II 2005/2006, 30 661, nr. 3, blz. 11):

“(…) In de praktijk blijken er vele partijen betrokken te zijn bij het verzenden van ongevraagde elektronische berichten met marketingdoeleinden waarbij de verantwoordelijkheid voor het verzonden elektronische bericht in wisselende mate bij de verschillende betrokken partijen ligt. Om te voorkomen dat betrokken partijen zich achter elkaar gaan verschuilen in de gevallen dat elektronische berichten zijn verzonden zonder de vereiste voorafgaande toestemming, is gekozen voor een breed begrip verzender. Dat wil zeggen zowel de materiële verzender (opdrachtgever) als de daadwerkelijke verzender. 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. Om aan het bedrijfsleven meer duidelijkheid te geven op welke wijze OPTA deze taak zal invullen, kan het college beleidsregels maken. Dit kan verhelderend zijn voor de relatie die tot stand komt tussen de opdrachtgever en de daadwerkelijke verzender als de opdrachtgever besluit deze activiteit niet in eigen beheer uit te voeren.

Voor de duidelijkheid wordt in dit verband opgemerkt dat de transporteur (aanbieder van de elektronische communicatiedienst) niet wordt aangemerkt als verzender zolang hij niet meer doet dan transporteren. Als hij ook hand- en spandiensten verricht (zoals het verzamelen van adressen) in het kader van het versturen van spam dan wordt ook hij aangemerkt als verzender. Het (materiële) begrip verzender brengt met zich mee dat indien de opdrachtgever in Nederland is gevestigd maar de ongevraagde communicatie vanuit het buitenland naar een Nederlandse

abonnee wordt verzonden zonder dat is voldaan aan de wettelijke vereisten, dat dan deze opdrachtgever kan worden aangepakt. (...)”

Door de wetgever wordt aldus uitgegaan van een ruime definitie van het begrip verzender. Het omvat niet alleen de feitelijke verzender (door ACM geduid als publisher), maar ook de opdrachtgever (door ACM geduid als adverteerder) en de aanbieder van de elektronische communicatiedienst als hij meer doet dan transporteren, zoals het verzamelen van adressen in het kader van het versturen van spam.

9.3. Het CBb heeft in dit verband overwogen dat hulppersonen niet tot de verzenders worden gerekend als zij naar maatschappelijke opvatting de verantwoordelijkheid voor de verzending niet dragen (CBb 30 september 2014, ECLI:NL:CBB:2014:371). Van een dergelijke beperkte rol van hulppersoon is in het geval van [A] geen sprake. Naar het oordeel van de rechtbank brengt de intermediaire rol die [A] speelde als affiliate-netwerk tussen adverteerders en publishers met zich dat zij in die rol ook als verzender geldt. ACM heeft in dit verband terecht gewezen op de volgende omstandigheden:

- [A] sloot overeenkomsten met adverteerders op basis waarvan [A] zich er ten opzichte van de adverteerder toe verplichtte tegen een vergoeding een reclame-uiting van de adverteerder te verspreiden binnen het affiliate-netwerk.
- De samenwerking tussen [A] en de adverteerders hield onder meer in dat [A] actief op zoek ging naar publishers die de reclame-uiting wilden verspreiden. [A] onderhield het contact met de publishers. De adverteerder stemde standaard in met de wijzen van promotie van hun materiaal waaronder e-mailmarketing, tenzij de adverteerder expliciet aangaf niet met een bepaalde wijze van promotie in te stemmen.
- [A] droeg desgewenst zorg voor het vervaardigen van promotiemateriaal van adverteerders, waaronder de ontwikkeling van bepaalde e-mailtemplates voor specifieke publishers, of adviseerde adverteerders over hun promotiemateriaal.
- Publishers konden zich via de website van [A] inschrijven voor het affiliate-netwerk van [A]. [A] beheerde actief de toelating van de publishers.
- Publishers dienden voor de toelating tot het affiliate-netwerk van [A] de 'Algemene Publisher Voorwaarden' te accepteren. Daarmee aanvaardt de publisher de algemene opdracht van [A] kliks of transacties te genereren voor een adverteerder via een door [A] beschikbaar gestelde link. Voorts houden deze voorwaarden in dat [A] de aard van de werkzaamheden bepaalt. Ook zijn de betalingen van [A] aan de publisher voor zijn werkzaamheden vastgelegd en geldt de voorwaarde dat [A] de account van de publisher opzegt indien deze een jaar of langer geen inkomsten genereert. [A] kan bovendien op elk moment de samenwerking met een publisher verbreken met een opzegtermijn van twee dagen en de publisher dient de aanwijzingen en wijzigingen van [A] tijdig en/of binnen twee werkdagen op te volgen. Tot slot kan [A] sancties opleggen indien een publisher zijn taken naar het oordeel van [A] niet goed uitvoert.
- Een adverteerder heeft de mogelijkheid een publisher te accepteren of te weigeren. [A] – en niet de publisher – verstrekt daartoe basale informatie over de betreffende publisher aan de adverteerder. Uit de door [A] verstrekte informatie kon de adverteerder alleen de accountnaam van de publisher in het affiliate-netwerk afleiden en niet de ware identiteit van de publisher.
- Adverteerder en publisher konden niet zonder tussenkomst van [A] afspraken met elkaar maken over de wijze van verspreiding van het promotiemateriaal van de adverteerder. De adverteerder kon zelfs uit het systeem van acceptatie via [A] niet afleiden op welke wijze de verspreiding van hun promotiemateriaal zou plaatsvinden.
- Alvorens het promotiemateriaal van een adverteerder ter beschikking te stellen aan een publisher, zorgde [A] ervoor dat een dsl-link in het promotiemateriaal werd opgenomen. Door middel van deze link kon [A] meten hoeveel transacties een bepaalde publisher heeft gegenereerd.
- Een e-mailcampagne kon door een publisher slechts worden verzonden, indien [A] die campagne had geaccordeerd.
- [A] leverde zelf e-mailadressen aan publishers ten behoeve van verzending van ongevraagde

communicatie door het affiliate-netwerk.

- Uit de interne richtlijnen die [A] hanteerde volgt dat haar medewerkers werden geacht een zeer actieve rol te spelen bij het versturen van e-mailberichten voor adverteerders.

9.4. De stelling van eisers dat het ACM niet is toegestaan de grondslag van de kwalificatie te wijzigen in bezwaar volgt de rechtbank niet. Het staat ACM vrij om na in het primaire besluit uit te zijn gegaan van medeplegen in bezwaar uit te gaan van plegen, omdat zij bij nader inzien meent dat [A] als affiliate-netwerk zelf ook kwalificeert als verzender. De rechtbank overweegt verder dat eisers bovenstaande feiten en omstandigheden in essentie niet hebben weerlegd, dat zij ter zitting ook het gebruik van de hiervoor genoemde interne richtlijnen hebben erkend en dat het beroep op de beslissing van het RCC van 4 november 2008 (2008/1555/08.0120) niet kan slagen. Niet alleen heeft ACM in dezen een eigen bevoegdheid, maar ook is de lezing die eisers geven aan die beslissing onvolledig. Van een situatie waarin na het verbreken van een overeenkomst met een 'voormalige affiliate' door die partij (tegen de wil van de adverteerder) een of meerdere mails zijn verzonden met een link naar de adverteerder is hier geen sprake. Daarnaast is van een risicoaansprakelijkheid gelet op de actieve betrokkenheid van [A] geen sprake. Van een onmogelijke bewijspositie waarvan eisers reppen, is daarom evenmin sprake. Er bestaat dan ook geen aanleiding inzake het toestemmingscriterium – waarover de rechtbank zich verderop zal buigen – de bewijslast bij ACM te leggen.

10.1. Eisers betogen dat ACM ten onrechte stelt dat de e-mailberichten die cashbackpartijen c.q. spaarprogramma's betroffen onder de reikwijdte van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw vallen. Het percentage mailberichten dat is verzonden door affiliates/publishers dat ziet op die cashbackpartijen c.q. spaarprogramma's is volgens eisers maar liefst 98,47 van de verzonden e-mailberichten. Deze cashbackpartijen c.q. spaarprogramma's verzamelen de door hen gebruikte e-mailadressen zelfstandig. Anders dan ACM heeft verondersteld, kan uit de discrepantie tussen het aantal aanmeldklikken voor een spaarprogramma en het aantal klikken voor afmelden (dat vele malen hoger ligt) niet worden afgeleid dat dit voor alle spaarprogramma's geldt. Volgens eisers heeft [A] door overlegging van facturen onderbouwd hoeveel leads zij heeft gegenereerd. Het aantal leads is slechts een fractie van de ledenbestanden van de affiliates/publishers. Volgens eisers gaat het hier om gevraagde communicatie. Iemand meldt zich namelijk altijd vrijwillig aan voor zo'n programma. ACM hanteert volgens eisers een te restrictieve invulling van het begrip gewenste communicatie, want volgens ACM valt daar niet onder het accepteren van zeer algemeen gestelde voorwaarden bij een prijsvraag of een enquête of het in algemene zin instemmen met ontvangst van commerciële e-mailberichten of nieuwsbrieven van verschillende partijen zonder duidelijkheid over de inhoud of aard van de berichten. Het kan volgens eisers niet zo zijn dat pas sprake is van gevraagde communicatie als een abonnee voor iedere afzonderlijke e-mail heeft aangegeven deze te willen ontvangen. Daar leent dit medium zich ook niet voor. Uit een uitspraak van de rechtbank Rotterdam (Rb. Rotterdam 30 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:9079) volgt evenmin dat – zoals ACM aanneemt – gevraagde communicatie en toestemming in de zin van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw op een lijn gesteld moeten worden. Voorts menen eisers dat ACM deze restrictieve uitleg niet kan hanteren zonder eerst die restrictieve uitleg kenbaar te maken. Volgens eisers handelt ACM in strijd met het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel door alleen de houders van belbestanden actief te informeren over de uitleg van de wet. Mocht niettemin worden aangenomen dat het hier niet gaat om gevraagde communicatie, dan nemen eisers het standpunt in dat de cashbackpartijen c.q. spaarprogramma's als feitelijk en materieel verzender zelfstandig verantwoordelijk zijn voor het aantonen van toestemming.

10.2. Naar het oordeel van de rechtbank is eerst sprake van gevraagde communicatie indien de abonnee, voordat hem communicatie wordt gezonden, uitdrukkelijk kenbaar heeft gemaakt prijs te stellen op dergelijke communicatie (zie ook Rb. Rotterdam 30 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:9079 en Rb. Rotterdam 5 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:7739). Om te kunnen spreken van gevraagde communicatie moet voor de vrager uit de daaraan voorafgaand verstrekte informatie duidelijk zijn welke communicatie hij vervolgens kan verwachten. De

rechtbank zal daarlaten hoeveel verzonden berichten afkomstig zijn van cashbackpartijen c.q. spaarprogramma's, omdat bij cashbackpartijen c.q. spaarprogramma's niet van de veronderstelling mag worden uitgegaan dat daarmee vaststaat dat sprake is van gevraagde communicatie. Hiertoe is van belang dat vaststaat dat een deel van de e-mailadressen is verkregen door middel van zogenoemde co-registratie. Dit houdt in dat de abonnee aanvinkt dat hij akkoord gaat met de (privacy)voorwaarden bij een enquête of prijsvraag. In die (privacy)voorwaarden is het recht opgenomen de contactgegevens van de abonnee aan een groot aantal partijen te verstrekken. Met ACM is de rechtbank van oordeel dat het via deze co-registratie verzenden van mails aan abonnees geen gevraagde communicatie inhoudt. Voorts is de rechtbank met ACM van oordeel dat in andere gevallen waarin [A] als affiliate-netwerk optrad evenmin sprake was van gevraagde communicatie, reeds omdat de publishers tevoren niet wisten welke advertenties van welke adverteerders zij zouden mailen. Dat hing af van de adverteerders die door [A] werden aangedragen. In de rol van adverteerder was eveneens sprake van ongevraagde communicatie. Onbestreden is immers dat berichten niet werden verstuurd naar aanleiding van een daartoe gericht verzoek van de ontvangende abonnee, maar naar aanleiding van een uitnodiging per e-mailbericht aan de abonnee om naar een website van een enquête te gaan en deze in te vullen en in dat verband contactgegevens te verstrekken. Voor de rol van [A] als publisher geldt hetzelfde. Onbestreden is dat het adressenbestand van 123aanbieding.nl is verworven via een toestemmingsvraag die was opgenomen in de enquêtes of prijsvragen. Daarin was vervat dat de websitebezoeker akkoord moest gaan met de algemene voorwaarden en het privacy statement. Die algemene voorwaarden hielden in dat de bezoeker gebeld wilde worden door partijen en de gratis e-mailnieuwsbrief wilde ontvangen van 123aanbieding.nl en twee nader genoemde adverteerders (zie daarover ook hieronder bij de bespreking van de vraag of aan het toestemmingsvereiste is voldaan). Uit het privacy statement volgde verder dat het werven van e-mailadressen ten behoeve van 123aanbieding.nl plaatsvond aan de hand van de hiervoor genoemde co-registratie. Gelet op deze onbestreden gang van zaken is vast komen te staan dat sprake is van ongevraagde communicatie.

11.1. Eisers betogen dat wel toestemming is verleend in de zin van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw en dat ACM een te restrictieve uitleg geeft aan dit begrip. Niet de uitdrukkelijke of expliciete toestemming als bedoeld in artikel 23 van de Wbp is van toepassing, maar de gewone toestemming als gedefinieerd in artikel 1, aanhef en onder i, van de Wbp. In haar rol van affiliate-netwerk geldt dat sprake is van toestemming, omdat verreweg de meeste, zo niet alle partijen gebruikt maken van een dubbele opt-in. Uit de websites van de cashbackpartijen c.q. spaarprogramma's waarop de ontvanger vrijwillig zijn e-mailadres invoert, blijkt dat punten of munten kunnen worden gespaard door het lezen van e-mails met aanbiedingen. Dan volgt een aanmeldbericht/activatiemail. Pas als op het aanmeldbericht of de activatiemail wordt geklikt zullen vervolgb berichten met aanbiedingen door de cashbackpartijen en spaarprogramma's worden gestuurd. In haar rol van publisher en adverteerder heeft [A] eveneens voldaan aan de eis van toestemming. In de enquêtes werd websitebezoekers altijd door het aanvinken van een vakje en door het beantwoorden van een vraag gesteld in een enquête de mogelijkheid geboden aan te geven dat de abonnee van bepaalde partijen dan wel meerdere bij naam genoemde partijen commerciële aanbiedingen dan wel nieuwsbrieven wenste te ontvangen. De toestemming die daaruit volgde, zag altijd op bepaalde gegevensverwerking(en) en was daarom specifiek. Om welke adverteerders het ging, stond telkens in detail opgesomd in het privacy statement dat beschikbaar was via de link. Er was dus sprake van geïnformeerde toestemming. Ook was duidelijk waarvoor toestemming werd gevraagd, namelijk nieuwsbrieven met aanbiedingen, kortingscodes en acties van derden. Waar ACM strengere eisen stelt aan toestemming is sprake van een nieuwe interpretatie die in strijd komt met het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel.

11.2. Bij het wetsvoorstel tot Wijziging van de Telecommunicatiewet en enkele andere wetten in verband met de implementatie van een nieuw Europees geharmoniseerd regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten en de nieuwe dienstenrichtlijn van de Commissie van de Europese Gemeenschappen, is het volgende overwogen over het begrip toestemming (Kamerstukken 2002/03, 28 851, nr. 3, blz. 152-153):

“(…) 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).”

11.3. Voor iedere verzender geldt dat toestemming van de abonnee in de vorm van “informed consent” noodzakelijk is. Zoals in de aangehaalde wetsgeschiedenis is opgemerkt, zal toestemming op basis van een verwijzing naar bijvoorbeeld een bepaling in de algemene voorwaarden niet zijn aan te merken als toestemming in de zin van artikel 1, aanhef en onder i, van de Wbp en van hoofdstuk 11 van de Tw. Het voorgaande brengt tevens met zich dat wanneer [A] door middel van enquêtes toestemming aan abonnees vraagt aanstonds duidelijk zal moeten zijn op welke adverteerders deze toestemming betrekking heeft. De bewijslast om aan te tonen dat sprake is van toestemming ligt bij de verzender. [A] heeft als publisher en als adverteerder niet aangetoond dat de ontvangers van de door of namens [A] verzonden e-mailberichten voorafgaand toestemming hebben verleend in de zin van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw, reeds omdat uit de stukken niet blijkt dat in welke vorm dan ook toestemming is verleend. Het komt in dit verband voor rekening en risico van [A] dat zij de desbetreffende gegevens heeft vernietigd. ACM heeft in dit verband ter zitting terecht gewezen op artikel 8, aanhef en onder c, van de Wbp. Ook in haar hoedanigheid van affiliate-netwerk heeft [A] geen bewijs geleverd dat aan het toestemmingsvereiste is voldaan.

11.4. Daarnaast is ACM – veronderstellenderwijs – uitgegaan van hetgeen [A] heeft verklaard (ook in het licht van de vraag of sprake was van ongevraagde communicatie). Als publisher vroeg Diasycon, naar zij stelt tweemaal om toestemming. Eerst bij het vragen om akkoord te gaan met de algemene voorwaarden. Het gaat om de volgende tekst:

“Ik ga akkoord met de voorwaarden en privacy statement en geef aan dat ik gebeld wil worden door de deelnemende partijen en de gratis nieuwsbrief wil ontvangen van 123aanbieding.nl, adverteerder [A] en adverteerder [B].”

De tweede maal dat [A] aangeeft toestemming te vragen voor 123aanbieding is via een nieuwsbriefinschrijving of gesponsorde vraag in de enquête. Deze vraag had volgens [A] de volgende strekking:

“123aanbieding.nl zendt haar leden wekelijks nieuwsbrieven boordevol aanbiedingen, kortingscodes en acties van derden. Wilt u deze nieuwsbrief gratis ontvangen?

0 Ja, ik ontvang graag deze nieuwsbrief

0 Nee, bedankt. Ik heb geen interesse.”

Omdat uit de vraagstelling niet blijkt op welke adverteerders deze toestemming betrekking heeft, is ook dan niet voldaan aan het toestemmingsvereiste. Of het al dan niet mogelijk was via een link de adverteerders te achterhalen is in dit verband niet van belang, omdat ook bij een dergelijke link niet is voldaan aan de eis dat aanstonds duidelijk is op welke adverteerders de toestemming

betrekking heeft. Ook in haar rol van adverteerder is de door eisers gestelde handelwijze onvoldoende om toestemming aan te kunnen nemen. Het door de abonnee laten aanvinken van een vakje, het beantwoorden van een vraag in een enquête, het accepteren van algemene voorwaarden en het aanklikken van de bevestigingsmail laten onverlet dat de abonnee niet weet waarvoor hij precies toestemming geeft. Met betrekking tot de publishers die via het affiliate-netwerk e-mailberichten hebben gestuurd was volgens ACM geen sprake van toestemming, omdat een verwijzing naar algemene voorwaarden of het vragen om een zeer brede algemene machtiging niet kan volstaan. Dit standpunt wordt door de rechtbank onderschreven.

- 11.5. Ten slotte kan de rechtbank in dit verband het betoog van eisers niet volgen dat ACM bij haar uitleg van toestemming handelt in strijd met het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel. In dit verband merkt de rechtbank op dat niet is gebleken dat ACM gedragingen heeft verricht op grond waarvan bij eisers ten tijde in geding het vertrouwen mocht worden ontleend dat de handelwijze van [A] in overeenstemming met de Tw was.
- 12.1. Eisers betogen dat zij artikel 11.7, vierde lid, van de Tw niet hebben overtreden. Volgens eisers geeft ACM een nieuwe en te ruime invulling aan het begrip 'degene namens wie de communicatie wordt overgebracht'. ACM meent dat de afmeldfunctie niet op het juiste niveau – dat van de adverteerder – werd aangeboden. ACM laat na haar aanname dat afmelding op het niveau van de nieuwsbrief niet leidde tot afmelding op het niveau van advertentie te bewijzen door aan te tonen dat ook maar één abonnee daadwerkelijk tweemaal dezelfde advertentie heeft ontvangen. Naar analogie met een uitspraak van deze rechtbank van 26 mei 2011, ECLI:NL:EBB:2014:371 (Rb.: bedoeld zal zijn CBb 30 september 2014, ECLI:NL:CBB:2014:371 of de uitspraak in eerste aanleg, Rb. Rotterdam 26 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ6210) stellen eisers zich op het standpunt dat uit klachten die in een procedure zijn overgelegd niet kan worden afgeleid dat de klagers hebben geprobeerd zich af te melden voor de advertenties. Volgens eisers is de interpretatie van ACM inzake 'degene namens wie de communicatie wordt overgebracht' nieuw en komt die in strijd met het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel. Deze interpretatie staat haaks op de eerdere interpretatie van ACM en met die van de RCC.
- 12.2. Zoals door ACM naar voren is gebracht, bevatten de e-mailberichten die [A] heeft verzonden aan het adressenbestand 123aanbieding.nl weliswaar een afmeldlink die leidde tot uitschrijving van het mailadressenbestand van 123aanbieding.nl, maar leidde die uitschrijving niet tot uitschrijving voor de in de nieuwsbrief opgenomen advertenties. Ook indien [A] als adverteerder of affiliate-netwerk optrad, leidde de in de e-mailberichten van de publisher opgenomen afmeldlink uitsluitend tot uitschrijving uit het e-mailadressenbestand dat door de betreffende publisher voor verzending werd gebruikt. De betreffende abonnee bleef vervolgens via andere publishers dezelfde of soortgelijke advertenties van dezelfde adverteerders ontvangen, terwijl de abonnee zich daar nu juist voor had afgemeld. Naar het oordeel van de rechtbank had het voor eisers duidelijk kunnen en moeten zijn dat de enkele afmeldingsmogelijkheid bij de bestandseigenaar niet toereikend is in gevallen als deze, waarin verschillende publishers voor dezelfde adverteerders – waaronder [A] – reclameboodschappen bleven sturen, omdat uitschrijving niet gold voor de in de nieuwsbrief opgenomen advertenties. Deze handelwijze van [A] doet geen recht aan de bedoeling van de wetgever te voorzien in een recht tot beëindiging in de zin van onderdeel b van het vierde lid van artikel 11.7 van de Tw, mede in het licht van het vereiste dat onderdeel a van dit artikellid stelt. Daar komt bij dat ACM er terecht op heeft gewezen dat de door eisers bedoelde reclamecodes de uiteindelijke verantwoordelijkheid voor het realiseren van het verzet leggen bij de adverteerder. Van strijd met het vertrouwens- en rechtszekerheidsbeginsel is dan ook geen sprake.
- 12.3. Anders dan eisers betogen, is voor het vaststellen van de overtreding van artikel 11.7, vierde lid, van de Tw niet maatgevend of ACM heeft vastgesteld dat abonnees daadwerkelijk tweemaal dezelfde advertentie hebben ontvangen. De hiervoor beschreven handelwijze brengt namelijk met zich dat de in de e-mailberichten van de publisher opgenomen afmeldlink uitsluitend tot uitschrijving uit diens e-mailadressenbestand leidde. Daarmee is de overtreding aangetoond. De verwijzing naar een uitspraak waarin overtreding van artikel 11.7, vierde lid, van de Tw niet

bewezen werd geacht zag op de situatie dat in enkele gevallen de afmeldlink feitelijk niet werkte, wat niet vergelijkbaar is met de hiervoor beschreven handelwijze.

- 13.1. [B] en [C] betogen dat ACM hen blijkens het dictum van het primaire besluit geen boetes heeft opgelegd (ABRvS 15 april 2011, ECLI:NL:RVS:2011:BQ1865, punt 2.10.3.2.). [B] en [C] betogen voorts dat zij door ACM ten onrechte als feitelijk leidinggever aan de vermeende overtredingen door [A] zijn aangemerkt. Daarvoor is vereist dat sprake is van een bewust aanvaarden, in die zin dat zij wisten of behoorden te weten dat de relevante gedragingen van de rechtspersoon kwalificeerden als een overtreding. Aan die maatstaf is volgens hen niet voldaan, omdat zij – net als [A] – zijn uitgegaan van de tot dan toe gangbare interpretatie van artikel 11.7, eerste en vierde lid, van de Tw.
- 13.2. Het betoog dat de hoofdelijke aansprakelijkstelling van deze twee bestuurders van [A] niet mogelijk is zonder (voorafgaande) boeteoplegging aan hen kan niet worden gevolgd, omdat in die hoofdelijke aansprakelijkstelling de boeteoplegging aan hen ligt besloten. ACM heeft in het bestreden besluit niet over (afzonderlijke) boeteoplegging aan twee feitelijk leidinggevendenden gesproken, omdat het totale bedrag van € 810.000,- dat aan boetes is opgelegd aan [A] niet is verhoogd door een deel van die boetes mede aan de bestuurders op te leggen. ACM heeft de bestuurders die [A] hebben opgericht op die wijze niet tweemaal in hun vermogen willen treffen.
- 13.3. Van feitelijk leidinggeven aan verboden gedragingen is sprake indien de desbetreffende functionaris van die gedragingen op de hoogte was, althans bewust de aanmerkelijke kans heeft aanvaard dat deze gedragingen zich zouden voordoen, bevoegd en redelijkerwijs gehouden was deze gedragingen te voorkomen en/of te beëindigen en maatregelen daartoe achterwege heeft gelaten. [B] en [C] waren bestuurders binnen [A], die op de hoogte waren van de gang van zaken en ten tijde in geding niet hebben ingegrepen om de gedragingen te voorkomen of beëindigen, maar daarentegen direct of indirect leiding hebben gegeven aan de verboden gedragingen, waarbij sprake was van een onderlinge taakverdeling tussen de bestuurders ([B] was vooral actief op het gebied van sales en [C] hield zich bezig met technische aspecten en product development). De rechtbank ziet geen grond voor het oordeel dat in dit verband is vereist dat sprake is van (voorwaardelijk) opzet op de wederrechtelijkheid van de gedragingen. Met andere woorden: niet van belang is of [B] en [C] wisten dat de gedragingen een overtreding zouden opleveren (zie CBb 2 september 2015, ECLI:NL:CBB:2015:312).
- 14.1. Ter zitting hebben eisers een beroep gedaan op het gelijkheidsbeginsel. Andere affiliate-netwerken – zoals [naam] en [naam] – zijn in tegenstelling tot [A] en haar bestuurders niet beboet. Omdat ook [A] deelneemt aan richtlijnen die door de branche worden opgesteld en ACM de richtlijnen afkomstig van PAN blijkbaar heeft onderschreven, vinden eisers het onbegrijpelijk dat van hun meer wordt gevergd in het kader van artikel 11.7 van de Tw dan van andere partijen.
- 14.2. In antwoord hierop heeft ACM ter zitting gewezen op de omstandigheid dat ACM een beperkte handhavingscapaciteit heeft en niet alle mogelijke overtredingen (tegelijkertijd) kan onderzoeken. Voorts heeft zij aangevoerd dat na [A] andere affiliate-netwerken zijn onderzocht. De twee voorbeelden die in dit verband door eisers zijn genoemd – [naam] en [naam] – zijn ook aan een onderzoek onderworpen geweest. Hun positie is volgens ACM echter niet vergelijkbaar met die van [A]. Zij zijn geen publisher of adverteerder en bieden slechts een netwerk. In dat netwerk is hun rol beperkt. Het gaat om een zuivere marktplaats. Verder zijn deze partijen direct in gesprek gegaan met ACM. Zij hebben een code opgesteld en een controlesysteem ingevoerd. Onder die voorwaarden heeft ACM gemeend dat er vooralsnog van handhaving kan worden afgezien en dat eerst de werking van de code en het controlesysteem kan worden afgewacht. [A] hield daarentegen steeds vol dat er geen sprake was van een overtreding. ACM heeft er ter zitting verder op gewezen dat de PAN Gedragscode, die afkomstig is van de branche, niet is goedgekeurd door ACM. Gelet op deze beantwoording door ACM faalt het beroep op het gelijkheidsbeginsel.
15. Eisers betogen tevergeefs dat van boeteoplegging moet worden afgezien omdat

verwijtbaarheid ontbreekt. Dat verwijtbaarheid ontbreekt, is weliswaar door eisers gesteld, maar niet aannemelijk gemaakt. Eisers hebben bewust gehandeld, terwijl van verschoonbare rechtsdwaling geen sprake is. Volgens de rechtbank hadden eisers kunnen en moeten weten dat de handelwijze van [A] in strijd was met het eerste en het vierde lid van artikel 11.7 van de Tw. Artikel 5:41 van de Awb staat daarom niet aan boeteoplegging in de weg.

16.1. Eisers betogen dat zij ten onrechte meerdere bestuurlijke boetes krijgen opgelegd in meerdere hoedanigheden. Het gaat in feite om één feitencomplex. Zes boetes zijn dan niet evenredig. Eisers betogen voorts dat de boetebedragen in het kader van het affiliate-netwerk van [A] onevenredig zijn omdat onvoldoende bewijs voorhanden is voor de stelling van ACM dat meer dan twee miljard e-mailberichten zijn verzonden door affiliates/publishers die gebruik maken van het affiliate-netwerk van [A]. Volgens [A] kan ACM die stelling niet baseren op de vaststelling hoe vaak gebruikers hebben geklikt op de zogenoemde ds1-link die is opgenomen in de e-mailberichten. Niet alle e-mailberichten bevatten een ds1-link. Veel e-mailberichten bevatten een link van de affiliates/publishers, waarbij mogelijk werd doorgeleid naar de ds1-link van [A]. Onmogelijk kan worden achterhaald of meerdere kliks afkomstig zijn uit één e-mailbericht of een klik afkomstig was uit een e-mailbericht en zo ja, uit welk e-mailbericht, terwijl een ds1-link ook kan verwijzen naar een grafisch bestand, zoals een logo, van een publisher. Een aanwezige link betekent daarom niet per se betrokkenheid van [A]. Ook de door ACM voor de berekening van het aantal verzonden berichten gehanteerde Click Through Ratio (CTR) is volgens eisers onjuist. ACM zou dit laatste zelf ook hebben erkend, omdat bij de toepassing van CTR onvoldoende rekening is gehouden met het verschil tussen cashbackpartijen en niet-cashbackpartijen. Bij een meer reële CTR, zoals bijvoorbeeld gehanteerd in het DDMA-rapport, had ACM tot de conclusie moeten komen dat niet meer dan twee miljard, maar slechts iets meer dan 100 miljoen e-mailberichten zijn verzonden door affiliates/publishers. Daarvan gaat het in meer dan 60 miljoen gevallen om cashbackpartijen en in minder dan 40 miljoen gevallen om niet-cashbackpartijen. Volgens eisers heeft ACM dezelfde verkeerde rekenmethode toegepast bij de vaststelling van het aantal e-mailberichten dat [A] in de rol van adverteerder heeft verzonden.

16.2. Gelet op de wettelijke systematiek en het Handhavingsbeleid spam (Stcrt. 2010, 660) kan voor overtreding van zowel het eerste als het vierde lid van artikel 11.7 van de Tw de maximumboete van € 450.000,- worden opgelegd. De rechtbank is met ACM van oordeel dat deze overtredingen meermaals in verschillende hoedanigheden kunnen worden gepleegd en dat dit met zich brengt dat niet op voorhand kan worden uitgesloten dat een (rechts)persoon in dezelfde of grotendeels dezelfde pleegperiode meermaals wordt beboet voor overtreding van artikel 11.7, eerste en vierde lid, van de Tw. Naar het oordeel van de rechtbank kunnen met het oog op boeteoplegging aan eisers vier beboetbare overtredingen worden vastgesteld. Hierbij oordeelt de rechtbank dat [A] als affiliate-netwerk een duidelijk van haar rollen als adverteerder en publisher te onderscheiden rol heeft gespeeld. Bovendien heeft de overtreding in eerstgenoemde rol langer voortgeduurd dan die in haar andere rollen. ACM heeft dan ook op goede gronden eisers beboet voor de overtredingen van artikel 11.7, eerste en vierde lid, van de Tw door [A] als affiliate-netwerk. In haar rollen als adverteerder en publisher ziet de rechtbank anders dan ACM evenwel een onvoldoende onderscheidend karakter om ter zake daarvan tot vier afzonderlijk beboetbare overtredingen te komen. Daarbij neemt de rechtbank in aanmerking dat de verschillen tussen het laten verzenden van enquêtes en het zelf verzenden van advertenties via 123.aanbiedingen.nl beperkt zijn en dat zich hier met betrekking tot de klachten een of meer overlappingen voordoen, wat zal samenhangen met de destijds door [A] gehanteerde co-registratie.

16.3. Deze vaststelling leidt evenwel op zichzelf niet noodzakelijkerwijs tot een lager totaalbedrag aan bestuurlijke boetes dan door ACM is opgelegd aan eisers. De rechtbank stelt vast dat voor overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw door [A] als adverteerder en publisher boetes aan [A] en [C] zijn opgelegd die opgeteld blijven onder het wettelijke maximum van € 450.000,-. Hetzelfde geldt voor de boetes voor deze rollen ter zake van overtreding van artikel 11.7, vierde lid, van de Tw. Voorts stelt de rechtbank vast dat het totaal aan boetes aan eisers blijft onder het maximum van tweemaal

€ 450.000,-. Van ongeoorloofde cumulatie is dan ook geen sprake.

- 16.4. Bij de beoordeling van de evenredigheid van de boetes wordt voorop gesteld dat volgens vaste rechtspraak (zie onder meer ABRvS 6 februari 2013, ECLI:NL:RVS:2013:BZ0786; CRvB 24 november 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:3754 en CbB 4 april 2012, ECLI:NL:CBB:2012:BW2271) het bestuursorgaan, gelet op artikel 5:46, tweede lid, van de Awb, de hoogte van de boete moet afstemmen op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en daarbij zo nodig rekening moet houden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Het bestuursorgaan kan omwille van de rechtseenheid en rechtszekerheid beleid vaststellen en toepassen inzake het al dan niet opleggen van een boete en het bepalen van de hoogte daarvan. Bij de toepassing van dat beleid dient het bestuursorgaan in elk voorkomend geval te beoordelen of die toepassing strookt met de zojuist genoemde eisen en, zo dat niet het geval is, de boete in aanvulling of in afwijking van dat beleid vaststellen op een bedrag dat passend en geboden is. De rechter toetst zonder terughoudendheid of het besluit van het bestuursorgaan met betrekking tot de boete voldoet aan deze eisen, en dus leidt tot een evenredige sanctie. Dat kan ertoe leiden dat met toepassing van de artikelen 8:69, tweede en derde lid, en 8:72a, eerste lid, van de Awb de boete anders wordt vastgesteld dan ACM heeft gedaan. Hierbij moet nog worden aangetekend dat het opleggen van een hogere boete aan de belanghebbende dan door het bestuursorgaan is vastgesteld, wegens het verbod van reformatio in peius niet mogelijk is (zie CbB 30 januari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:25).
- 16.5. De rechtbank kan en zal in het midden laten of ACM een juiste rekenmethode heeft gehanteerd voor de schatting van het aantal ongevraagde e-mailberichten dat is verzonden via het affiliate-netwerk van [A]. De rechtbank neemt hierbij in aanmerking dat de discussie tussen partijen ten aanzien van het aantal verzonden berichten ziet op een marge die ligt tussen minimaal 100 miljoen berichten en iets meer dan twee miljard berichten. Ook indien wordt uitgegaan van het laagste aantal berichten (waarbij de rechtbank voorbij gaat aan het niet maatgevende onderscheid dat eisers maken tussen cashback- en niet-cashbackpartijen) is sprake van een zeer grote hoeveelheid spamberichten, zodat een bestuurlijke boete in het verschiet ligt die tendeert naar het wettelijk maximum. De door ACM vastgestelde hoeveelheid berichten die is verzonden door [A] als adverteerder en publisher is niet bestreden, terwijl de rechtbank geen aanleiding ziet daar niet van uit te gaan. Die aantallen zijn ook aanzienlijk, maar liggen aanzienlijk lager dan de via het affiliate-netwerk verzonden berichten, en zijn ook voor een lager bedrag beboet.
- 16.6. Alles overziend is de rechtbank van oordeel dat het totaal aan boetes tot een evenredige boeteoplegging aan eisers leidt. De rechtbank neemt hierbij in aanmerking dat het gaat om overtreding gedurende een langere periode, dat het gaat om een grote hoeveelheid mails en dat evident niet werd voldaan aan de eisen van het eerste en vierde lid van artikel 11.7 van de Tw. Naar het oordeel van de rechtbank heeft ACM voldoende rekening gehouden met de omstandigheid dat eisers de overtreding hebben gestaakt.
- 17.1. Niettemin komt de rechtbank tot het oordeel dat de opgelegde boetes moeten worden verlaagd wegens overschrijding van de redelijke termijn. De redelijke termijn in de zin van artikel 6, eerste lid, van het EVRM die ligt tussen de charge en de uitspraak in eerste aanleg stelt de rechtbank vast op twee jaar. De rechtbank stelt in dit verband vast dat het boeterapport aan eisers is gezonden op 29 maart 2013, terwijl ruim drie jaar later uitspraak in eerste aanleg wordt gedaan. Omdat op verzoek van eisers in de bezwaarfase overleg heeft plaatsgehad en onderdeel van dit overleg was dat de afdoening in bezwaar tijdelijk werd bevroren, zal de rechtbank die periode, die aanving met het verzoek van eisers op 17 oktober 2013 en eindigde met de brief van eisers van 13 mei 2014, niet meetellen bij de beantwoording van de vraag in welke mate sprake is van een overschrijding van de redelijke termijn. Hieruit volgt dat de redelijke termijn met iets meer dan een half jaar is overschreden. Uit rechtspraak volgt dat in dat geval een verlaging van 10% aan de orde is met een maximum van € 2.500,- (CbB 8 juli 2015, ECLI:NL:CBB:2015:191) per opgelegde boete (vgl. CbB 8 april 2010, ECLI:NL:CBB:2010:BM1588). Daarbij zal de rechtbank bij het aantal

boetes uitgaan van het aantal door ACM opgelegde boetes, want die waren immers inzet van deze procedure.

17.2. Uit het voorgaande volgt dat de rechtbank – zelf in de zaak voorzien op de voet van artikel 8:72a van de Awb – de opgelegde boetes zal matigen en het primaire besluit zal herroepen voor wat betreft de hoogte van de bestuurlijke boetes. De rechtbank stelt de boetes als volgt vast:

- voor [A] en [C] voor de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw door [A] als adverteerder en publisher in totaal € 220.000,-;
- voor [A] en [C] voor de overtreding van artikel 11.7, vierde lid, van de Tw door [A] als adverteerder en publisher in totaal € 130.000,-;
- voor [A] en [B] voor de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw door [A] als affiliate-netwerk op € 297.500,-.
- voor [A] en [B] voor de overtreding van artikel 11.7, vierde lid, van de Tw door [A] als affiliate-netwerk op € 147.500,-.

18. Omdat de rechtbank het beroep gegrond verklaart, bepaalt de rechtbank dat ACM aan eisers het door hun betaalde griffierecht vergoedt.

19. De rechtbank veroordeelt ACM in de door eisers gemaakte proceskosten. Deze kosten stelt de rechtbank op grond van het Besluit proceskosten bestuursrecht voor de door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand vast op € 2.976,- (1 punt voor het indienen van het bezwaarschrift en 1 punt voor het verschijnen ter hoorzitting, 1 punt voor het indienen van het beroepsschrift en 1 punt voor het verschijnen ter zitting, met een waarde per punt van € 496,- en wegingsfactor 1,5 wegens de zwaarte van de zaken, waarbij de rechtbank de zaken als samenhangend aanmerkt). De rechtbank neemt hierbij in aanmerking dat eisers in bezwaar hebben verzocht om toepassing van artikel 7:15 van de Awb.

Beslissing

De rechtbank:

- verklaart de beroepen tegen besluit 1 niet-ontvankelijk;
- verklaart de beroepen tegen besluit 2 gegrond;
- vernietigt besluit 2, behoudens voor zover daarmee besluit 1 is ingetrokken;
- bepaalt dat deze uitspraak in zoverre in de plaats treedt van besluit 2;
- herroept het primaire besluit voor wat betreft de hoogte van de bestuurlijke boetes;
- bepaalt dat [A] en [C] voor de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw door [A] als adverteerder en publisher een totale bestuurlijke boete van € 220.000,- aan ACM zijn verschuldigd;
- bepaalt dat [A] en [C] voor de overtreding van artikel 11.7, vierde lid, van de Tw door [A] als adverteerder en publisher een totale bestuurlijke boete van € 130.000,- aan ACM zijn verschuldigd;
- bepaalt dat [A] en [B] voor de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, van de Tw door [A] als affiliate-netwerk een bestuurlijke boete van € 297.500,- aan ACM zijn verschuldigd;
- bepaalt dat [A] en [B] voor de overtreding van artikel 11.7, vierde lid, van de Tw door [A] als affiliate-netwerk een bestuurlijke boete van € 147.500,- aan ACM zijn verschuldigd;
- bepaalt dat ACM aan eisers het betaalde griffierecht van € 328,- vergoedt;
- veroordeelt ACM in de proceskosten tot een bedrag van € 2.976,-, te betalen aan eisers.

Deze uitspraak is gedaan door mr. A. van Gijzen, voorzitter, en mr. J. Bergen en

mr. B. van Velzen, leden, in aanwezigheid van mr. dr. R. Stijnen, griffier. De beslissing is in het openbaar uitgesproken op 19 mei 2016.

griffier voorzitter

Afschrift verzonden aan partijen op:

Rechtsmiddel

Tegen deze uitspraak kan binnen zes weken na de dag van verzending daarvan hoger beroep worden ingesteld bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven.