

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2014/201191_OV

Zaaknummer: 13.1119.32

Datum: 26 maart 2014

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt tot het opleggen van boetes aan Essent Retail Energie B.V. ter zake van overtredingen van de telemarketingregels zoals bepaald in artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid van de Telecommunicatiewet.

1 Samenvatting

1. In dit besluit stelt de Autoriteit Consument en Markt¹ vast dat Essent Retail Energie B.V. in de periode 1 januari tot 1 mei 2010 en in de periode 31 januari tot 1 maart 2011 herhaaldelijk ongevraagd abonnees heeft gebeld met een commercieel doel, terwijl zij stonden ingeschreven in het Bel-me-niet Register. Hiermee heeft Essent Retail Energie B.V. de telemarketingregels overtreden. De Autoriteit Consument en Markt legt hiervoor twee boetes op van in totaal EUR 47.500.
2. De telemarketingregelgeving heeft als doel consumenten verstoken te laten blijven van telemarketing, en irritatie die ontstaat door telemarketing weg te nemen. Veel consumenten die er bewust voor hebben gekozen om hun telefoonnummer op te laten nemen in het Bel-Me-Niet Register, zijn toch door Essent gebeld. Het vertrouwen van consumenten in de werking van het Bel-Me-Niet Register wordt hierdoor geschaad en de doelstelling die de wetgever voor ogen had met de invoering van het Bel-Me-Niet Register wordt hierdoor ondermijnd.
3. In dit besluit wordt in het navolgende eerst ingegaan op de achtergrond en het verloop van de procedure (paragraaf 2), de inhoud van het onderzoeksrapport (paragraaf 3), de betrokken onderneming (paragraaf 4) en de feiten (paragraaf 5). Vervolgens wordt ingegaan op de zienswijze van Essent Retail Energie B.V. (paragraaf 6), het juridisch kader (paragraaf 7) en de overwegingen van de Autoriteit Consument en Markt (paragraaf 8). In de daarop volgende paragrafen wordt ingegaan op de ernst van de overtredingen alsmede de vaststelling van de hoogte van de boete (paragraaf 9 en 10). Ten slotte volgt het dictum (paragraaf 11).

2 Achtergrond en verloop van de procedure

4. Sinds 1 oktober 2009 ontvangt de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) signalen van consumenten over de telemarketingactiviteiten van Essent Retail Energie B.V. (hierna: Essent).² Begin 2010 heeft ACM Essent daarvan op de hoogte gesteld.³ De binnenkomende signalen over

¹ Op 1 april 2013 is de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, *Stb.* 2013, nr. 102, (hierna: Instellingswet) in werking getreden. Vanaf die datum is de Autoriteit Consument en Markt de rechtsopvolger van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit en de Consumentenautoriteit. Op grond van artikel 42, eerste lid, Instellingswet zal het onderhavige besluit door ACM worden genomen. In dit besluit wordt voor de eenduidigheid steeds verwezen naar ACM, ook in de periode voor 1 april 2013.

² Zie: Onderzoeksrapport, rn. 13.

³ Zie: Dossiernummer 2.

Besluit Openbaar

2/34

Essent namen echter niet af, hetgeen voor ACM aanleiding was om in 2010 een onderzoek te starten naar Essent.

5. Gedurende het onderzoek bleven er signalen over de telemarketingactiviteiten van Essent bij ACM binnenkomen.⁴ Ook heeft Essent melding⁵ gemaakt van onregelmatigheden bij de uitoefening van haar telemarketingactiviteiten. Naar aanleiding hiervan heeft ACM het lopende onderzoek uitgebreid.
6. Gedurende het onderzoek heeft ACM op een vijftal momenten informatie gevorderd bij Essent.⁶ Het onderzoek heeft geresulteerd in een onderzoeksrapport⁷ (hierna: het onderzoeksrapport) dat een toezichthoudend ambtenaar verbonden aan ACM (hierna: de rapporteur) op 29 oktober 2013 aan Essent heeft toegestuurd.⁸
7. In verband met verzocht uitstel door Essent is de wettelijke termijn van dertien weken voor het nemen van het onderhavige besluit door ACM, met instemming van Essent, opgeschort geweest van 29 november 2013 tot 19 december 2013.⁹
8. Op 19 december 2013 heeft Essent tijdens een hoorzitting ten kantore van ACM een mondelinge zienswijze naar voren gebracht op het onderzoeksrapport. Ten behoeve van deze hoorzitting, heeft Essent vooraf een schriftelijke zienswijze ingediend bij ACM.¹⁰
9. Tijdens voornoemde hoorzitting heeft Essent aangegeven dat de door haar ingediende schriftelijke zienswijze wegens een omissie niet correct bleek te zijn. Essent heeft ACM verzocht een termijn te stellen voor het opnieuw indienen van een gewijzigde versie van haar schriftelijke zienswijze. Bij brief van 20 december 2013 heeft ACM ingestemd met dit verzoek.¹¹ De wettelijke termijn voor het nemen van een besluit is, met instemming van Essent, opgeschort van 20 december 2013 tot 10 januari 2014. Op 10 januari 2014 heeft Essent per e-mail¹² haar gewijzigde zienswijze (hierna: zienswijze Essent) bij ACM ingediend.
10. Van voornoemde hoorzitting is een verslag opgemaakt dat op 31 januari 2014 aan Essent is toegestuurd.¹³ Essent heeft op 21 februari 2014 op dit verslag gereageerd.¹⁴

⁴ Zie: Onderzoeksrapport, rn. 14.

⁵ Zie: Dossiernummer 12 en 13.

⁶ Zie: Dossiernummer 6, 9, 11, 14 en 18.

⁷ Kenmerk ACM/DC/2013/204486.

⁸ Zie: Brief van 29 oktober 2013 met kenmerk ACM/DC/2013/205388.

⁹ De op 20 november 2013 per e-mail gemaakte afspraak is per brief van 25 november 2013 met kenmerk ACM/DJZ/2013/206168 door een medewerkster van ACM bevestigd.

¹⁰ Zie: E-mail van 12 december 2013.

¹¹ Zie: Brief van 20 december 2013 met kenmerk ACM/DJZ/2013/207040.

¹² Zie: E-mail van 10 januari 2014 met kenmerk 13.1119.32 zienswijze Essent Retail Energie B.V. -rapport telemarketingactiviteiten.

¹³ Zie: Brief van 31 januari 2014 met kenmerk ACM/DJZ/2014/200617.

¹⁴ Zie: E-mail van 21 februari 2014 met kenmerk 13.1119.32 -verslag hoorzitting/reactie Essent Retail Energie BV.

3 Het onderzoeksrapport

11. Aanleiding voor het onderhavige besluit vormen de overtredingen zoals vastgesteld in het onderzoeksrapport. In dit onderzoeksrapport constateert de rapporteur dat Essent in strijd heeft gehandeld met artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw), door in de periode 1 januari tot 1 mei 2010 (hierna: periode 1) en in de periode 31 januari tot 1 maart 2011 (hierna: periode 2) belbestanden te gebruiken zonder deze voorafgaand te ontdebellen met het Bel-me-niet Register (hierna: BMNR) en daardoor ongevraagd 40.168 abonnees te (laten) bellen die stonden ingeschreven in het BMNR. Ook constateert de rapporteur dat Essent in periode 1 in strijd heeft gehandeld met artikel 11.7, twaalfde lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw. Essent hanteerde namelijk een werkwijze waardoor het onmogelijk was het recht van verzet te respecteren van 476 abonnees die zijn benaderd.

4 De betrokken onderneming

12. In de onderhavige sanctieprocedure is betrokken Essent Retail Energie B.V. Deze besloten vennootschap is onderdeel van Essent Nederland B.V., die op haar beurt onderdeel uitmaakt van het internationale energieconcern RWE. Essent Retail Energie B.V. is in het onderzoeksrapport aangemerkt als overtreder.

5 Feiten en achtergrond

13. Op grond van het onderzoeksrapport, het dossier en de zienswijze van Essent stelt ACM de volgende feiten en omstandigheden vast.

5.1 Het BMNR

14. Per 1 oktober 2009 is het BMNR van start gegaan. Consumenten die niet langer ongevraagd voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden door bedrijven en organisaties gebeld willen worden, kunnen zich in het BMNR inschrijven. Door deze inschrijving maken zij expliciet kenbaar dat zij geen telemarketinggesprekken meer willen ontvangen (een zogenaamde opt-out). Het BMNR heeft een wettelijke status (zie artikel 11.7, zesde lid, Tw) en het gebruik daarvan is derhalve wettelijk verplicht. ACM is belast met de handhaving van de regels met betrekking tot het BMNR bij en krachtens artikel 11.7 Tw.

5.2 Telemarketingactiviteiten van Essent

15. Voor de werving van particuliere klanten maakte Essent gedurende de onderzoeksperiode onder andere gebruik van telemarketing. Essent heeft aan een aantal callcenters de opdracht gegeven om namens haar telemarketingactiviteiten uit te voeren.¹⁵

5.2.1 Werkwijze

16. Essent en de door haar ingeschakelde externe callcenters maakten diverse afspraken over de uitvoering van de telemarketingactiviteiten.¹⁶ Zo was met de callcenters afgesproken dat Essent de

¹⁵ Zie: Dossiernummer 8, bijlage 1.

Besluit Openbaar

ontdubbeling van belbestanden voor haar rekening nam.¹⁷ De belbestanden werden door Essent ontdebeld met de recht van verzet-lijst en alleen de koude belbestanden¹⁸ werden door Essent ontdebeld met het BMNR.¹⁹ Pas na ontdebelling leverde Essent de belbestanden aan bij de callcenters.

17. Op grond van deze afspraken namen de callcenters de belbestanden vervolgens in gebruik. Tijdens de telemarketinggesprekken boden zij het recht van verzet en inschrijving in het BMNR aan met gebruikmaking van een geautomatiseerd Interactive Voice Response systeem (hierna: IVR-bandje).²⁰ Tot slot was afgesproken dat de consumenten die gebruik hebben gemaakt van hun recht van verzet door Essent bij volgende ontdebellingen uit de belbestanden werden gefilterd, alvorens deze naar de callcenters te sturen.

5.2.2 Gebruikte belbestanden

18. In periode 1 heeft Essent belbestanden ingezet en gebruikt voor de Happy Call-campagne, de Heimweecampagne en de Pilot Greenfield-campagne.²¹ Deze belbestanden bestonden uitsluitend uit telefoonnummers van (oud-)klanten van Essent en zijn daarom niet ontdebeld met het BMNR.²²
19. In dezelfde periode heeft Essent ook gebruik gemaakt van een belbestand dat door het externe callcenter [Vertrouwelijk] is samengesteld.²³ Het belbestand bevat telefoonnummers van natuurlijke personen die aan enquêtes hebben meegedaan.²⁴ Nu deze consumenten volgens Essent hebben gevraagd om de telefonische communicatie is dit belbestand niet ontdebeld met het BMNR.²⁵
20. In periode 1 heeft Essent tot slot ook belbestanden ingezet voor de Leads campagne.²⁶ De belbestanden die in dit kader zijn ingezet bestaan uitsluitend uit telefoonnummers van natuurlijke personen.²⁷ De contactgegevens in de hier relevante belbestanden zijn verkregen via online enquêtes op de website van [Vertrouwelijk]²⁸ en www.svenenergy.nl²⁹ of door het inkopen van belbestanden.
21. In de enquête op de website van [Vertrouwelijk] werden aan consumenten diverse vragen gesteld over producten en diensten van verschillende bedrijven. Bij beantwoording van de vragen en het

¹⁶ Zie: Dossiernummer 8, p. 1.

¹⁷ Met één callcenter, te weten [Vertrouwelijk], waren andere afspraken gemaakt. Deze afspraken zijn echter niet relevant is voor de geconstateerde overtredingen en worden om die reden niet verder uitgewerkt in onderhavig besluit.

¹⁸ Koude belbestanden zijn belbestanden die bestaan uit telefoonnummers van consumenten waarmee de bellende onderneming geen klantrelatie heeft of heeft gehad.

¹⁹ Essent beschikt over een downloadlicentie bij het BMNR.

²⁰ Zie: Dossiernummer 8, bijlage 5, p. 4.

²¹ Zie: Dossiernummer 8, bijlage 2.

²² Zie: Dossiernummer 14, bijlage 4.

²³ In het onderzoeksrapport wordt dit belbestand aangeduid als 'callcenter-belbestand'. Zie: Onderzoeksrapport, rn. 35.

²⁴ Zie: Dossiernummer 14, bijlage 3.

²⁵ Zie: Dossiernummer 9, bijlage.

²⁶ Zie: Dossiernummer 8, bijlage 2.

²⁷ Zie: Dossiernummer 8, bijlage 2, p. 1 en Dossiernummer 11, p. 2.

²⁸ Zie: Dossiernummer 15, bijlage 6, onder I.

²⁹ Zie: Dossiernummer 15, bijlage 6, onder II.

Besluit Openbaar

achterlaten van contactgegevens, konden consumenten prijzen winnen. Boven de vraag van Essent (hierna: de vraag van Essent) stond de tekst: “*Essent kan contact met u opnemen*”. De vraag in de enquête luidde: “*Mogen wij u bellen voor een vrijblijvend advies?*” De antwoordmogelijkheden bij deze vraag waren: “*Ja, ik wil graag weten hoeveel ik kan besparen*” of “*nee, geen interesse*”. Consumenten moesten deze vraag beantwoorden om verder te kunnen gaan met de enquête, maar waren vrij om positief of negatief te responderen. Bij afronding van de enquête moesten consumenten een vakje aanvinken met daarbij de tekst: “*Ik geef toestemming aan de deelnemende bedrijven om mij per post, telefoon, e-mail of anderszins te benaderen en informatie toe te sturen*” (hierna: de afrondende vraag), waarbij ‘deelnemende bedrijven’ een linkje bevatte waarmee je, na hierop te klikken, terecht kwam bij een lijst met deelnemende bedrijven, waaronder Essent.³⁰ Consumenten konden de enquête pas afsluiten als zij een vinkje hadden gezet bij de afrondende vraag. Consumenten waren aldus verplicht ‘toestemming’ te geven om de enquête af te ronden en op deze wijze kans te maken op prijzen. Alle consumenten die de enquête hadden afgerond, en aldus een vinkje hadden gezet bij de afrondende vraag, kwamen terecht in het belbestand van Essent dat werd gebruikt voor de Leadscampagne.³¹

22. In de enquête op www.svenenergy.nl konden consumenten na het achterlaten van hun contactgegevens prijzen winnen. Bij afronding van de enquête werden twee vakjes zichtbaar. Om de enquête te kunnen afronden, dienden consumenten het eerste vakje aan te vinken waarmee zij akkoord gingen met de actievoorwaarden. In de actievoorwaarden stond dat de consument aan Essent toestemming verleende om de verstrekte gegevens te gebruiken ten behoeve van het per e-mail informeren over (commerciële) diensten en producten, activiteiten, aanbiedingen en kortingen die door middel van de svenenergy-actie door Essent werden aangeboden. Alle consumenten die de enquête hadden afgerond, en aldus een vinkje hadden gezet bij het eerste afrondende vakje, kwamen terecht in het belbestand van Essent dat werd gebruikt voor de Leadscampagne.³² Bij het tweede vakje stond de tekst “*Ja, bel mij gerust over de Svenenergy Medaillekorting*”. Dit vakje hoefde de consument niet verplicht aan te vinken om de enquête af te kunnen ronden en kans te maken op prijzen.
23. De belbestanden die voor de Leadscampagne zijn ingezet en gebruikt bevatten alleen telefoonnummers van consumenten die geen klant zijn bij Essent of dat in de twee jaar voorafgaand aan het belmoment niet zijn geweest.³³ In deze belbestanden zitten wel telefoonnummers van consumenten die langer dan twee jaar voorafgaand aan het belmoment klant zijn geweest bij Essent.³⁴ Het gedeelte van de belbestanden dat Essent verkreeg via de enquêtes op de website van [Vertrouwelijk] en www.svenenergy.nl is voorafgaand aan gebruik niet ontdubbeld met het BMNR.³⁵

³⁰ Zie: Dossiernummer 15, bijlage 6.

³¹ Zie: Zienswijze Essent, p. 16-17.

³² Zie: Zienswijze Essent, p. 19.

³³ Zie: Onderzoeksrapport, rn. 30. Zie ook: Dossiernummer 22, p. 5, rn. 23.

³⁴ Zie: Onderzoeksrapport, rn. 30. Zie ook: Dossiernummer 22, p. 5, rn. 23.

³⁵ Zie: Dossiernummer 15, bijlage 5. Zie ook: Dossiernummer 22, p. 6, rn. 25.

Besluit Openbaar

24. De belbestanden die Essent van periode 1 aan ACM heeft aangeleverd, heeft de rapporteur voor haar onderzoek geclusterd in belbestanden waarin het veld 'begin_bellen' dezelfde datum aangaf. Zodoende ontstonden er twee belbestanden met als titel 01022010 en 01032010.
25. In periode 2 heeft Essent belbestanden ingezet en gebruikt voor het bellen naar (oud-)klanten, en potentiële klanten die door Essent worden aangeduid met de categorieën 'leads' en 'opt-ins'. Enkel de belbestanden die zijn ingezet voor het bellen naar de door Essent benoemde 'leads' en 'opt-ins' heeft zij ontdubbeld met het BMNR.³⁶ Op 31 januari 2011 heeft Essent hiertoe een blokkadebestand gedownload bij het BMNR.³⁷ Na de download ontving Essent de melding 'download completed' van het BMNR.³⁸ Het blokkadebestand bleek echter onvolledig te zijn. De omvang van het blokkadebestand (hetgeen zichtbaar was bij de download) en het aantal telefoonnummers dat zich hierin bevond, was aanzienlijk kleiner dan de blokkadebestanden die Essent voorheen bij het BMNR heeft gedownload.³⁹

6 Zienswijze Essent

26. Tijdens de hoorzitting van 19 december 2013 en in haar zienswijze heeft Essent (kort weergegeven) de volgende zienswijze op het onderzoeksrapport naar voren gebracht.
27. Allereerst stelt Essent dat ACM onzorgvuldig onderzoek heeft verricht. Zo is het onderzoeksrapport ten onrechte louter beperkt gebleven tot schriftelijke informatievorderingen en heeft er in de onderzoeksfase volgens Essent geen hoor en wederhoor plaatsgevonden.⁴⁰ Ook heeft ACM in het onderzoeksrapport ten onrechte niet alle maatregelen meegenomen die Essent heeft ondernomen om overtredingen te voorkomen.⁴¹ Bovendien zou ACM onzorgvuldig en in strijd met artikel 6 EVRM handelen door geen bewijs aan te dragen van de klachten die hebben geleid tot het onderzoek.⁴²
28. Essent stelt verder dat zij de data-analyses die ten grondslag liggen aan tabel 2 en 3 in het onderzoeksrapport en aldus als bewijsmiddel zijn gebruikt voor de overtredingen in periode 1, niet kan begrijpen noch geheel verifiëren. Volgens Essent ontbreekt een toelichting hierop in het dossier, waardoor zij niet kan nagaan of de inhoud van tabel 2 en 3 juist is.⁴³ Bovendien kan Essent niet nagaan welke blokkadebestanden uit het BMNR door ACM zijn gebruikt.⁴⁴

³⁶ Zie: Dossiernummer 20, digitale bijlage 1.

³⁷ Zie: Onderzoeksrapport, rn. 39.

³⁸ Zie: Dossiernummer 18.

³⁹ Zie: Onderzoeksrapport, rn. 40 en 41.

⁴⁰ Zie: Zienswijze Essent, rn. 2.2.1.1.

⁴¹ Zie: Zienswijze Essent, rn. 4.1.

⁴² Zie: Zienswijze Essent, rn. 4.2.

⁴³ Zie: Zienswijze Essent, rn. 4.7.

⁴⁴ Zie: Zienswijze Essent, rn. 4.3.

Besluit Openbaar

29. Essent geeft aan dat er bij het downloaden van blokkadebestanden geen archieffunctie is in het BMNR. Indien ACM de blokkadebestanden op een later moment bij het BMNR heeft gedownload, valt niet met zekerheid te zeggen dat het aantal dubbelingen correct is vastgesteld.⁴⁵
30. Essent benadrukt dat de variabelen 'begin_bellen' en 'eind_bellen' in de belbestanden voor de Leadscampagne, afgeleide velden zijn. Volgens Essent geeft het veld 'begin_bellen' aan hoe gefactureerd moet worden en vanaf wanneer is gebeld. Het veld 'eind_bellen' geeft volgens Essent niet noodzakelijkerwijs de laatste datum aan waarop een consument is gebeld. Aangezien deze afgeleide velden ten grondslag liggen aan de data-analyses van het onderzoeksrapport, zouden deze analyses niet sluitend zijn.⁴⁶
31. Essent stelt dat de informatie die zij voor het onderzoek van ACM moest aanleveren bijzonder lastig te reproduceren was. Zij moest hiervoor 'diep graven in historische data en opnieuw koppelen'. Gezien de complexiteit van de selectie van gegevens die Essent daarvoor heeft moeten verrichten in haar administratie, geeft Essent aan dat de geleverde informatie niet 100% sluitend is.⁴⁷
32. In dit kader meent Essent dat zij voor de Leadscampagne in periode 1 ook naar consumenten heeft gebeld die langer dan twee jaar voorafgaand aan het belmoment klant zijn geweest van Essent. In het onderzoeksrapport is hiermee volgens Essent geen rekening gehouden.⁴⁸
33. Ook stelt Essent dat zij in periode 1 niet 476 telefoonnummers op één dag meermaals heeft gebeld, maar slechts 300. Nader onderzoek door Essent wijst bovendien uit dat in 'vrijwel de meeste gevallen' door één callcenter meermaals is gebeld naar hetzelfde telefoonnummer. Voor de incidentele gevallen waarin een telefoonnummer wel door twee verschillende callcenters op één dag is gebeld, staat volgens Essent op geen enkele wijze vast dat de klant verzet heeft aangetekend. Hiermee staat aldus geen overtreding vast en kan geen punitieve sanctie worden opgelegd. Dit zou immers in strijd zijn met artikel 6 EVRM.⁴⁹
34. Essent vindt dat een deel van de consumenten wier adresgegevens zij heeft verkregen via de enquête op de website [Vertrouwelijk], heeft verzocht om telefonische communicatie.⁵⁰ Volgens Essent hebben consumenten die de vraag van Essent in de enquête op de website van [Vertrouwelijk] (zie rn. 21) positief hebben beantwoord, gevraagd om de telefonische communicatie. Ook als de consument bij de afrondende vraag negatief zou hebben gerepsondeerd. Bovendien zou Essent het voordeel van de twijfel moeten worden gegeven in de gevallen waarbij de consument de afrondende vraag van de enquête positief zou hebben beantwoord. In dat geval is volgens Essent immers 'toestemming' gegeven door de consument voor de telefonische benadering.

⁴⁵ Zie: Zienswijze Essent, rn. 4.9.

⁴⁶ Zie: Zienswijze Essent, rn. 4.6.

⁴⁷ Zie: Zienswijze Essent, rn. 4.7.

⁴⁸ Zie: Zienswijze Essent, rn. 4.7.

⁴⁹ Zie: Zienswijze Essent, rn. 4.8.

⁵⁰ Zie: Zienswijze Essent, rn. 4.12.

Besluit Openbaar

35. Essent is van mening dat zij in de gelegenheid gesteld dient te worden om na te gaan op welke wijze consumenten hebben gerespondeerd in de enquête op de website [Vertrouwelijk]. Bovendien meende Essent destijds over toestemming van de consument te beschikken via een enquête en was zij in de veronderstelling dat de consument niet ongevraagd werd gebeld. Volgens Essent zou dit op zijn minst boete matigend moeten werken.
36. Essent stelt dat ook de antwoorden in de enquête op de website www.svenenergy.nl gevraagde communicatie oplevert. Essent is aldus van oordeel dat zij de consumenten wier adresgegevens zij heeft verkregen via de enquête op de website www.svenenergy.nl had mogen bellen, zonder voorafgaande ontdebelling met het BMNR.⁵¹
37. Essent beschrijft in randnummers 4.9 en 4.10 van haar zienswijze dat zij achteraf onterecht vertrouwde op de ICT-structuur van Essent en het BMNR, waardoor in periode 2 een belbestand was uitgeleverd aan de callcenters dat met een onvolledig blokkadebestand van het BMNR was ontdebeld. Volgens Essent kon dit vooraf niet worden bedacht en ondervangen door een proces. Aanvullend hierop is Essent van mening dat de manier van downloaden van blokkadebestanden uit het BMNR een dergelijke fout in de hand zou werken.⁵²
38. Essent stelt tot slot dat ACM eerst moet aantonen dat de geconstateerde overtredingen, die feitelijk door de door Essent ingehuurd callcenters zijn begaan, wel aan Essent kunnen worden toegerekend op grond van de toerekeningscriteria in artikel 5:1 Awb juncto artikel 51 Wetboek van Strafrecht.⁵³

7 Juridisch Kader

39. In dit hoofdstuk geeft ACM de relevante wetsartikelen weer uit de Tw over de telemarketingregelgeving en de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) over de bevoegdheden van ACM.

7.1 Ten aanzien van de overtreding en de overtreder

40. Artikel 1.1, aanhef en onderdeel p, Tw luidt:
“abonnee: natuurlijke persoon of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten.”
41. Artikel 1.1, aanhef en onderdeel q, Tw luidt:
“consument: natuurlijke persoon die gebruik maakt van of verzoekt om een openbare elektronische communicatiedienst voor andere dan bedrijfs- of beroepsdoeleinden.”
42. Artikel 11.7, eerste lid, Tw luidt:
“Het gebruik van automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en

⁵¹ Zie: Zienswijze Essent, rn. 4.12.

⁵² Zie: Zienswijze Essent, rn. 4.9.

⁵³ Zie: Zienswijze Essent, rn. 4.4 en 5.2-5.3.

Besluit Openbaar

9/34

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.”

43. Artikel 11.7, vijfde lid, Tw luidt:
“Het gebruik van andere dan de in het eerste lid bedoelde middelen voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden aan abonnees is toegestaan met inachtneming van het bepaalde in het zesde tot en met twaalfde lid, tenzij de abonnee op de in het zesde lid bedoelde wijze dan wel anderszins te kennen heeft gegeven dat hij de ongevraagde communicatie niet wenst te ontvangen.”
44. Artikel 11.7, negende lid, Tw luidt:
“Het is verboden om communicatie als bedoeld in het vijfde lid over te brengen aan een abonnee die door opname van zijn contactgegevens in het register te kennen heeft gegeven deze ongevraagde communicatie niet te willen ontvangen.”
45. Artikel 11.7, tiende lid, Tw luidt:
“Degene die communicatie als bedoeld in het vijfde lid overbrengt, gebruikt voor het overbrengen van ongevraagde communicatie uitsluitend bestanden waaruit de contactgegevens die in het register zijn opgenomen, zijn geblokkeerd of verwijderd.”
46. Artikel 11.7, elfde lid, Tw luidt:
“Het negende en tiende lid zijn niet van toepassing op het overbrengen van communicatie als bedoeld in het vijfde lid voor zover de contactgegevens zijn verkregen in het kader van de verkoop van een product of dienst of in het kader van schenking aan een ideële of charitatieve organisatie en deze worden gebruikt voor het overbrengen van communicatie als bedoeld in het vijfde lid met betrekking tot eigen gelijksoortige producten of diensten of schenkingen aan de ideële of charitatieve organisatie.”
47. Artikel 11.7, twaalfde lid, Tw luidt:
“Tijdens elke overgebrachte communicatie wordt de abonnee, tijdens het gesprek, gewezen op het register, wordt hem de mogelijkheid geboden verzet aan te tekenen tegen het verdere gebruik van zijn elektronische contactgegevens en wordt hem de mogelijkheid geboden tot onmiddellijke opname in het register, bedoeld in het zesde lid. Aan de abonnee worden in dat geval geen kosten in rekening gebracht van voorzieningen waarmee wordt voorkomen dat hem ongevraagde communicatie wordt overgebracht. Artikel 41, tweede lid, van de Wet bescherming persoonsgegevens is van overeenkomstige toepassing.”
48. Artikel 41, tweede lid, van de Wet bescherming persoonsgegevens luidt, voor zover relevant:
“In geval van verzet treft de verantwoordelijke de maatregelen om deze vorm van verwerking terstond te beëindigen. De verantwoordelijke doet aan de betrokkene desgevraagd binnen vier weken opgave van de genomen maatregelen. Indien de kennisgeving niet binnen vier weken kan

Besluit Openbaar

worden gedaan, deelt de verantwoordelijke uiterlijk vier weken na de datum van ontvangst van het verzoek mede binnen welke termijn de kennisgeving wel kan worden gedaan.”

49. Artikel 11.8 Tw, voor zover relevant, luidt:
“De toepassing van de artikelen [...] 11.7, vijfde tot en met twaalfde lid, is beperkt tot abonnees die natuurlijke personen zijn.”
50. Artikel 13, tweede lid, van het Besluit bel-me-niet-register, voor zover relevant, luidt:
“De termijn dat een belbestand dat door een ander dan de beheerder is ontdubbeld, gebruikt kan worden voor het aanbieden van communicatie als bedoeld in artikel 11.7, vijfde lid, van de wet, is vier weken, te rekenen vanaf de datum waarop het bestand, met behulp waarvan het belbestand is ontdubbeld, door de beheerder is verstrekt.”
51. Artikel 5:1 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) luidt als volgt:
*“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.”*
52. Artikel 51, tweede en derde lid, Wetboek van Strafrecht luidt als volgt:
*“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 tezamen.
3. Voor de toepassing van de vorige leden wordt met de rechtspersoon gelijkgesteld: de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.”*

7.2 Ten aanzien van de bevoegdheid

53. Artikel 15.1, derde lid, Tw, voor zover relevant, luidt:
“Met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens andere bepalingen van deze wet dan bedoeld in het eerste en tweede lid en met het toezicht op de naleving van de bepalingen van de roamingverordening zijn belast de bij besluit van de Autoriteit Consument en Markt aangewezen ambtenaren.”⁵⁴
54. Artikel 15.4, vierde lid, Tw, voor zover relevant, luidt:
“De Autoriteit Consument en Markt kan een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 450.000 ter zake van overtreding van de bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde regels, niet

⁵⁴ Zie ook: Besluit organisatie, mandaat, volmacht en machtiging ACM 2013, *Stcrt.* 2013, nr. 9697.

Besluit Openbaar

zijnde regels bedoeld in het tweede lid, alsmede van artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht.”

55. Artikel 5:48, eerste lid, Awb luidt:
“Het bestuursorgaan en de voor de overtreding bevoegde toezichthouder kunnen van de overtreding een rapport opmaken.”
56. Artikel 5:53 Awb luidt:
*“1. Dit artikel is van toepassing indien voor de overtreding een bestuurlijke boete van meer dan € 340 kan worden opgelegd, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.
 2. In afwijking van artikel 5:48 wordt van de overtreding steeds een rapport of proces-verbaal opgemaakt.
 3. In afwijking van afdeling 4.1.2 wordt de overtreder steeds in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen.”*
57. Artikel 5:46, tweede lid, Awb, voor zover relevant, luidt:
“2. Tenzij de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, stemt het bestuursorgaan de bestuurlijke boete af op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.”

8 Overwegingen

8.1 Onderzoek ACM

58. Essent stelt zich in haar zienswijze op het standpunt dat het onderzoek van ACM onzorgvuldig is. Zo geeft Essent aan dat het onderzoek ten onrechte alleen beperkt is gebleven tot schriftelijke informatievorderingen. Ook heeft er in de onderzoeksfase volgens Essent geen hoor en wederhoor plaatsgevonden. Bovendien voert Essent aan dat zij de gegevens op de digitale bijlage bij het onderzoeksrapport niet kan begrijpen noch verifiëren. Daarnaast meent Essent dat ACM onzorgvuldig en in strijd met artikel 6 EVRM heeft gehandeld door geen inzicht te geven in de klachten die hebben geleid tot het onderzoek. Hieromtrent overweegt ACM als volgt.

8.1.1 Wijze van onderzoeken

59. ACM constateert dat het onderzoeksrapport enkel is gebaseerd op schriftelijke informatievorderingen; gedurende het onderzoek is Essent niet mondeling bevestigd. ACM ziet hierin echter, in tegenstelling tot Essent, geen probleem of gebrek. ACM heeft de vrijheid om haar onderzoek in te richten op een wijze die, gelet op de omstandigheden van dat geval, het meest passend is. Hierbij is zij gehouden aan de beginselen van behoorlijk bestuur. Deze beginselen reiken echter niet zo ver dat specifiek voorgeschreven wordt op welke wijze ACM onderzoek dient te verrichten, ofwel welke onderzoeksmethoden zij dient te hanteren om tot een correct onderzoeksrapport te komen. Naar het oordeel van ACM staat het feit dat er geen ‘mondelinge

Besluit Openbaar

12/34

confrontatie' met Essent heeft plaatsgevonden gedurende het onderzoek, de zorgvuldigheid daarvan niet in de weg. Deze zienswijze kan Essent volgens ACM aldus niet baten.

60. Voorts voert Essent aan dat ACM Essent niet heeft gehoord voorafgaand aan het uitbrengen van het onderzoeksrapport. ACM stelt voorop dat zij er niet toe is gehouden om bedrijven gedurende een lopend onderzoek te horen. Er bestaat geen wet- of regelgeving of beginsel van behoorlijk bestuur dat dit voorschrijft.
61. Bovendien merkt ACM op dat zij Essent wel schriftelijk heeft gehoord. Op 14 december 2012 heeft de rapporteur het feitencomplex van het lopende onderzoek aan Essent toegezonden.⁵⁵ Hierop heeft Essent op 17 januari 2013 gereageerd.⁵⁶
62. Pas voordat ACM daadwerkelijk overgaat tot het opleggen van een punitieve sanctie, dient zij Essent op grond van artikel 5:50, eerste lid, Awb in de gelegenheid te stellen om haar zienswijze op het onderzoeksrapport naar voren te brengen. Deze mogelijkheid heeft ACM dan ook aan Essent geboden. Essent heeft hiervan gebruik gemaakt door op 12 december 2013 haar schriftelijke zienswijze kenbaar te maken, deze tijdens een hoorzitting op 19 december 2013 mondeling toe te lichten en haar zienswijze in gewijzigde vorm nogmaals in te dienen op 10 januari 2014 (zie rn. 8 en 9).
63. Naar het oordeel van ACM heeft zij Essent aldus op de momenten dat zij hiertoe gehouden was (en meer), in de gelegenheid gesteld om haar zienswijze schriftelijk dan wel mondeling kenbaar te maken. ACM concludeert dat het onderzoek deugdelijk en zorgvuldig is uitgevoerd en voldoet aan alle eisen die hieraan zijn gesteld. De zienswijze van Essent op dit punt treft naar het oordeel van ACM geen doel.

8.1.2 Data-analyses

64. Ten aanzien van de stelling van Essent dat tabel 2 en 3 in het onderzoeksrapport niet reproduceerbaar zijn merkt ACM op dat in de digitale bijlage bij het onderzoeksrapport voor elke tabel een document is opgeslagen met de titel 'Uitleg herkomst resultaten tabel'. In deze documenten is per tabel stapsgewijs opgenomen hoe ieder getal in die tabel tot stand is gekomen. Ook zijn in voornoemde digitale bijlage alle bestanden opgenomen die zijn gebruikt voor de ontduubelingen door ACM die hebben geleid tot de getallen in de tabellen. De ontduubelingen zelf zijn tot slot ook opgenomen in deze digitale bijlage. Met voornoemde uitleg, de relevante bestanden en de daadwerkelijke ontduubelingen, zijn tabel 2 en 3 en de daaraan ten grondslag liggende data-analyses voor ACM begrijpelijk en vrijwel⁵⁷ volledig te reproduceren. Hierbij merkt zij nog het volgende op.

⁵⁵ Zie: Onderzoeksrapport, rn. 20. Zie ook: Dossiernummer 21.

⁵⁶ Zie: Onderzoeksrapport, rn. 20. Zie ook: Dossiernummer 22.

⁵⁷ In tabel 2 en 3 heeft ACM een telfout geconstateerd. Ten aanzien van de uitkomst van het aantal prospects met datum begin bellen 01-02-2010 in tabel 2 (in de uitleg van deze tabel aangeduid als getal met uitlegnummer 2) is een telfout van 1 geslopen. In dit belbestand zaten geen 3.586 prospects, maar 3.585. Hetzelfde geldt voor het aantal

Besluit Openbaar

65. ACM heeft geconstateerd dat bij de uitleg van tabel 2 op de digitale bijlage bij het onderzoeksrapport onbedoeld een passage is weggefallen. Deze passage is wel opgenomen bij de uitleg van tabel 3. Het betreft de volgende passage: *“Query’s “beginbellen01022010” en “beginbellen01032010” in Bestand “BMNR in belbestanden leads Essent” geëxporteerd naar Excel -> niet-gebelde telefoonnummers verwijderd, resulteert in bestanden “beginbellen01022010 gebeld” en “beginbellen01032010 gebeld” -> geïmporteerd in Access.”* Voornoemde passage beschrijft hoe de rapporteur aan de bestanden “beginbellen01022010” en “beginbellen01032010” is gekomen. Dit zijn immers geen bestanden die Essent aan ACM heeft toegezonden, maar bestanden waar een bepaalde (door de rapporteur uitgevoerde) bewerking aan ten grondslag heeft gelegen. Deze uitleg is van toepassing op zowel tabel 2 als tabel 3. ACM is van oordeel dat deze omissie niet tot onzorgvuldig onderzoek heeft geleid.
66. Uit de belbestanden die Essent aan ACM heeft aangeleverd blijkt dat sommige telefoonnummers meerdere malen voorkomen. Om dubbelingen te voorkomen zijn alle bestanden waarin telefoonnummers mogelijk meerdere malen waren opgenomen (ook wel: duplicaten) bekeken. Alle duplicaten in die bestanden zijn verwijderd.⁵⁸ Dit is ook in het onderzoeksrapport beschreven.⁵⁹
67. ACM concludeert dat de data-analyses in tabel 2 en 3 van het onderzoeksrapport begrijpelijk en te verifiëren zijn. Derhalve is dit voldoende basis voor het vaststellen van een overtreding.

8.1.3 Klachten

68. Ten aanzien van de vraag of ACM aan Essent inzicht had moeten bieden in de ontvangen klachten, merkt ACM op dat de klachten uitsluitend aanleiding zijn geweest voor het starten van het onderzoek.⁶⁰ De klachten zijn niet als bewijs gebruikt om vast te kunnen stellen of sprake is van een overtreding. Op grond van het Boetebeleid⁶¹ van ACM spelen de klachten bovendien geen rol in de bepaling van de hoogte van een eventueel op te leggen sanctie.
69. Nu de klachten niet als bewijsmiddel zijn gebruikt voor het onderzoeksrapport, behoren deze (geanonimiseerde) klachten niet tot de stukken die ten grondslag liggen aan de besluitvorming over de vaststelling van de overtreding.⁶² Weigering tot inzage van de klachten kan dan ook niet worden gezien als weigering tot inzage in de stukken die hebben geleid tot het vaststellen van de

dubbelingen in de kolom met de datum begin_bellen van 01-02-2010 in tabel 3 (in de uitleg van deze tabel aangeduid als getal met uitlegnummer 1). In dit belbestand zijn geen 3.373 dubbelingen geconstateerd, maar 3.374. Deze telfouten hebben echter geen invloed op het aantal geconstateerde overtredingen en worden derhalve verder buiten beschouwing gelaten in het onderhavige besluit.

⁵⁸ Dit is bijvoorbeeld te doen door de bestanden vanuit het computerprogramma Acces te exporteren naar Excel. In Excel zijn de telefoonnummers die meerdere keren in het bestand voorkomen verwijderd. De resultaten hiervan zijn vervolgens weer te importeren in Access. Omdat in Excel de titels boven een kolom ook een cijfer krijgen, moet de uitkomsten in Excel minus 1 worden overgenomen in Access.

⁵⁹ Zie: Onderzoeksrapport, voetnoot 60.

⁶⁰ Zie: Onderzoeksrapport, rn. 13-14.

⁶¹ Zie: *Stcrt.* 2013, nr. 11214.

⁶² Zie: Rb Rotterdam 6 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY5391, r.o. 7.3. Zie ook: Rb. Rotterdam 30 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:9079, r.o. 5.2.

Besluit Openbaar

overtreding, waartoe ACM op grond van artikel 6 EVRM verplicht is. Essent wordt niet in haar verdediging gehinderd als inzage in de klachten niet wordt verstrekt. ACM ziet overigens geen reden Essent volledige inzage in de klachten te gunnen.

70. Daarnaast kan ACM, door geen inzicht te bieden in de door haar ontvangen klachten, de anonimiteit van de klagers waarborgen. Door openbaarmaking van de identiteit van klager(s) kunnen in toekomstige gevallen vergelijkbare onderzoeken worden gehinderd. Klagers zullen immers minder geneigd zijn zich te melden indien daarbij het risico wordt gelopen dat hun identiteit bekend wordt gemaakt aan (potentiële) overtreders. Achterliggende gedachte is hierbij ook dat bedrijven een eigen verantwoordelijkheid hebben ten aanzien van het verzamelen en afhandelen van klachten.

8.1.4 Conclusie ten aanzien van het onderzoek van ACM

71. Gelet op het voorgaande is ACM van oordeel dat haar onderzoek zorgvuldig is uitgevoerd. De digitale bijlagen bij het onderzoeksrapport zijn te begrijpen en te verifiëren. Ook het niet bieden van inzage in de klachten die aanleiding zijn geweest voor het starten van het onderzoek is naar het oordeel van ACM niet onzorgvuldig. Concluderend staat de handelwijze van ACM ten tijde van het onderzoek het nemen van onderhavig besluit niet in de weg.

8.2 Overtredingen

8.2.1 Duidelijkheid norm

72. De norm van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw is duidelijk. Artikel 11.7, vijfde lid, Tw staat ongevraagde communicatie voor de daar genoemde doelen toe met inachtneming van het bepaalde in het zesde tot en met het twaalfde lid. Artikel 11.7, tiende lid, Tw behelst een gebod om belbestanden te ontdebellen met het BMNR en artikel 11.7, negende lid, Tw behelst een verbod op het bellen van abonnees die staan ingeschreven in het BMNR. Het niet of niet juist ontdebellen van belbestanden met het BMNR en het ongevraagd bellen van abonnees die staan ingeschreven in het BMNR zijn daarmee eigenstandige overtredingen van het bepaalde in artikel 11.7, negende onderscheidenlijk het tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw.
73. De gewijzigde Telecommunicatiewet is in werking getreden op 1 oktober 2009. Bij de wijziging is de invoering van het BMNR in artikel 11.7 Tw opgenomen. Voorafgaand aan de inwerkingtreding van de gewijzigde Telecommunicatiewet zijn de gevolgen ervan voor onder meer de telemarketingbranche uitgebreid door ACM en het voor het telecommunicatiebeleid verantwoordelijke Ministerie van Economische zaken voor het voetlicht gebracht. Zo is de nieuwe wetgeving via haar website belicht in brochures,⁶³ brieven,⁶⁴ persberichten⁶⁵ en dergelijke. Verder werden en worden door ACM ook

⁶³ Zie: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/9819/Nieuwe-regels-telemarketing/>, gepubliceerd op 23 juni 2009.

⁶⁴ Zie: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/9929/Brief-aan-leveranciers-van-belbestanden-over-telemarketingregels/>, gepubliceerd op 12 december 2009.

⁶⁵ Zie o.a.: <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/9783/Nieuwe-regels-voor-telemarketing/>, gepubliceerd op 9 april 2009.

Besluit Openbaar

concrete vragen beantwoord (via het e-mailadres telemarketing@opta.nl) en voorlichting gegeven op bijeenkomsten van de branche.

74. Kortom, er is veel, zo niet alles, aan gedaan om de betrokken branche de gelegenheid te geven zich gedegen voor te bereiden op het nieuwe regime en de nodige maatregelen te treffen om aan de wettelijke eisen te voldoen. Bedrijven worden bovendien geacht de wet te kennen en zich hieraan te houden. Verdere verduidelijking door ACM is hiervoor niet noodzakelijk.

8.2.2 Overtreding van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw

75. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat Essent belbestanden aan ACM heeft toegezonden die volgens Essent in periode 1 zijn ingezet voor campagnes die enkel gericht zijn op (oud-)klanten, te weten de Happy Call-campagne, de Heimweecampagne en de Pilot Greenfield-campagne.⁶⁶ Nu het bellen naar (oud-)klanten op grond van artikel 11.7, elfde lid, Tw onder voorwaarden⁶⁷ is uitgezonderd van de telemarketingregels, heeft ACM deze belbestanden in haar onderzoek buiten beschouwing gelaten bij de vraag of artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw is overtreden.
76. Verder blijkt uit het onderzoeksrapport dat het belbestand dat door het externe callcenter [Vertrouwelijk] namens Essent is ingezet in periode 1, alleen contactgegevens bevat van natuurlijke personen die hebben gevraagd om de telefonische communicatie door of namens Essent.⁶⁸ Nu het bellen naar abonnees die hebben gevraagd om telefonische communicatie met inachtneming van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw is toegestaan, heeft ACM ook dit belbestand in haar onderzoek buiten beschouwing gelaten.
77. Bijgevolg heeft ACM uitsluitend de overige door Essent aangeleverde belbestanden bekeken. Het betreft (i) de twee belbestanden die in periode 1 zijn ingezet voor de Leadscampagne, en (ii) het belbestand dat in periode 2 door Essent is ingezet. Alvorens in paragraaf 8.2.4 en 8.2.5 specifiek op deze belbestanden in te gaan, overweegt ACM ten aanzien van beide (categorieën van) belbestanden het volgende.

8.2.2.1 Samenhang tussen de leden 9 en 10 van artikel 11.7 Tw

78. Op grond van artikel 11.7, negende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw is het verboden om ongevraagde communicatie over te brengen aan abonnees die door middel van een inschrijving in het BMNR te kennen hebben gegeven deze ongevraagde communicatie niet te willen ontvangen. Artikel 11.7, tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw stelt dat voor het overbrengen van ongevraagde communicatie uitsluitend gebruik gemaakt mag worden van bestanden waaruit de contactgegevens die in het BMNR zijn opgenomen, zijn geblokkeerd of verwijderd (ook wel: ontdubbeld).

⁶⁶ Zie: Onderzoeksrapport, rn. 28.

⁶⁷ Een adverteerder mag zijn (oud-)klanten alleen telefonisch benaderen voor eigen, soortgelijke producten of diensten.

⁶⁸ Zie: Onderzoeksrapport, rn. 119.

Besluit Openbaar

79. Uit de wetsgeschiedenis komt naar voren dat er een samenhang is in artikel 11.7 Tw tussen het verbod van het negende lid om kort gezegd abonnees die ingeschreven staan in het BMNR ongevraagd te bellen en de verplichting van het tiende lid om hierbij alleen bestanden te gebruiken die zijn ontdubbeld met het BMNR. Het tiende lid is een speciaal gebod dat het verbod van het negende lid aanvult en dat de handhaafbaarheid van het negende lid verbetert.⁶⁹ In de praktijk zal een organisatie die via telemarketing abonnees wil benaderen, kort gezegd, eerst zijn belbestanden dienen te ontdubbelen met het BMNR voordat dit bedrijf of deze organisatie abonnees ongevraagd gaat bellen.
80. Voornoemde samenhang tussen artikel 11.7, negende lid, Tw en artikel 11.7, tiende lid, Tw neemt echter niet weg dat beide leden van artikel 11.7 Tw een afzonderlijk te overtreden verbod, respectievelijk gebod bevatten. Beide bepalingen kunnen derhalve los van elkaar worden overtreden. Desalniettemin behandelt ACM de beide artikelleden, gelet op het voorgaande, hierna gezamenlijk.

8.2.2.2 Doel van de telemarketinggesprekken

81. Er kan geen twijfel over bestaan dat de telemarketinggesprekken van Essent een commercieel doel hadden. De bedoeling van de gesprekken die door of namens Essent werden gevoerd was immers nieuwe klanten te werven voor Essent.⁷⁰

8.2.2.3 De benaderde consumenten zijn als natuurlijke persoon abonnee

82. Door registratie van een telefoonnummer in het BMNR mag geen ongevraagde communicatie meer worden overgebracht aan het betreffende telefoonnummer, waardoor de abonnee en eventuele gebruikers van het telefoonnummer gevrijwaard blijven van telemarketinggesprekken.⁷¹ Hierbij is slechts van belang of een in het BMNR geregistreerd nummer is gebeld, en niet wie er daadwerkelijk via dit nummer wordt bereikt.⁷² Voor het overbrengen van communicatie aan een abonnee is bovendien niet vereist dat daadwerkelijk is gesproken met de abonnee.⁷³ Wanneer wordt gebeld met het nummer dat aan de abonnee is uitgegeven, kan redelijkerwijs worden geoordeeld dat dit ook daadwerkelijk geschiedt om communicatie over te brengen aan de abonnee.
83. De wetgever heeft expliciet overwogen dat ACM de telemarketingwetgeving kan handhaven door de belbestanden van bedrijven te vergelijken met het BMNR. Niet is vereist om aan te tonen dat alle nummers uit de door ACM onderzochte belbestanden daadwerkelijk zijn gebeld. Ook is niet noodzakelijk om van ieder afzonderlijk telefoonnummer vast te stellen op welk moment dit gebeld

⁶⁹ Zie: *Kamerstukken II* 2007/08, 30 661, nr. 8, p. 13.

⁷⁰ Zie bijvoorbeeld: Dossiernummer 8, bijlage 2, p. 5.

⁷¹ Zie: *Kamerstukken II* 2007/2008, 32 549, nr. 3, p. 77.

⁷² Zie: *Kamerstukken II* 2007/2008, 30661, nr. 8, p.7 en p.12. Zie ook: Rb. Rotterdam, 6 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BY5391, r.o. 7.3.

⁷³ Zie: Rb. Rotterdam 14 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9426, r.o. 3.3.1.

Besluit Openbaar

is.⁷⁴ Er is reeds sprake van een overtreding indien bij het uitoefenen van telemarketingactiviteiten gebruik wordt gemaakt van een belbestand dat niet (of niet volledig) ontdubbeld is met het BMNR.⁷⁵

84. Gelet op het voorgaande is het naar het oordeel van ACM onnodig om voor de vaststelling van een overtreding van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw onderzoek te doen naar de abonneestatus van de gebelde consumenten.
85. Ten aanzien van de vraag of de ten onrechte door Essent gebelde telefoonnummers louter toebehoren aan natuurlijke personen, overweegt ACM ten eerste dat Essent heeft verklaard dat de belbestanden die in periode 1 zijn ingezet voor de Leads campagne slechts bestaan uit contactgegevens van natuurlijke personen (en niet van rechtspersonen).⁷⁶
86. Ook acht ACM het aannemelijk dat de belbestanden die Essent heeft ingezet in periode 2 bestaan uit contactgegevens van natuurlijke personen. Essent geeft aan dat een deel van dit belbestand mogelijk bestaat uit contactgegevens van MKB. Essent achtte ontdubbeling van het belbestand desalniettemin noodzakelijk. ACM acht het mede daarom onwaarschijnlijk dat de belbestanden van Essent in het geheel geen contactgegevens bevatten van natuurlijke personen.
87. ACM merkt in dit kader op dat 'het MKB' bestaat uit zowel natuurlijke personen als rechtspersonen. Daarnaast merkt ACM op dat op grond van artikel 11.8 Tw alleen natuurlijke personen zich in het BMNR kunnen inschrijven.⁷⁷ ACM heeft geen redenen om aan te nemen dat er in het BMNR ook abonnees staan ingeschreven die geen natuurlijke persoon, maar rechtspersoon zijn. Volgens ACM is het, mede gelet op de omvang van de gebruikte belbestanden in periode 2, buiten redelijke twijfel dat Essent in periode 2 in ieder geval ook heeft gebeld met natuurlijke personen. Voor ACM staat hiermee voldoende vast dat de door of namens Essent gebelde abonnees die in het BMNR stonden ingeschreven natuurlijke personen zijn.

8.2.2.4 Belbestanden in periode 1

Gebruiken van niet ontdubbelde belbestanden

88. Essent heeft uit eigen beweging verklaard dat zij de adresgegevens die zij via de website van [Vertrouwelijk] voor de Leads campagne heeft verkregen, niet heeft ontdubbeld met het BMNR.⁷⁸ ACM ziet dit terug in tabel 2 van het onderzoeksrapport, waarin het aantal telefoonnummers is vermeld dat zowel in het BMNR stond ingeschreven als in de gebruikte belbestanden van Essent stond.

⁷⁴ Zie: *Kamerstukken II* 2007/08, 30 661, nr. 8, p. 7.

⁷⁵ Zie: Rb. Rotterdam, 14 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BY9426, r.o. 3.3.3. En zie Rb. Rotterdam, 30 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:9079, r.o. 3.3.

⁷⁶ Zie: Dossiernummer 14, onder 4.

⁷⁷ Vgl ook: Rb. Rotterdam, 30 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:9079.

⁷⁸ Zie: Dossiernummer 15, bijlage 5. Zie ook: Dossiernummer 22, p. 6, rn. 25.

Besluit Openbaar

89. De adresgegevens die Essent heeft ingekocht bij derden voor de Leads campagne heeft zij naar eigen zeggen wel ontdebeld met het BMNR.⁷⁹ Uit het onderzoeksrapport blijkt echter dat ook een deel van de ingekochte telefoonnummers dat zich in de belbestanden van Essent bevond, in het BMNR stond ingeschreven.⁸⁰ Van een correcte ontdebelding van de ingekochte adresgegevens met het BMNR, kan aldus geen sprake zijn geweest.
90. Naar het oordeel van ACM staat hiermee voldoende vast dat Essent beide belbestanden die zij in het kader van de leads campagne in periode 1 heeft ingezet niet (correct) heeft ontdebeld met het BMNR.
91. Verder heeft Essent verklaard dat zij de niet ontdebeldde belbestanden van de Leads campagne gedurende periode 1 beide heeft gebruikt.⁸¹ Ook dit is terug te zien in de door Essent aan ACM aangeleverde belbestanden.⁸²
92. In haar zienswijze geeft Essent aan dat ACM in haar data-analyse omtrent het ontdebelden van de belbestanden van Essent met het BMNR ten onrechte uitgaat van de variabelen 'begin_bellen' en 'eind_bellen'. Volgens de rapporteur geven deze variabelen de begindatum en laatste datum aan waarop het belbestand is gebruikt. Op basis van de variabele 'begin_bellen' heeft de rapporteur bepaald met welk blokkadebestand van het BMNR het belbestand van Essent moest worden vergeleken. Essent geeft aan dat dit niet correct is. Voornoemde variabelen houden volgens Essent verband met de facturatie van een eventueel af te nemen product of dienst van Essent. Tegelijkertijd geeft Essent aan dat de variabele 'begin_bellen' aangeeft dat er vanaf die datum is gestart met bellen.⁸³ Ten aanzien van de variabele 'eind_bellen' geeft Essent aan dat dit niet noodzakelijkerwijs de laatste dag aangeeft waarop consumenten door Essent telefonisch zijn benaderd.
93. Naar het oordeel van ACM heeft de rapporteur alle belbestanden bij Essent opgevraagd die zij heeft gebruikt in de periode 1 januari 2010 tot 1 mei 2010. In deze belbestanden is bij ieder gebeld en bereikt telefoonnummer aangegeven op welke datum Essent contact heeft gehad met de consument. Hierin ziet ACM bevestigd dat de consumenten in het belbestand ook daadwerkelijk zijn gebeld vanaf 1 januari 2010.
94. Dat de variabele 'begin_bellen' door de rapporteur in het onderzoeksrapport is opgenomen, nog los van de specifieke betekenis hiervan (facturatie, dan wel startdatum van bellen), maakt niet dat haar data-analyse daarmee ondeugdelijk is geweest. De telefoonnummers van consumenten die zich in de belbestanden van Essent bevonden en door haar zijn gebeld, stonden volgens de administratie

⁷⁹ Zie: Dossiernummer 15, bijlage 5. Zie ook: Dossiernummer 22, p. 6, rn. 25.

⁸⁰ Zie: Onderzoeksrapport, tabel 2 en digitale bijlagen.

⁸¹ Zie: Dossiernummer 8, p.2 en bijlage 2. Zie ook: Dossiernummer 14, bijlage 1.

⁸² Zie: Dossiernummer 8, digitale bijlage.

⁸³ Zie: Verslag hoorzitting, p. 9 en 10.

Besluit Openbaar

van Essent immers al langer dan vier weken in het BMNR ingeschreven.⁸⁴ Zij hadden aldus niet door Essent gebeld mogen worden.

95. Uit de door Essent aangeleverde belbestanden constateert ACM dat alle consumenten zijn gebeld vanaf 1 januari 2010. Echter ziet ACM ook dat een aantal telefoonnummers zijn gebeld ná 1 mei 2010. De zienswijze van Essent ten aanzien van de variabele 'eind_bellen' acht ACM aldus terecht. Uit de belbestanden van Essent blijkt dat in totaal 248 consumenten zijn gebeld na de onderzoeksperiode (na 1 mei 2010).⁸⁵ Uit tabel 3 van het onderzoeksrapport blijkt dat 12 van deze telefoongesprekken ten onrechte door de rapporteur in de onderzoeksperiode zijn aangemerkt als overtreding.⁸⁶ ACM merkt de telefoongesprekken die Essent heeft gevoerd met deze consumenten niet aan als overtreding en brengt dit aantal aldus in mindering op het totaal aantal overtredingen dat door de rapporteur is geconstateerd.
96. Voorts vraagt Essent zich in haar zienswijze af met welk blokkadebestand van het BMNR ACM de belbestanden van Essent heeft ontdubbeld. Met name is Essent benieuwd wanneer ACM deze belbestanden heeft gedownload van het BMNR. Essent heeft het vermoeden dat dit op een later moment heeft plaatsgevonden. In dat geval zou de data-analyse van ACM incorrect zijn, nu het BMNR geen archief functie heeft en er zo mogelijk meer consumenten in de blokkadebestanden stonden dan ten tijde van de start van het bellen het geval was.
97. Tijdens de hoorzitting heeft de rapporteur desgevraagd aangegeven dat zij blokkadebestanden van het BMNR op een zelfde wijze downloadt als adverteerders. Dit doet zij wekelijks.⁸⁷ De belbestanden waarmee de rapporteur de belbestanden van Essent heeft vergeleken, zijn weergegeven in tabel 1 in het onderzoeksrapport. Deze belbestanden zijn aldus gedownload in de week dat het blokkadebestand door het BMNR werd uitgegeven. Het kan hierdoor niet zo zijn dat er in de blokkadebestanden die ACM voor haar data-analyse heeft gebruikt meer telefoonnummers stonden, dan ten tijde van de overtreding het geval was. ACM ziet hierin aldus geen reden om de data-analyse als niet correct te bezien.

Communicatie overbrengen

98. In de twee gebruikte belbestanden is bovendien door Essent aangegeven welke telefoonnummers daadwerkelijk door of namens haar zijn gebeld.⁸⁸ Per telefoonnummer is aangegeven wat het resultaat van het desbetreffende gesprek met de consument is geweest. Hiermee staat voor ACM met voldoende zekerheid vast dat Essent communicatie heeft overgebracht aan consumenten.

⁸⁴ Zie: Onderzoeksrapport, tabel 1 en digitale bijlage.

⁸⁵ Het betreft 236 consumenten in belbestand '01022010' en 12 consumenten in belbestand '01032010'.

⁸⁶ Het betreft 12 consumenten in belbestand '01022010' en 0 consumenten in belbestand '01032010'.

⁸⁷ Zie: Verslag hoorzitting, p. 14.

⁸⁸ Zie: Dossiernummer 8, bijlage 2. Zie ook: Dossiernummer 14, bijlage 1.

Besluit Openbaar

99. Een aantal telefoonnummers van consumenten uit de belbestanden is niet door of namens Essent gebeld. In sommige gevallen heeft Essent een belpoging ondernomen, maar is de consument niet bereikt. In het onderzoeksrapport zijn al deze telefoonnummers buiten beschouwing gebleven.⁸⁹
100. Essent betwist overigens niet dat zij in periode 1 twee belbestanden heeft gebruikt die niet zijn ontdebeld met het BMNR en dat hierdoor consumenten zijn gebeld die stonden ingeschreven in het BMNR.

Klantrelatie

101. Essent heeft verklaard dat er in de twee belbestanden die Essent gebruikte voor de Leads campagne geen telefoonnummers stonden van consumenten die klant zijn van Essent of dat in de afgelopen twee jaar zijn geweest.⁹⁰ Volgens Essent stonden er in deze gebruikte belbestanden wel telefoonnummers van consumenten die langer dan twee jaar voorafgaand aan het belmoment klant zijn geweest van Essent.⁹¹
102. De telefoonnummers van (oud-)klanten hoeft Essent op grond van artikel 11.7, elfde lid, Tw niet met het BMNR te ontdebelen, alvorens telefonische communicatie over te brengen. ACM heeft de telemarketinggesprekken die zij heeft gevoerd met deze consumenten dan ook niet als overtreding aangemerkt in haar onderzoeksrapport. Uit tabel 3 van het onderzoeksrapport blijkt dat Essent in totaal 2.746 consumenten heeft benaderd die geen klant van Essent waren, of dat in het verleden (langer, dan wel korter dan twee jaar voorafgaand aan het belmoment) zijn geweest. Gelet op rn. 95 brengt ACM hierop 12 consumenten in mindering. Deze consumenten zijn immers pas na de onderzoeksperiode door Essent benaderd en kunnen aldus niet in deze onderzoeksperiode worden meegenomen. Het totaal aantal benaderde consumenten in de onderzoeksperiode komt hiermee neer op 2.734.
103. In haar zienswijze voert Essent aan dat ACM in haar onderzoeksrapport ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de mogelijkheid dat zij voor de Leads campagne in periode 1 ook naar consumenten heeft gebeld die langer dan twee jaar voorafgaand aan dat moment klant zijn geweest bij Essent.⁹²
104. ACM kan deze stelling gelet op het voorgaande niet plaatsen. ACM heeft immers, op basis van de reactie van Essent op het onderzoeksrapport,⁹³ een specifieke aanvullende informatievordering⁹⁴ aan Essent doen toekomen waarin expliciet werd gevraagd naar de telefoonnummers van de consumenten die langer dan twee jaar voorafgaand aan het belmoment klant zijn geweest bij Essent. Essent heeft hierop gereageerd.⁹⁵ Deze telefoonnummers zijn door de rapporteur vergeleken met het

⁸⁹ Zie: Onderzoeksrapport, rn. 87 en tabel 3.

⁹⁰ Zie: Dossiernummer 22, p. 5, rn. 23.

⁹¹ Zie: Onderzoeksrapport, rn. 108-110 en tabel 3. Zie ook: Dossiernummer 22, digitale bijlage.

⁹² Zie: Zienswijze Essent, rn. 4.7.

⁹³ Zie: Dossiernummer 22.

⁹⁴ Zie: Dossiernummer 23.

⁹⁵ Zie: Dossiernummer 24.

Besluit Openbaar

aantal geconstateerde dubbelingen om er aldus voor te zorgen dat deze gebelde telefoonnummers niet als overtredingen werden aangemerkt. ACM heeft de telemarketinggesprekken die Essent heeft gevoerd met haar oud-klanten dan ook niet als overtredingen aangemerkt.

105. Voorts geeft Essent in haar zienswijze - zonder enige onderbouwing - aan dat zij mogelijk niet 100% sluitende informatie heeft aangeleverd bij de beantwoording van een informatieverzoek van ACM.⁹⁶ Hierbij doelt zij onder andere op de aangeleverde telefoonnummers van consumenten die langer dan twee jaar voorafgaand aan het belmoment klant zouden zijn geweest van Essent.⁹⁷ Essent weet aldus niet met volledige zekerheid te zeggen welke consumenten langer dan twee jaar voorafgaand aan het belmoment klant zijn geweest bij haar.
106. Naar het oordeel van ACM komt bovenstaande onzekerheid voor rekening van Essent. ACM heeft meermaals gegevens bij Essent opgevraagd om aldus op een zorgvuldige wijze onderzoek te doen. Essent heeft hier, zonder enig voorbehoud, op geantwoord. ACM mocht aldus uitgaan van de juistheid van de door Essent aangeleverde informatie omtrent het aantal (oud-)klanten. Nu Essent geen enkele onderbouwing levert voor de nu door haar naar voren gebrachte stellingen, gaat ACM ervan uit dat het onderzoeksrapport is gebaseerd op een correct aantal (oud-)klanten. Zelfs indien het aantal oud-klanten hoger zou zijn, dan nog blijft er genoeg bewijs over voor de vaststelling dat er ongewenste telefoongesprekken hebben plaatsgevonden.
107. Essent heeft immers aangegeven⁹⁸ dat de accuratesse van haar administratie- en ontdebellingssysteem (door Essent aangeduid als de 'wasstraat') op [Vertrouwelijk]% ligt.⁹⁹ Zelfs als Essent foutieve informatie heeft aangeleverd, zou dit derhalve maximaal [Vertrouwelijk]% van de aangeleverde data behelzen. Naar het oordeel van ACM is dit, nog los van het voorgaande, onvoldoende reden zijn om te oordelen dat de data-analyses in het onderzoeksrapport onjuist zouden zijn.

Ongevraagde communicatie

108. In haar zienswijze betoogt Essent dat de consumenten, wier contactgegevens Essent heeft verkregen via enquêtes op de website van [Vertrouwelijk] en www.svenenergy.nl, hebben gevraagd om telefonische benadering. Essent zou deze consumenten dus mogen bellen, zonder dat voorafgaande ontdebelling noodzakelijk was.
109. ACM overweegt in dit kader dat het alleen in die gevallen niet nodig is om het BMNR te raadplegen, als een consument heeft gevraagd om de telefonische communicatie.¹⁰⁰ Van gevraagde

⁹⁶ Zie: Zienswijze Essent, rn. 4.7.

⁹⁷ Zie: Dossiernummer 24, digitale bijlage.

⁹⁸ Zie: Dossiernummer 24, p. 4.

⁹⁹ Dit betekent dat het systeem in sommige gevallen ([Vertrouwelijk]%) geen correcte match kan maken vanwege onjuist aangeleverde data (zoals bijvoorbeeld foutieve naam of onjuiste postcode en huisnummer) waardoor er mogelijk (oud-)klanten in de belbestanden van de Leadscampagne terecht zouden kunnen komen.

¹⁰⁰ Een aparte wettelijke uitzondering (zoals het verkrijgen van 'toestemming' bij het spamverbod zoals neergelegd in artikel 11.7, eerste lid, Tw) is bij de telemarketingregels niet van toepassing.

Besluit Openbaar

communicatie is pas sprake als een abonnee uitdrukkelijk en ondubbelzinnig verzoekt om telefonische communicatie. De abonnee moet aldus op eigen initiatief daadwerkelijk en met zoveel woorden om de communicatie gevraagd hebben. Een andere uitleg van deze regels zou op ontoelaatbare wijze afbreuk doen aan de door de wetgever beoogde¹⁰¹ daadwerkelijke en effectieve opt-out-mogelijkheid voor telemarketing via inschrijving in het BMNR.¹⁰² ACM benadrukt hierbij dat een verzoek van een abonnee naar zijn aard een handelen van degene wie het betreft behelst en dus per definitie niet impliciet of stilzwijgend kan geschieden.

110. De term 'gevraagde communicatie' kan volgens ACM niet te lichtzinnig worden gebruikt, aangezien dit indruist tegen de doelstellingen van het BMNR. Gevraagde communicatie ziet op de situatie waarin een consument zelf bijvoorbeeld een offerte of informatie opvraagt. ACM benadrukt dat het onvoldoende is om toestemming te ontvangen van consumenten die in het BMNR staan ingeschreven. Daarmee heeft de consument immers niet uitdrukkelijk en ondubbelzinnig verzocht om de communicatie.¹⁰³
111. Het accepteren van algemeen gestelde voorwaarden bij een prijsvraag, spelletje of enquête of het in algemene zin instemmen om telefonisch benaderd te worden voor commerciële doelen is in ieder geval onvoldoende om te kunnen spreken van gevraagde communicatie. En dat is ook logisch: de abonnee weet dan niet wat hij kan verwachten, zodat hij ook niet kan bepalen of hij de communicatie wenst te ontvangen. Niet voor niets heeft de wetgever bij de toelichting op het begrip toestemming overwogen dat deze niet met een verwijzing naar de algemene voorwaarden verkregen kan worden. Als op deze wijze geen toestemming kan worden verkregen, dan kan er al helemaal geen sprake zijn van gevraagde communicatie.¹⁰⁴
112. Specifiek ten aanzien van de enquête op www.svenenergy.nl constateert ACM dat geen van de telefoonnummers die in het BMNR stonden ingeschreven en door Essent zijn gebeld in het kader van de Leads campagne, zijn verkregen via de website www.svenenergy.nl. ACM komt derhalve niet toe aan de vraag of de enquête op de website www.svenenergy.nl al dan niet gevraagde communicatie opleverde.
113. Ten aanzien van de enquête op de website van [Vertrouwelijk] overweegt ACM als volgt. Om de enquête van [Vertrouwelijk] te kunnen doorlopen, moesten consumenten de afrondende vraag aanvinken (zie rn. 21). Met deze afrondende vraag gingen consumenten akkoord met de algemeen gestelde 'deelnamevoorwaarden' en het 'privacy statement'. Ook stemden zij in algemene zin in met telefonische benadering door een lange lijst 'deelnemende bedrijven', waaronder Essent. Volgens ACM hebben consumenten hiermee niet *gevraagd* om telefonische benadering door Essent. De afrondende vraag van de enquête van [Vertrouwelijk] was in het geheel niet uitdrukkelijk en ondubbelzinnig te noemen: consumenten wisten niet wat zij van wie konden verwachten.

¹⁰¹ Zie: *Kamerstukken II*, 30 661, nr. 8, p. 7.

¹⁰² Zie: Rb. Rotterdam 30 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:9079, r.o. 4.3.

¹⁰³ Zie: Rb Rotterdam 21 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ4032, r.o. 6.3.

¹⁰⁴ *Kamerstukken II* 2002/2003, 28 851, nr. 3, p. 152-153.

Besluit

Openbaar

114. Essent ontving alle contactgegevens van consumenten die de enquête van [Vertrouwelijk] hadden doorlopen. Al deze consumenten werden door Essent telefonisch benaderd met een commercieel aanbod. Hierbij deed het blijkbaar niet ter zake welk antwoord de consumenten eerder in de enquête hadden gegeven op de vraag van Essent. Ook als de consument 'nee' had geantwoord op de vraag van Essent in de enquête, werd hij gebeld door Essent.¹⁰⁵ ACM benadrukt dat deze wijze van adresvergaring, waarbij bedrijven bepaalde vragen in een enquête opnemen, maar vervolgens geen gevolg geven aan de door de consument geuite wens, niet correct is.
115. Essent geeft in haar zienswijze aan dat een aantal consumenten mogelijk positief heeft geantwoord op de vraag van Essent in de enquête (zie rn. 21) en dat op basis van deze vraag al gevraagde communicatie tot stand zou zijn gekomen. Volgens haar is de overtreding dan ook aanzienlijk kleiner dan in het onderzoeksrapport wordt geschetst.
116. ACM is het met Essent eens dat de vraag van Essent in de enquête van [Vertrouwelijk] op zichzelf uitdrukkelijk en ondubbelzinnig is (in tegenstelling tot de afrondende vraag). De consument kan hieruit immers herleiden wie hem op welke wijze zal benaderen en waarover het gesprek zal gaan.
117. Ook erkent ACM in dit kader dat de mogelijkheid bestaat dat een aantal consumenten positief hebben gerespondeerd op de vraag van Essent. In dat geval zouden zij gebeld mogen worden door Essent. De werkwijze van Essent bestond er echter uit dat zij alle consumenten die de enquête afrondden (en aldus een vinkje hebben gezet bij de afrondende vraag) aan haar belbestanden toevoegde. Ongeacht hoe zij de vraag van Essent hebben beantwoord. Volgens ACM staat met voldoende zekerheid vast dat Essent met deze werkwijze in strijd heeft gehandeld met artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw.

Conclusie ten aanzien van de belbestanden in periode 1

118. Het aanvinken van de afrondende vraag in de door Essent gebruikte enquête op de website [Vertrouwelijk] leverde volgens ACM geen gevraagde communicatie op. Essent had de belbestanden dan ook niet zonder ontduubeling mogen gebruiken. Nu zij dit wel heeft gedaan en hierdoor 2.734 abonnees, niet zijnde (oud-)klanten, heeft gebeld die in het BMNR stonden ingeschreven, staat volgens ACM vast dat Essent artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw heeft overtreden.

8.2.2.5 Belbestand in periode 2

Gebruiken van niet ontduubelde belbestanden

119. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat Essent in periode 2 één belbestand heeft ontduubeld met een onvolledig blokkadebestand van het BMNR.¹⁰⁶ Het niet correct ontduubelde belbestand heeft Essent vervolgens aan een extern callcenter aangeleverd ten behoeve van telemarketingactiviteiten. Dit

¹⁰⁵ Zie: Zienswijze Essent, p. 16-18.

¹⁰⁶ Zie: Onderzoeksrapport, rn. 39 en 40. Zie ook: Dossiernummer 18.

Besluit Openbaar

belbestand is door het callcenter namens Essent daadwerkelijk gebruikt.¹⁰⁷ Voornoemd gebruik van een niet correct ontdebeld belbestand wordt door Essent overigens niet betwist.

Communicatie overbrengen

120. Ook staat vast dat Essent met het gebruik van de niet correct ontdebeldde belbestanden communicatie heeft overgebracht aan 37.422 consumenten. In de door Essent aan ACM toegestuurde belbestanden is duidelijk aangegeven welke telefoonnummers van consumenten daadwerkelijk zijn gebeld en op welk moment dat is gebeurd.¹⁰⁸ Volgens ACM staat hiermee voldoende vast dat Essent communicatie heeft overgebracht aan consumenten.
121. Een aantal telefoonnummers van consumenten uit de belbestanden is overigens niet door of namens Essent gebeld. In sommige gevallen heeft Essent bovendien een belpoging ondernomen, maar is de consument niet bereikt. In het onderzoeksrapport zijn al deze telefoonnummers buiten beschouwing gebleven.¹⁰⁹

Klantrelatie

122. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat geen van de telefoonnummers van consumenten die in het BMNR stonden ingeschreven en door Essent zijn gebeld toebehoorden aan (oud-)klanten van Essent.¹¹⁰ Essent had aldus geen van de consumenten die hun telefoonnummer in het BMNR hadden ingeschreven op grond van de uitzondering in artikel 11.7, elfde lid, Tw mogen bellen.

Ongevraagde communicatie

123. Essent heeft in de door haar gebruikte en aan ACM toegestuurde belbestanden uit periode 2 aangegeven wat de herkomst is van de zich daarin bevindende telefoonnummers.¹¹¹ Geen van de telefoonnummers die zich zowel in de belbestanden van Essent bevonden als in het BMNR stonden ingeschreven, zijn volgens Essent verkregen door middel van een door Essent aangeduide 'opt-in'. Volgens ACM is voldoende aannemelijk geworden dat Essent ongevraagde communicatie heeft overgebracht aan consumenten die hun telefoonnummer in het BMNR hadden ingeschreven.

Conclusie ten aanzien van het belbestand in periode 2

124. Gelet op het voorgaande staat voor ACM met voldoende zekerheid vast dat Essent in periode 2 een belbestand heeft gebruikt zonder deze correct te ontdebelen met het BMNR. Hierdoor heeft Essent 37.422 telefoonnummers gebeld die in het BMNR stonden ingeschreven. Hiermee staat volgens ACM vast dat Essent artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw heeft overtreden.

¹⁰⁷ Zie: Dossiernummer 20, p. 1 en digitale bijlage.

¹⁰⁸ Zie: Dossiernummer 20, p. 1 en digitale bijlage.

¹⁰⁹ Zie: Onderzoeksrapport, rn. 91 en tabel 5.

¹¹⁰ Zie: Onderzoeksrapport, rn. 111.

¹¹¹ Zie: Onderzoeksrapport, rn. 120 en digitale bijlage.

Besluit Openbaar

8.2.2.6 Conclusie

125. ACM concludeert dat Essent in periode 1 en 2 belbestanden heeft ingezet zonder deze voorafgaand aan het gebruik daarvan (correct) met het BMNR te ontdebellen. Als gevolg hiervan staat volgens ACM vast dat Essent ongevraagd commerciële telefonische communicatie heeft overgebracht aan 40.156 abonnees die stonden ingeschreven in het BMNR. Hiermee heeft zij volgens ACM artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw overtreden.
126. Meer specifiek concludeert ACM dat Essent in periode 1 twee niet ontdebeldde belbestanden heeft gebruikt en in totaal 2.734 telefoonnummers heeft gebeld of heeft laten bellen, terwijl deze stonden ingeschreven in het BMNR. In periode 2 heeft Essent een niet correct ontdebeld belbestand gebruikt en als gevolg daarvan in totaal 37.422 telefoonnummers gebeld of laten bellen, terwijl deze stonden ingeschreven in het BMNR. Volgens ACM staat hiermee voldoende vast dat Essent de telemarketingregels heeft overtreden.

8.2.3 Overtreding van artikel 11.7, twaalfde lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw

127. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat Essent in periode 1 19.694 telefoonnummers van abonnees uit het Leadsbestand met dezelfde datum 'begin-bellen' aan verschillende callcenters heeft verstrekt.¹¹² Volgens de rapporteur ontstond hierdoor de situatie dat 476 van deze telefoonnummers op één dag door meerdere callcenters namens Essent zijn gebeld,¹¹³ waardoor het voor Essent onmogelijk was om het recht van verzet direct (onmiddellijk) te respecteren.
128. Uit artikel 11.7, twaalfde lid, Tw blijkt dat tijdens ieder commercieel telefoongesprek aan de abonnee het recht van verzet aangeboden dient te worden. Indien de abonnee hier gebruik van maakt, mag de adverteerder hem niet langer telefonisch benaderen. Dit verbod om nogmaals te bellen geldt op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) onmiddellijk. Indien de abonnee verzet heeft aangetekend bij het callcenter of een andere derde dan rust op hen de verplichting dit onverwijld aan de betreffende adverteerder door te geven, die op zijn beurt de contactgegevens van de abonnee direct uit het gebruikte belbestand moet (laten) verwijderen.¹¹⁴
129. ACM volgt de rapporteur in haar oordeel dat Essent met de door haar gehanteerde werkwijze onmogelijk het recht van verzet direct kon respecteren. Indien abonnees tijdens een telemarketinggesprek dat door een callcenter namens Essent werd gevoerd gebruik hebben gemaakt van hun recht van verzet, was het immers mogelijk dat zij op dezelfde dag nogmaals werden gebeld door een ander callcenter dat hen namens Essent een commercieel aanbod deed. Tijdens de hoorzitting heeft Essent bovendien verklaard dat zij slechts eenmaal per vier weken telefoonnummers van abonnees die gebruik hebben gemaakt van hun recht van verzet uit de door

¹¹² Zie: Onderzoeksrapport, tabel 4 en rn. 103.

¹¹³ Zie: Onderzoeksrapport, tabel 4 en rn. 103.

¹¹⁴ Zie: Standpunt Telemarketing 2011, p.10, <https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/10262/Standpunt-telemarketing-2011/>.

Besluit Openbaar

haar in gebruik zijnde belbestanden filtert.¹¹⁵ Dit toont temeer aan dat er een zeer grote kans aanwezig was dat Essent het recht van verzet in veel gevallen onmogelijk direct kon respecteren.

130. Desalniettemin valt uit het onderzoeksrapport niet op te maken dat het recht van verzet daadwerkelijk niet direct is gerespecteerd door Essent. Gelet hierop kwalificeert ACM de gedraging van Essent niet als overtreding van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw. In het onderzoeksrapport is immers niet met voldoende zekerheid vast komen te staan dat 476 abonnees (of een gedeelte daarvan) daadwerkelijk gebruik hebben gemaakt van hun recht van verzet dat Essent vervolgens niet (direct) heeft gerespecteerd.

8.3 Overtreder

131. De telemarketingregelgeving van artikel 11.7 Tw richt zich tot degene die communicatie overbrengt of over laat brengen. Dit is zowel degene die de fysieke handeling pleegt (het callcenter of de opdrachtnemer), als degene namens wie de communicatie wordt overgebracht (de adverteerder of de opdrachtgever).¹¹⁶
132. Essent heeft tijdens de onderzoeksperiode diverse callcenters ingeschakeld om namens haar telemarketinggesprekken te voeren. Met de door haar ingeschakelde callcenters heeft Essent afspraken gemaakt over de wijze van telefonische werving. Essent zorgde voor de belbestanden die de callcenters gebruikten voor telefonische werving van klanten voor Essent. Essent ontdeed haar belbestanden met blokkadebestanden van het BMNR en leverde deze belbestanden aan de callcenters.
133. Gelet op het voorgaande is ACM van oordeel dat Essent in haar hoedanigheid van adverteerder en opdrachtgever is aan te merken als overtreder, dat wil zeggen als pleger van de in paragraaf 8.2 van dit besluit genoemde overtredingen.
134. In haar zienswijze geeft Essent aan dat de geconstateerde overtredingen, afgezien van de onvolledige download in periode 2, feitelijk door de door haar ingeschakelde callcenters zijn begaan en dat ACM moet aantonen dat deze gedragingen aan Essent kunnen worden toegerekend. Volgens Essent zegt de verantwoordelijkheid tot regelnaleving niets over de vraag hoe de verantwoordelijkheid is ingevuld en of Essent in die verantwoordelijkheid is tekortgeschoten.
135. In dit kader merkt ACM op dat de callcenters en Essent beide een zelfstandige verantwoordelijkheid hebben tot naleving van artikel 11.7 Tw. Beide kunnen hierop worden aangesproken door ACM.¹¹⁷ Bij een gebleken overtreding kan ACM ervoor kiezen om beide partijen (zowel opdrachtgever als ingeschakelde callcenters) te beboeten. Ook kan ACM ervoor kiezen om slechts een van de partijen hierop aan te spreken.

¹¹⁵ Zie: Verslag van de hoorzitting d.d. 19 december 2013 met kenmerk ACM/DJZ/2014/200617, p. 9.

¹¹⁶ Zie: *Kamerstukken II* 2007/08, 30 661, nr. 8, p.7. En zie: Rb. Rotterdam 21 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ4032, r.o. 4.3.1.

¹¹⁷ Zie: *Kamerstukken II* 2007/08, 20 661, nr. 8, p.7. En zie: Rb. Rotterdam 21 februari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ4032, r.o. 4.3.1.

Besluit Openbaar

136. ACM heeft in casu onvoldoende aanleiding gezien om onderzoek te doen naar (één van) de door Essent ingeschakelde callcenters en hen als gevolg daarvan te beboeten. Het was immers Essent die de keuze maakte om belbestanden al dan niet te ontdebellen. Het was ook Essent die het ontdebellen daadwerkelijk uitvoerde.
137. Aangezien Essent opdrachtgever is van de callcenters, en de callcenters als gevolmachtigden van Essent optreden, dient Essent in te staan voor het naleven van de wet door degenen die haar vertegenwoordigen.¹¹⁸ Ook uit jurisprudentie blijkt dat een opdrachtgever zich bij een overtreding van de telemarketingregels niet kan verschuilen achter door haar ingeschakelde callcenters. Ook niet als zij van deze callcenters uitdrukkelijk, dan wel contractueel heeft geëist dat zij de bestaande regelgeving naleven.¹¹⁹ Het inschakelen van callcenters doet derhalve niet af aan het overtrederschap of de verwijtbaarheid van Essent aangezien dit haar niet ontslaat van haar eigen verantwoordelijkheid voor regelnaleving.¹²⁰
138. Gelet op het voorgaande hoeft ACM niet aan te tonen dat de gedragingen van de door Essent in geschakelde callcenters aan haar zijn toe te rekenen. Essent is immers zelfstandig normadressaat van de overtreden wetsbepalingen. De zienswijze van Essent snijdt aldus geen hout.

9 Ernst van de overtredingen

139. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt ACM op grond van artikel 5:46, tweede lid, Awb in ieder geval rekening met de ernst van de overtreding alsmede met de verwijtbaarheid van de overtreder. ACM houdt daarbij, indien daartoe aanleiding bestaat, rekening met andere omstandigheden, zoals de duur van de overtreding. Bij ieder boetebesluit moet worden afgewogen hoe hoog de boete in dat concrete geval moet zijn.
140. De hoogte van de boete dient, behalve te worden afgestemd op de bijzondere omstandigheden van het geval ('maatwerk'), ook bij te dragen aan een doeltreffende toepassing van de Telecommunicatiewet. Als algemene maatstaf daarbij geldt dat de hoogte van de boete in ieder geval zodanig dient te zijn dat deze de overtreder(s) weerhoudt van nieuwe overtredingen (speciale preventie) en ook in algemene termen een afschrikkende werking heeft (generale preventie).
141. Overeenkomstig hoofdstuk 3 Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM¹²¹ (hierna: de Boetebeleidsregels) bepaalt ACM de ernst van de overtreding door eerst de zwaarte van de overtreding in abstracto te bepalen en deze daarna te bezien in het licht van de omgevingsfactoren (de economische context alsmede de

¹¹⁸ Rb Rotterdam 4 mei 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ3528.

¹¹⁹ Zie: ABRvS 18 mei 2011, ECLI:NL:ABRvS:2011:BQ4944.

¹²⁰ Zie: Rb. Rotterdam 6 december 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BZ4032, r.o. 4.3.

¹²¹ Zie: *Stcrt.* 2013, nr. 11214. ACM heeft onderzocht of de boetebeleidsregels OPTA 2008 en 2010, die golden ten tijde van het plaatsvinden van de overtreding, gunstiger voor Essent zijn dan de 'Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM' en heeft geconcludeerd dat dit niet het geval is. Zie: *Stcrt.* 2008 nr. 50 en *Stcrt.* 2010 nr. 5163.

Besluit Openbaar

28/34

bijzondere omstandigheden van het geval). Deze 'optelsom' bepaalt de definitieve kwalificatie van de overtreding: zeer ernstig, ernstig of minder ernstig.

9.1 Zwaarte van de overtreding

142. Bij het bepalen van de zwaarte van de overtredingen neemt ACM de doelstellingen van de Telecommunicatiewet, te weten het bevorderen van concurrentie, de ontwikkeling van een interne markt en het bevorderen van de belangen van eindgebruikers, als uitgangspunt. Aan de hand van deze doelstellingen deelt ACM in de Boetebeleidsregels de mogelijke overtredingen in abstracto in drie types in: zeer zware, zware en minder zware overtredingen.
143. Overtredingen van artikel 11.7 Tw worden volgens de toelichting op artikel 3.4 Boetebeleidsregels in abstracto als minder zware overtredingen aangemerkt.

9.2 Omgevingsfactoren

144. Bij het bepalen van de ernst van de overtredingen van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw in concreto, houdt ACM -naast de hiervoor vastgestelde zwaarte van de overtredingen in abstracto- rekening met de omgevingsfactoren (de economische context alsmede de bijzondere omstandigheden van het geval) waaronder de overtredingen hebben plaatsgevonden. ACM stelt de ernst van de overtreding vast onder meer op basis van een aantal criteria, zoals:
- aantal geconstateerde overtredingen;
 - meerdere bepalingen overtreden;
 - bijzondere schadelijkheid van het telefoongesprek volgens eindgebruikers.
145. Bovengenoemde criteria zijn niet uitputtend of cumulatief bedoeld . Om de ernst van de overtredingen in dit concrete geval te bepalen, zal ACM hieronder ingaan op de in het onderhavige geval relevante criteria.
146. Aangezien de gedragingen die ten grondslag liggen aan de overtredingen in periode 1 en 2 verschillend zijn en de periodes niet op elkaar aansluiten, behandelt ACM periode 1 en 2 in het navolgende afzonderlijk. Voor beide periodes zal de ernst van de overtredingen, de duur van de overtredingen en de verwijtbaarheid van Essent afzonderlijk worden gezien. De optelsom van deze elementen zal dan ook leiden tot het opleggen van twee afzonderlijke boetes. Ten overvloede merkt ACM hierbij op dat de boeteverhogende- en verlagende omstandigheden voor periode 1 en 2 verschillend zijn (zie paragraaf 10.4), hetgeen temeer spreekt voor het opleggen van twee afzonderlijke boetes.
- #### 9.2.1 Aantal overtredingen
147. In het voorgaande is geconstateerd dat Essent in periode 1 voor het telefonisch werven van klanten tenminste 2.734 abonnees die stonden ingeschreven in het BMNR heeft gebeld of heeft laten bellen.

Besluit Openbaar

Essent heeft in periode 2 voor het telefonisch werven van klanten tenminste 37.422 abonnees gebeld of laten bellen die stonden ingeschreven in het BMNR.

148. ACM erkent dat de mogelijkheid bestaat dat een aantal consumenten in periode 1 door middel van een bevestigend antwoord op de vraag van Essent in de enquête op de website van [Vertrouwelijk], heeft gevraagd om de telefonische communicatie van Essent. Gelet hierop kan ACM niet met 100% zekerheid zeggen dat álle 2.734 consumenten niet hebben gevraagd om de telefonische benadering van Essent. Wel staat voor ACM vast dat de werkwijze die Essent heeft gehanteerd met betrekking tot de enquête op de website van [Vertrouwelijk] in strijd is met de telemarketingregels.
149. Gelet op het voorgaande acht ACM het concrete aantal overtredingen van ondergeschikte betekenis bij de vaststelling van de ernst van de overtreding in periode 1.
150. Ook het aantal overtreding in periode 2 acht ACM van ondergeschikt belang bij het vaststellen van de ernst van de overtredingen. Alhoewel ACM het (gelet op de redenen zoals genoemd in rn. 86 en 87) hoogst onaannemelijk acht, is het immers in theorie mogelijk dat een aantal van de 37.422 benaderde abonnees rechtspersoon is. Bij de vaststelling van de ernst van de overtreding zal ook het aantal overtredingen in periode 2 aldus van ondergeschikte betekenis zijn.

9.2.2 Geschonden belang

151. Ongevraagde communicatie in de vorm van telefonische oproepen vormt een bron van irritatie en veroorzaakt veel overlast bij consumenten. Uit onderzoek¹²² is gebleken dat:
- negen op de tien consumenten telemarketing, waarbij geen sprake is van een klantrelatie (het zogeheten 'cold calling') als storend ervaren;
 - een meerderheid van de consumenten vindt dat telemarketing dusdanig storend is dat zij van plan zijn zich voor telemarketing af te melden.
152. Dat telemarketing een bron van irritatie vormde in de periode waarin de overtredingen zijn geconstateerd en veel overlast veroorzaakten bij consumenten blijkt ook uit de signalen en gegevens die de wetgever noopten tot de invoering van het BMNR.¹²³ In het algemeen gold dat telemarketing een grote bron van ergernis vormde in de periode van onderhavig onderzoek.
153. De telemarketingregels hebben als algemeen doel consumenten te beschermen tegen ongevraagde telemarketinggesprekken. Door inschrijving in het BMNR blijven consumenten immers daadwerkelijk

¹²² B. E. Baarsma, K. H. S. van Buiren, M. Gerritsen, J. Leenheer, J. van Honk, «Telemarketing: irritatie geregeld?», Onderzoek naar de perceptie van consumenten ten aanzien van telemarketing en effectiviteit van (zelf)regulering, SEO Economisch Onderzoek, april 2007; http://www.seo.nl/uploads/media/963_Telemarketing__irritatie_geregeld_.pdf.

¹²³ Zie: *Kamerstukken II* 2007–2008, 30 661, nr. 8, paragraaf 2.2. Hierin wordt uitgelegd dat naar aanleiding van aanhoudende klachten over telemarketing onderzoek is uitgevoerd. Uit dit onderzoek bleek dat de toenmalige zelfreguleringsinitiatieven van de sector onvoldoende effectief waren "om de mate van irritatie significant te doen afnemen". Hieruit trok de wetgever de conclusie dat het BMNR verplicht moest worden ingevoerd worden voor de hele sector.

Besluit Openbaar

verstoken van telemarketinggesprekken. In het bijzonder is de regelgeving bedoeld om de irritatie bij consumenten over ongevraagde telefoontjes te verminderen. Desondanks zijn veel abonnees die er bewust voor gekozen hebben om hun telefoonnummers op te laten nemen in het BMNR toch door of namens Essent gebeld. Het vertrouwen van consumenten in de werking van het BMNR wordt hierdoor geschaad. De doelstelling die de wetgever voor ogen had met de invoering van het BMNR wordt hierdoor ook ondermijnd.

154. De hiervoor genoemde elementen zijn de belangrijkste redenen waarom ACM het niet naleven van de telemarketingregels zoals neergelegd in artikel 11.7, negende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw in periode 1 en 2 schadelijk acht.

9.2.3 Economische context

155. Door belbestanden te gebruiken met daarin de contactgegevens van abonnees die staan ingeschreven in het BMNR en deze abonnees ook daadwerkelijk te bellen, heeft Essent een voordeel behaald ten opzichte van haar concurrenten die wel belbestanden ontdebellen met het BMNR. Door abonnees te bellen die ingeschreven staan in het BMNR, en dus niet gebeld willen worden, heeft Essent de kring van benaderbare potentiële klanten op onrechtmatige wijze vergroot ten opzichte van concurrenten die zich in periode 1 en 2 wel aan de telemarketingregels hebben gehouden.

9.3 Conclusie ten aanzien van de ernst van de overtreding

156. In haar Boetebeleidsregels heeft ACM de zwaarte van overtredingen van artikel 11.7 Tw in abstracto bepaald als minder zware overtredingen. Ten aanzien van de ernst van de overtredingen overweegt ACM dat de in periode 1 en 2 ten onrechte door Essent telefonisch benaderde consumenten irritatie en overlast hebben ondervonden. Aanvullende bijzondere schadelijkheid van het telefoongesprek is ACM niet gebleken. De aantallen overtredingen zijn zoals in paragraaf 9.2.1 als element van ondergeschikte betekenis aangemerkt bij de vaststelling van de ernst van de overtreding. Concurrenten hebben, door zich aan de telemarketingregels te houden, bij haar telemarketingactiviteiten een kleiner bereik genoten.
157. Op grond van al het voorgaande merkt ACM de overtredingen van Essent voor zowel periode 1 als periode 2 aan als minder ernstig, hetgeen een boete indiceert van maximaal EUR 100.000 per overtreding.

10 Vaststelling van de hoogte van de boete

158. Binnen de bandbreedte van de boetecategorie stelt ACM met inachtneming van de mate waarin de overtreding aan de overtreder kan worden verweten en, indien daartoe aanleiding bestaat, andere omstandigheden - zoals de duur van de overtreding - de hoogte van de basisboete vast.

10.1 Verwijtbaarheid

159. ACM overweegt ten aanzien van de verwijtbaarheid allereerst dat Essent heeft aangegeven dat zij zich voorafgaand aan de invoering van het BMNR heeft voorbereid op de nieuwe wetgeving. Dit blijkt

Besluit Openbaar

31/34

ook uit hetgeen zij heeft aangevoerd in haar zienswijze waarbij uitgebreid is ingegaan op de diverse maatregelen die in de loop der tijd zijn getroffen om overtreding van de telemarketingregels te voorkomen. Opgemerkt moet worden dat sommige maatregelen, zoals de ICT aanpassingen als gevolg van het verkeerd downloaden, pas na periode 2 hebben plaatsgevonden. Voorts is in paragraaf 8.9 van het onderzoeksrapport beschreven dat partijen, waaronder Essent, op 1 oktober 2009 een brief met een toelichting op de nieuwe regelgeving hebben ontvangen. Tot slot merkt ACM op dat Essent beschikt over eigen juridische adviseurs met betrekking tot dit onderwerp.

160. Ten aanzien van periode 1 merkt ACM op dat uit paragraaf 8.2.1 is gebleken dat ACM voorafgaand aan invoering van de telemarketingregels uitvoerig heeft gecommuniceerd hierover. In deze communicatie is specifiek ingegaan op het ontdubbelen van belbestanden die bestaan uit contactgegevens die een adverteerder heeft verkregen uit enquêtes.
161. Op grond van het bovenstaande mag worden aangenomen dat Essent zich voldoende bewust was, althans zich bewust had moeten zijn, van de verplichtingen die artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw met zich meebracht. Gelet hierop rekent ACM de overtredingen van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw in periode 1 volledig toe aan Essent.
162. Ten aanzien van periode 2 merkt ACM op dat ook hier geldt dat Essent net als in periode 1 op de hoogte had moeten zijn van de geldende regelgeving die gebiedt dat er op correcte wijze ontdubbeling plaats moet vinden. Aangenomen mag worden dat Essent voldoende bewust was, althans dat behoorde te zijn, van de verplichtingen die artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw met zich meebrachten. In die zin zijn de overtredingen ook in deze periode volledig aan Essent toe te rekenen.
163. In haar zienswijze geeft Essent aan dat zij geen 'error' van het BMNR heeft ontvangen, maar de melding 'download completed'. Gelet hierop, is Essent van oordeel dat zij niet kon weten dat de download van het BMNR onvolledig was. De overtreding van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met lid 5, Tw kan volgens Essent niet aan haar worden verweten.
164. Naar het oordeel van ACM kan Essent zich niet achter het BMNR verschuilen. Op grond van de telemarketingregels is Essent degene die verantwoordelijk is voor het correct ontdubbelen van belbestanden alvorens hiervan gebruik te maken. Het was dan ook Essent die een werkwijze had moeten hanteren waarin zij eventuele fouten in het ontdubbelproces kon detecteren.
165. Hierbij merkt ACM nog op dat Essent weliswaar een melding 'download completed' kreeg, maar tegelijkertijd aan de omvang van het blokkadebestand kon zien dat deze vele malen kleiner was dan de blokkadebestanden die zij normaliter bij het BMNR downloadde. De omvang van dit blokkadebestand had voor Essent reden moeten zijn om te controleren of zij wel een correct blokkadebestand had ontvangen.

Besluit Openbaar

166. Volgens Essent was sprake van een IT probleem dat niet vooraf kon worden bedacht en ondervangen door een proces. Tegelijkertijd geeft zij aan dat zij, na de ontdekking van deze foutieve download bij het BMNR, maatregelen heeft genomen om ervoor te zorgen dat deze fout zich niet nogmaals voor kon doen. ACM concludeert hieruit dat het voor Essent blijkbaar toch mogelijk is geweest om maatregelen te treffen ter voorkoming van nieuwe fouten. De stelling van Essent, dat het onmogelijk was om dit vooraf te bedenken en ondervangen, acht zij gelet hierop niet aannemelijk.
167. Gelet op het voorgaande acht ACM Essent volledig verwijtbaar ten aanzien van de overtredingen van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw in periode 2 en rekent ACM deze overtredingen toe aan Essent.

10.2 Duur

168. De overtredingen zijn begaan in de periode van 1 januari 2010 tot 1 mei 2010 en in de periode van 31 januari 2011 tot 1 maart 2011. Periode 1 bedraagt vier maanden. Periode 2 bedraagt 1 maand. Dit wordt door Essent overigens niet betwist.

10.3 Conclusie ten aanzien van de vaststelling van de basisboete

169. Ingevolge artikel 3:4, tweede lid, Awb neemt ACM bij het bepalen van de hoogte van de boete het evenredigheidsbeginsel in acht. Op grond van deze bepaling mogen de voor één of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.
170. Gelet op het evenredigheidsbeginsel en in aanmerking genomen de ernst van de overtreding, alsmede de duur van de overtreding en de mate van verwijtbaarheid van Essent, bepaalt ACM de basisboete voor Essent op EUR 25.000 per periode.

10.4 Boeteverzwarende of -verlagende omstandigheden

171. Essent heeft medewerking verleend aan het onderzoek naar de overtreding van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw in periode 1. Deze medewerking ging echter niet verder dan waartoe Essent wettelijk was gehouden.
172. In rn. 4.12 van haar zienswijze geeft Essent aan dat zij gedurende periode 1 dacht dat de enquête op de website van [Vertrouwelijk] 'toestemming' opleverde en zij op grond hiervan consumenten telefonisch mocht benaderen. Dit zou volgens Essent minimaal boete matigend dienen te werken.
173. 'Toestemming' is geen uitzondering op de telemarketingregels (zie rn. 109-111). De redenering van Essent is ten eerste aldus niet correct. Ten tweede merkt ACM op dat het de verantwoordelijkheid van Essent was om op de hoogte te zijn van geldende wet- en regelgeving. Het was aan Essent om, indien nodig, juridische hulp in te schakelen om ervoor te zorgen dat haar bedrijfsprocessen in lijn met deze wet- en regelgeving worden uitgevoerd. Dat Essent ten onrechte, en bovendien zonder enige grond hiertoe, heeft aangenomen dat haar werkwijze conform de wet was, komt voor haar

Besluit Openbaar

eigen rekening en risico. Indien Essent twijfels had over de uitvoering van haar telemarketingactiviteiten of de uitleg van de wet had het bovendien op de weg van Essent gelegen hierover vragen te stellen bij ACM. Naar het oordeel van ACM kan deze omstandigheid dan ook niet boete matigend werken.

174. Ten aanzien van periode 2 constateert ACM dat Essent de overtredingen van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw zelf heeft gesignaleerd en, lopende het onderzoek, uit eigen beweging bij ACM heeft gemeld. ACM is van oordeel dat Essent in periode 2 verdergaande medewerking heeft verleend aan het onderzoek, dan waartoe zij wettelijk was gehouden. Essent heeft niet alleen zelf de overtreding gedetecteerd, maar ook gemeld en naar aanleiding daarvan ICT aanpassingen doorgevoerd, zodat dergelijke fouten in de toekomst niet meer plaatsvinden. ACM past vanwege deze omstandigheid een boeteverlaging toe van 10%.
175. ACM acht in periode 1 en 2 geen overige boeteverzwarende of -verlagende omstandigheden aanwezig die betrokken moeten worden bij de vaststelling van de hoogte van de boetes. Op de basisboete voor periode 1 wordt derhalve geen korting toegepast. Voor periode 2 wordt op de basisboete een korting van 10% toegepast.

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

176. De bestuurlijke boete voor periode 1 wordt op grond van het bovenstaande vastgesteld op EUR 25.000. Aangezien periode 2 een boeteverlagende omstandigheid kent van 10% wordt de bestuurlijke boete voor deze periode op EUR 22.500 bepaald. Hiermee komt het totale boetebedrag uit op EUR 47.500.

Besluit Openbaar

11 Dictum

De Autoriteit Consument en Markt:

- I. stelt vast dat Essent Retail Energie B.V. artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw meermaals heeft overtreden;
- II. rekent de onder I. genoemde overtredingen volledig toe aan Essent Retail Energie B.V.;
- III. legt voor de onder I. vermelde overtredingen aan Essent Retail Energie B.V. twee boetes op van in totaal EUR 47.500.

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.
mr. J.G. Vegter
bestuurslid

34/34

Bezwaar

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt bezwaar maken bij de Autoriteit Consument en Markt. Het postadres is: Autoriteit Consument en Markt, t.a.v. afdeling Juridische Zaken, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag.

Het bezwaarschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het bezwaar is gericht bevatten. Voorts moet het bezwaarschrift de gronden van het bezwaar bevatten.

ACM wijst u op de mogelijkheid die de Algemene wet bestuursrecht de indiener van een bezwaarschrift biedt, om in dat geschrift ACM te verzoeken de bezwaarschriftenfase over te slaan. Indien ACM uw verzoek inwilligt, zal uw bezwaarschrift worden doorgezonden naar de rechtbank en daar als beroepschrift worden behandeld. De procedure kan daardoor worden verkort. Indien ACM uw verzoek niet inwilligt, staat tegen deze beslissing geen beroep open en zal uw bezwaarschrift door ACM worden behandeld.