

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/ACNB/2010/201930

Zaaknummer: 10.0201.37

Datum: 5 juli 2010

Besluit tot oplegging van boetes ter zake van overtredingen van artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Telecommunicatiewet voor het niet aanbieden en het niet respecteren van het recht van verzet.

1 Inleiding

1. Dit besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) is gebaseerd op artikel 15.4, vierde lid, van de Telecommunicatiewet¹ (hierna: Tw). In dit besluit stelt het college vast dat door of in ieder geval namens de Nederlandse Energie Maatschappij B.V. (hierna: NLEnergie) in strijd met artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw tijdens telefonische verkoopgesprekken niet actief het recht van verzet is geboden. Deze gedragingen omvat het niet de gelegenheid bieden om verzet aan te tekenen tijdens een telefonisch gesprek met consumenten met een commercieel doel.
2. Daarnaast heeft NLEnergie consumenten telefonisch benaderd, terwijl dezelfde consumenten door het aantekenen van verzet eerder hadden aangegeven niet telefonisch benaderd te willen worden. Deze gedraging is in strijd met artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw.
3. Aanleiding tot het onderhavige besluit vormt het rapport (in de zin van artikel 15.8, eerste lid, van de Tw) dat op 21 april 2009 is opgemaakt door een toezichthoudend ambtenaar van het college (hierna: het onderzoeksrapport).
4. In het navolgende wordt eerst ingegaan op de achtergrond en het verloop van de procedure (paragraaf 2), de inhoud van het onderzoeksrapport (paragraaf 3) en de overige omstandigheden van feitelijke aard (paragraaf 4). Vervolgens wordt ingegaan op de zienswijze van NLEnergie (paragraaf 5). Daarna worden het juridisch kader (paragraaf 6) en de overwegingen van het college (paragraaf 7) uiteengezet. In de daarop volgende paragrafen wordt ingegaan op de ernst en de duur van de overtredingen alsmede de vaststelling van de hoogte van de boete (paragraaf 8 en 9). Ten slotte volgt het dictum (paragraaf 10).

2 Achtergrond en verloop van de procedure

5. Sinds begin 2008 heeft het college via ingevulde klachtenformulieren op de website van ConsuWijzer klachten ontvangen over de wijze waarop NLEnergie haar

¹ Wet van 19 oktober 1998, houdende regels inzake de telecommunicatie (*Stb.* 1998, 610); gewijzigd bij Wet van 22 april 2004 tot wijziging van de Telecommunicatiewet en enkele andere wetten in verband met de implementatie van een nieuw Europees geharmoniseerd regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten en de nieuwe dienstenrichtlijn van de Commissie van de Europese Gemeenschappen (*Stb.* 2004, 189).

Besluit Openbaar

telemarketingactiviteiten uitvoerde. In deze klachten gaven consumenten onder meer aan ongevraagd door NLEnergie te worden gebeld waarbij hen niet actief de mogelijkheid werd geboden om verzet aan te tekenen tegen het verdere gebruik van hun elektronische contactgegevens. Tevens gaven consumenten aan gebeld te zijn door NLEnergie terwijl zij in een eerder telemarketinggesprek met of namens NLEnergie verzet hadden aangetekend tegen het verdere gebruik van hun (elektronische) contactgegevens.

6. In maart en april 2008 is er tussen het college en NLEnergie schriftelijk (waaronder ook begrepen: per e-mail) contact geweest naar aanleiding van klachten die het college heeft ontvangen over de telemarketingactiviteiten van NLEnergie. Daarbij heeft NLEnergie het college desgevraagd geïnformeerd over haar procedures voor het aanbieden en verwerken van het recht van verzet.² Tijdens een overleg in juni 2008 ten kantore van het college heeft NLEnergie toegelicht welke maatregelen zij reeds heeft genomen en in toekomst zal nemen om overtreding van de regels op het gebied van telemarketing te voorkomen. Op 1 oktober 2008 hebben medewerkers van het college, op uitnodiging van NLEnergie, een bezoek gebracht aan het toenmalige hoofdkantoor van NLEnergie aan de Veerkade te Rotterdam. Tijdens dat bezoek hebben medewerkers van het college meegeluisterd met in opdracht van NLEnergie gevoerde telemarketinggesprekken.
7. Het college heeft, op verzoek van NLEnergie, klachten van consumenten doorgestuurd.³ NLEnergie heeft op 30 september 2008 per e-mail een terugkoppeling gegeven ten aanzien van de door een medewerker van het college verstrekte klachten.
8. Gedurende de periode november 2008 tot en met maart 2009 hebben het college en NLEnergie schriftelijk contact gehad over klachten over de telemarketingactiviteiten van NLEnergie. Op 27 november 2008 heeft het college⁴ NLEnergie bericht dat de door haar getroffen maatregelen niet hebben geleid tot een afname van het aantal klachten dat het college ontvangt. In deze brief verzocht het college NLEnergie ten slotte een aantal gegevens te verstrekken, waaronder een lijst van de callcenters waarvan NLEnergie gebruik maakt, een kopie van de callscripts die NLEnergie gebruikt voor de telefonische werving van klanten en een kopie van de werkinstructies aan de verschillende callcentermedewerkers. Op 9 januari 2009⁵ heeft NLEnergie op de brief van het college van 27 november 2008 gereageerd en verstrekt zij de door het college verzochte informatie en geeft inzicht in het ontwerp van een centrale database welke NLEnergie voornemens is om in maart 2009 operationeel te hebben. Op 24 maart 2009 heeft het college NLEnergie een brief⁶ gestuurd waarin NLEnergie wordt medegedeeld dat het college nog steeds klachten ontvangt over ongevraagde telefonische

² Zie onderzoeksrapport randnummer 23 en 25: Brief van 28 maart 2008 van het college aan NLEnergie (kenmerk OPTA/ACNB/2008/200711); Brief van NLEnergie aan het college van 21 april 2008 zonder kenmerk met het onderwerp: Klacht over telemarketing

³ Zie onderzoeksrapport randnummer 27: De klachten zijn met toestemming van de klagers inclusief contactgegevens door gestuurd naar NLEnergie.

⁴ Zie onderzoeksrapport randnummer 30: Brief met kenmerk: OPTA/ACNB/2008202774.

⁵ Zie onderzoeksrapport randnummer 31: Brief zonder kenmerk (bijlage 7 van het onderzoeksrapport)

⁶ Zie onderzoeksrapport randnummer 32: Brief met kenmerk: OPTA/ACNB/2009/200477

Besluit Openbaar

benadering van consumenten door of namens NLEnergie. Het college wees NLEnergie er in deze brief op dat hij er van uit gaat dat door de implementatie van het centrale databasesysteem het aantal klachten in maart 2009 aanzienlijk en structureel zal afnemen. Ten slotte liet het college NLEnergie weten handhavend optreden te overwegen wanneer de klachten na maart 2009 niet structureel zijn afgenomen.

9. Op 3 april 2009 heeft er, op verzoek van NLEnergie, een bespreking plaatsgevonden tussen NLEnergie en twee medewerkers van het college. Tijdens deze bespreking heeft NLEnergie een toelichting gegeven op de voortgang van het centrale database project alsmede aangegeven een audit te zullen laten uitvoeren naar het recht van verzet. Aan het begin van deze bespreking heeft een medewerker van het college de medewerkers van NLEnergie de cautie gesteld.
10. Op 15 april 2009 heeft NLEnergie een reactie⁷ gestuurd op de brief van het college van 24 maart 2009. In deze brief berichtte NLEnergie het college dat de implementatie van het centrale databasesysteem vertraging heeft opgelopen. Verder gaf NLEnergie aan dat, op een enkel callcenter na, na afloop van ieder telemarketinggesprek een bandje wordt gestart waarin het recht van verzet wordt aangeboden en waarin de consument met de druktoetsen van zijn telefoon kan aangeven niet meer gebeld te willen worden. Tenslotte gaf NLEnergie aan spoedig een aanvang te zullen maken met het uitvoeren van een compliancy audit door een accountantskantoor.
11. Op 28 mei 2009 heeft een toezichthoudend medewerker van het college per email het rapport van de compliancy audit ontvangen⁸. Vervolgens heeft op 10 juni 2009 een toezichthoudend medewerker van het college per e-mail een aantal vragen over de compliancy audit aan NLEnergie voorgelegd. Op 16 juni 2009⁹ heeft NLEnergie antwoord gegeven op deze vragen. NLEnergie heeft in haar antwoord onder meer te kennen gegeven volledig te zullen stoppen met telemarketing.
12. Op 22 juni 2009 heeft een toezichthoudend medewerker van het college NLEnergie per e-mail verzocht een actuele lijst van de callcenters waarvan zij gebruikt maakt te verstrekken. NLEnergie heeft op 30 juni 2009¹⁰ gereageerd op de e-mail van het college en een (actuele) lijst met callcenters verstrekt.
13. In de maanden april, mei en juni 2009 nam het aantal klachten dat het college over NLEnergie ontving niet structureel af.¹¹ Het college heeft gedurende een lange periode (+/-16 maanden) klachten over de telemarketingactiviteiten van NLEnergie ontvangen. In de periode van begin 2008 tot en met begin juli 2009 zijn er bij het college, via het klachtenformulier op de website van ConsuWijzer, in totaal 471 klachten ontvangen over diverse ondernemingen. Van deze 471

⁷ Zie onderzoeksrapport randnummer 34: Brief zonder kenmerk (bijlage 9 van n het onderzoeksrapport)

⁸ Zie onderzoeksrapport randnummer 35: (Bijlage 10 van het onderzoeksrapport)

⁹ Zie onderzoeksrapport randnummer 36: (Bijlage 11 van het onderzoeksrapport)

¹⁰ Zie onderzoeksrapport randnummer 37 (Bijlage 12 van het onderzoeksrapport)

¹¹ Zie onderzoeksrapport randnummer 38 (bijlage 31 van het onderzoeksrapport)

Besluit Openbaar

klachten hadden 114 klachten betrekking op de telemarketingactiviteiten van NLEnergie. Hierdoor is een vermoeden ontstaan dat NLEnergie bij de uitvoer van haar telemarketingactiviteiten niet in alle gevallen artikel 11.7, vijfde en twaalfde lid, Tw heeft nageleefd.

14. Op 8 juli 2009 hebben toezichthoudend ambtenaren van het college gelijktijdig met toezichthoudend ambtenaren van de Consumentenautoriteit een (onaangekondigd) bedrijfsbezoek gebracht aan de bedrijfsruimte van NLEnergie te Rotterdam, de bedrijfsruimte van [Vertrouwelijk], de bedrijfsruimte van [Vertrouwelijk], de bedrijfsruimte van [Vertrouwelijk] en de bedrijfsruimte van [Vertrouwelijk].¹² Toezichthoudend ambtenaren hebben daarbij inzage gevorderd in de administratie en aanwezige computersystemen op de betreffende locaties.¹³

Tijdens deze bezoeken zijn verklaringen afgelegd door verschillende personen die werkzaam waren bij de betreffende ondernemingen.¹⁴

De advocaat van NLEnergie heeft tijdens het bedrijfsbezoek aangegeven dat de op het hoofdkantoor van NLEnergie gekopieerde e-mailbestanden mogelijk berichten bevatten waar een "Legal Professional Privilege" claim op rust. De op het hoofdkantoor van NLEnergie gekopieerde e-mailbestanden zijn daarom toen niet geopend of geïndexeerd.

15. Op 5 augustus 2009 heeft het college samen met de Consumentenautoriteit een brief gestuurd aan NLEnergie¹⁵, [Vertrouwelijk]¹⁶ en [Vertrouwelijk].¹⁷ In deze brief biedt het college deze ondernemingen de mogelijkheid om binnen twee weken een lijst aan te leveren waarop alle e-mailbestanden staan vermeld die naar hun mening niet aan onderzoek mogen worden onderworpen in verband met de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaat en cliënt (Legal Professional Privilege). In de brief aan NLEnergie legt het college tevens uit hoe zij om zal gaan met een Legal Professional Privilege claim van NLEnergie.
16. [Vertrouwelijk] en [Vertrouwelijk] hebben geen beroep gedaan op de vertrouwelijkheid van enige gekopieerde bestanden.
17. Op 18 augustus 2009¹⁸ heeft de gemachtigde van NLEnergie per fax gereageerd op de brief van het college van 5 augustus 2009. In haar reactie geeft NLEnergie te kennen enkele maanden nodig te hebben voor het aanleveren van een lijst met daarop de e-mailbestanden die

¹² Zie onderzoeksrapport randnummer 39: Deze controle is uitgevoerd met toezichthoudend ambtenaren van de Consumentenautoriteit. Omdat de Consumentenautoriteit ook bezig was met een onderzoek naar NLEnergie is in onderling overleg besloten om een gecombineerd bedrijfsbezoek af te leggen, waarbij beide toezichthouders vanuit hun eigen bevoegdheden opereren, maar de belasting voor de onderneming beperkt wordt ten opzichte van twee afzonderlijke bedrijfsbezoeken.

¹³ Zie onderzoeksrapport randnummer 39: Van deze bedrijfsbezoeken is verslag opgemaakt (bijlage 13 van het onderzoeksrapport)

¹⁴ Zie onderzoeksrapport randnummer 39: Verslagen van deze gesprekken zijn als bijlage 14 toegevoegd aan het onderzoeksrapport

¹⁵ Zie onderzoeksrapport randnummer 42: Brief met kenmerk: OPTA/ACNB/2009/201905

¹⁶ Zie onderzoeksrapport randnummer 42: Brief met kenmerk: OPTA/ACNB/2009/201911

¹⁷ Zie onderzoeksrapport randnummer 42: Brief met kenmerk: OPTA/ACNB/2009/201915

¹⁸ Zie onderzoeksrapport randnummer 45: Brief met kenmerk: 2008363/2009455/JDH/sw

Besluit Openbaar

niet aan onderzoek mogen worden onderworpen in verband met de status Legal Privilege claim van NLEnergie. Tevens geeft NLEnergie aan dat enkele gekopieerde bestanden irrelevant zijn voor het onderzoek van het college en derhalve buiten het onderzoek dienen te worden gehouden.

18. Naar aanleiding van het faxbericht van NLEnergie van 18 augustus 2009 heeft er ter kantore van het college overleg plaatsgevonden tussen medewerkers van het college, de Consumentenautoriteit en [X] van NLEnergie en zijn gemachtigde. Dit overleg had tot doel overeenstemming te bereiken over een werkwijze voor het onderzoek naar de gekopieerde e-mailbestanden van de medewerkers van NLEnergie die de voortgang van het onderzoek zo min mogelijk vertraagt. Tijdens dit overleg zijn de volgende afspraken gemaakt¹⁹:

- NLEnergie levert vóór 24 september 2009 een curatieve lijst aan bij het college waarop staat vermeld welke bestanden of mappen uit de gekopieerde e-mailbestanden van NLEnergie niet aan onderzoek mogen worden onderworpen in verband met de vertrouwelijkheid van de communicatie tussen advocaat en cliënt (Legal Privilege).
- Aan de hand van een prima facie beoordeling zal de Legal Privilege-officer van het college vaststellen of de hierboven onder het eerste punt genoemde bestanden inderdaad onder het begrip Legal Privilege vallen. Indien gewenst kan NLEnergie bij deze beoordeling aanwezig zijn. De gegevens die onder het begrip Legal Privilege vallen zullen buiten het onderzoek worden gehouden.
- NLEnergie levert vóór 24 september 2009 een curatieve lijst aan bij het college waarop staat vermeld welke e-mailbestanden of mappen niet aan onderzoek mogen worden onderworpen omdat deze niet relevant zijn voor het doel van het onderzoek van het college.
- Alle bestanden, dus ook de hierboven onder het derde punt genoemde bestanden, zullen door het college respectievelijk de Consumentenautoriteit worden onderzocht op voor het doel van het onderzoek relevante steekwoorden. De toezichthoudend ambtenaren van het college gebruiken hiervoor slechts steekwoorden die zijn goedgekeurd door een (plaatsvervangend) afdelingshoofd. De toezichthoudend ambtenaar legt de keuze van de steekwoorden (waaruit ook de relevantie van die steekwoorden voor het onderzoek moet blijken) vast. Indien de hierboven onder 3 genoemde bestanden niet aanslaan op de steekwoorden van het college, dan zullen deze gegevens buiten het onderzoek worden gehouden. Wanneer de hierboven onder 3 genoemde bestanden wel aanslaan op de steekwoorden van het college, dan zullen deze gegevens aan een prima facie beoordeling worden onderworpen waarna het college respectievelijk de Consumentenautoriteit zal beslissen of deze gegevens buiten het onderzoek zullen worden gelaten. Indien gewenst kan NLEnergie bij deze beoordeling aanwezig zijn.

19. Op 23 september 2009 heeft het college de betreffende curatieve lijsten van NLEnergie ontvangen. Een digitaal deskundige heeft vervolgens alle de op de lijsten aangegeven

¹⁹ Zie onderzoeksrapport randnummer 45: Deze afspraken zijn door het college met de brief van 1 september 2009 (kenmerk: OPTA/ACNB/2009/202327) bevestigd

Besluit Openbaar

bestanden gescheiden van het overige onderzoeksmateriaal.

20. Een digitaal deskundige heeft bepaalde onderzoekshandelingen uitgevoerd op de digitale gegevens en bescheiden waarin inzage is gevorderd. Hij heeft de betreffende e-mailbestanden op steekwoorden onderzocht. Hiervan is een verslag²⁰ opgesteld. De digitaal deskundige heeft ook de bij NLEnergie gekopieerde belbestanden/adresbestanden onderzocht, waarvan hij een verslag²¹ heeft opgesteld. Hij heeft de bij [Vertrouwelijk] gekopieerde geluidsbestanden onderzocht. Ook hiervan heeft de deskundige een verslag²² opgesteld.
21. Op 3 maart 2010²³ heeft het college een overzicht van de feiten zoals die op dat moment in het onderzoek zijn komen vast te staan aan NLEnergie verzonden. Het college heeft NLEnergie daarbij de mogelijkheid geboden om een schriftelijke zienswijze in te brengen over dit feitencomplex. Op 24 maart 2010²⁴ heeft NLEnergie gereageerd op het feitencomplex. Bij haar reactie heeft NLEnergie de kanttekening gemaakt dat de bijlagen bij het feitencomplex in dit stadium niet zijn verstrekt door het college, waardoor het voor NLEnergie niet mogelijk was om de juistheid van het feitencomplex vast te stellen. NLEnergie behoudt zich dan ook alle rechten voor ter zake de beoordeling van het feitencomplex.
22. Op 3 juni 2010 heeft NLEnergie tijdens een hoorzitting ten kantore van het college mondeling haar zienswijze naar voren gebracht.

3 Het onderzoeksrapport

23. Aanleiding voor het onderhavige besluit vormen de overtredingen zoals vastgesteld in het onderzoeksrapport van 21 april 2010. In dit onderzoeksrapport constateert de onderzoeker dat NLEnergie in ieder geval in de periode midden september 2008 tot 8 juli 2009 het recht van verzet niet respecteerde. Daarnaast bood NLEnergie gedurende in ieder geval de periode van 26 maart 2009 tot en met 13 juni 2009 niet actief het recht van verzet.

4 Overige omstandigheden van feitelijke aard

4.1 Nederlandse Energie Maatschappij B.V.

24. De bedrijfsstructuur van NLEnergie is uiteengezet in § 2 van het onderzoeksrapport. Nederlandse Energie Maatschappij B.V. (ook wel NLEnergie), statutair gevestigd te Rotterdam, wordt bestuurd door twee BV's: Catcher in the Rye B.V. en De Gekroonde Schoen B.V. Binnen NLEnergie vervult [X] de functie van algemeen directeur en [Y] de functie van commercieel directeur. Voor de werving van nieuwe klanten heeft een dochteronderneming van NLEnergie,

²⁰ Zie onderzoeksrapport randnummer 47(bijlage 20 van het onderzoeksrapport : Verslag van media analyse op digitalen e-mailbestanden)

²¹ Zie onderzoeksrapport randnummer 47 (bijlage 21 van het onderzoeksrapport: Onderzoek NLEnergie database en bestanden)

²² Zie onderzoeksrapport randnummer 47 (bijlage 22 van het onderzoeksrapport: Onderzoek telemarketinggesprekken NLEnergie)

²³ Zie onderzoeksrapport randnummer 48 (bijlage 32 van het onderzoeksrapport)

²⁴ Zie onderzoeksrapport randnummer 48 (bijlage 33 van het onderzoeksrapport)

Besluit Openbaar

De Nederlandse Verkoop Maatschappij B.V., waarvan NLEnergie bestuurder en enig aandeelhouder is, overeenkomsten afgesloten met diverse externe telemarketingorganisaties.

Aansturing ingeschakelde dienstverleners

25. NLEnergie heeft voor het uitvoeren van de telemarketinggesprekken via de dochteronderneming van NLEnergie, De Nederlandse Verkoop Maatschappij B.V., overeenkomsten afgesloten met diverse externe telemarketingorganisaties, ook wel callcenters genoemd. NLEnergie werkte in de periode van januari 2008 tot en met juli 2009 met de volgende callcenters:
- [Vertrouwelijk]

Aantallen gevoerde gesprekken; aanbieden recht van verzet

26. NLEnergie heeft in de periode september 2008 tot juli 2009 maandelijks circa anderhalf miljoen adressen uitgeleverd aan callcenters om deze te laten bellen.
27. NLEnergie heeft in de periode september 2008 tot juli 2009 maandelijks circa een miljoen telemarketinggesprekken namens NLEnergie laten voeren.
28. Van deze telemarketinggesprekken hebben een paar procent (353.770 gevallen) geleid tot een recht van verzet door de gebelde personen.
29. Van alle telemarketinggesprekken die in deze periode hebben geleid tot een recht van verzet (353.770) zijn 32.105 personen in deze periode opnieuw gebeld namens NLEnergie.
30. In elk telemarketinggesprek had NLEnergie aan de gebelde de mogelijkheid tot het recht van verzet moeten melden. In een klein deel van de gevoerde telemarketinggesprekken is het recht van verzet aangeboden.

Besluit Openbaar

5 Zienswijze

31. De zienswijze van NLEnergie, ingebracht in reactie op het feitencomplex omvat het volgende. Naast een aanvulling van een aantal feitelijkheden en opmerkingen van redactionele aard, brengt NLEnergie in dat naar haar oordeel sprake was van een significante relatieve afname van het aantal klachten. NLEnergie stelt verder dat het klachtformulier suggestief is. NLEnergie wijst op een positieve beoordeling van de Energiekamer van haar verkoopactiviteiten, meer in het bijzonder zogenaamde over “onterechte switches”. NLEnergie stelt verder geen of onvoldoende inzage te hebben gekregen in de klachten en geen informatie te hebben gekregen over de aantallen klachten. Daarnaast wijst NLEnergie op de uitkomsten van het compliance onderzoek door KPMG.
32. NLEnergie merkt verder op dat sprake is van in haar ogen ongelijke behandeling door het college. NLEnergie maakt bovendien een aantal opmerkingen over de houding en de aanwezigheid van de medewerkers van het college waarmee, zo begrijpt het college, NLEnergie haar twijfels uit over de onbevooroordeeldheid van de betreffende medewerkers. NLEnergie stelt eveneens de gevolgde procedure ten aanzien van het inzien van bewijs ter discussie. Volgens NLEnergie is in strijd met de afspraken - met name over het respecteren van het Legal Privilege inzage genomen in het digitale bewijsmateriaal. NLEnergie merkt verder op dat uit aangehaalde e-mails van haar kwaliteitsmedewerkers juist blijkt dat NLEnergie toezag op de naleving van de wettelijke bepalingen.
33. NLEnergie plaatst verder kanttekeningen bij het bewijsmateriaal dat is verkregen bij [Vertrouwelijk]. De bij [Vertrouwelijk] aangetroffen gespreksopnames zouden ongeschikt zijn voor analyse omdat er volgens NLEnergie een zeer groot aantal gespreksopnames ontbreekt. Bovendien bestond er tussen de directeur van [Vertrouwelijk] en NLEnergie een zeer gespannen verhouding, waarbij NLEnergie spreekt van “chantagepraktijken” jegens NLEnergie door de betreffende directeur. NLEnergie, stelt dat sprake is van “selectief bewaren” van gespreksopnames door de betreffende directeur. NLEnergie wijst er verder op dat op basis van de aangetroffen e-mails blijkt dat het recht van verzet werd aangeboden aangezien het zogenaamde “recht van verzet” bandje bij alle callcenters operationeel was. Met betrekking tot het respecteren van het recht van verzet in relatie tot de constatering dat de aangeleverde bestanden dubbele vermeldingen bevatten merkt NLEnergie op dat het daarbij gaat om een zeer gering percentage dubbele vermeldingen.
34. Tijdens de hoorzitting heeft NLEnergie mondeling – kortgezegd – het volgende naar voren gebracht. NLEnergie herhaalt dat haar verkoopactiviteiten door de Energiekamer als goed werden beoordeeld. NLEnergie stelt dat sprake is van een laag aantal signalen, waarbij naar haar oordeel dit aantal bovendien gerelateerd dient te worden aan zeer hoge aantallen verkoopgesprekken dat NLEnergie voerde. Verder stelt NLEnergie dat zij voortdurend toezicht hield op de kwaliteit van haar telemarketingactiviteiten. Ook zet NLEnergie haar vraagtekens bij het statistische bewijs. Ten slotte stelt NLEnergie dat het college niet mag overgaan tot publicatie van een eventueel boetesluit naar aanleiding van het onderzoeksrapport: volgens

Besluit Openbaar

NLEnergie kan van publicatie geen algemeen preventieve werking meer uitgaan aangezien NLEnergie haar telemarketingactiviteiten beëindigd heeft.

6 Juridisch kader

6.1 Ten aanzien van de overtreding

35. Artikel 11.7, vierde lid (oud), Tw is op 19 mei 2004 in werking getreden. De bepaling luidt als volgt:

(...)

4. Het gebruik van andere dan in het eerste lid bedoelde middelen voor het overbrengen van commerciële, ideële of charitatieve doeleinden aan abonnees is toegestaan, tenzij de desbetreffende abonnee te kennen heeft gegeven dat hij communicatie waarbij van deze middelen gebruik wordt gemaakt, niet wenst te ontvangen en indien de abonnee bij elke overgebrachte communicatie de mogelijkheid wordt geboden om verzet aan te tekenen tegen het verder gebruik van zijn elektronische contactgegevens. Aan de abonnee worden in dat geval geen kosten in rekening gebracht van voorzieningen waarmee wordt voorkomen dat hem een ongevraagde communicatie wordt overgebracht.

36. Op 1 oktober 2009 is artikel 11.7 Tw gewijzigd. Ten aanzien van de verplichtingen uit het oude artikel 11.7, vierde lid, Tw heeft de wetgever geen wijzigingen beoogd. De verplichtingen uit het oude artikel 11.7, vierde lid (oud), Tw zijn thans vervat in artikel 11.7, vijfde en twaalfde lid, Tw²⁵. Deze bepalingen luiden als volgt:

(...)

5. 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 het 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.”

(...)

12. Tijdens elke overgebrachte communicatie wordt de abonnee, tijdens het gesprek, gewezen op het register en wordt hem de mogelijkheid geboden om 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 zesdelid. Aan de abonnee worden in elke geval geen kosten in rekening gebracht van voorzieningen waarmee wordt voorkomen dat hem ongevraagde communicatie wordt overgebracht. Artikel 41, tweede lid, van

²⁵ In dit besluit wordt alleen naar de nieuwe wettekst van artikel 11.7 Tw verwezen, ook daar waar het destijds geldende (oude) artikel 11.7 Tw bedoeld wordt.

Besluit Openbaar

de Wet bescherming persoonsgegevens is van overeenkomstige toepassing.”

(...)

37. In artikel 11.7, twaalfde lid Tw (artikel 11.7, vierde lid oud Tw) is de verplichting opgenomen om de abonnee tijdens een telemarketinggesprek de mogelijkheid te bieden om verzet aan te tekenen tegen het verder gebruik van zijn elektronische contactgegevens. Deze verplichting wordt ook wel “het recht van verzet” genoemd.

38. Artikel 11.7, eerste lid Tw luidt als volgt:

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

39. Artikel 11.8 Tw, luidt:

De toepassing van de artikelen 11.6 en 11.7, vijfde tot en met twaalfde lid, is beperkt tot abonnees die natuurlijke personen zijn.

40. Artikel 1.1 sub 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.

6.2 Ten aanzien van de bevoegdheid

41. Artikel 15.1, derde lid, Tw luidt:

“Met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens andere bepalingen van deze wet dan bedoeld in het eerste en tweede lid zijn belast de bij besluit van het college aangewezen ambtenaren.”²⁶

42. Artikel 15.8, eerste lid, Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:

“Indien een ambtenaar als bedoeld in artikel 15.1, (...) derde lid, vaststelt dat een overtreding is begaan, maakt hij daarvan een rapport op.”

43. Artikel 15.4, vierde lid, Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:

“Ingeval van overtreding van bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde

²⁶ Zie ook het Besluit van het college van 29 januari 2008, *Stcrt.* 2008, nr. 22.

Besluit Openbaar

voorschriften (...), kan het college aan de overtreder een boete opleggen van ten hoogste € 450.000.”

44. Artikel 15.4, vijfde lid, Tw luidt als volgt:

“De hoogte van de boete wordt in ieder geval afgestemd op de ernst en de duur van de overtreding alsmede op de mate waarin de overtreder daarvan een verwijt kan worden gemaakt.”

45. Artikel IV, eerste lid, Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht luidt:

1. *Indien een bestuurlijke sanctie wordt opgelegd wegens een overtreding die plaatsvond voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet blijft het recht zoals dat gold voor dat tijdstip van toepassing.*

6.3 Boetebeleidsregels en beleid inzake telemarketing

46. Met de Boetebeleidsregels²⁷ geeft het college invulling aan zijn beleid ten aanzien van het vaststellen van de hoogte van boetes ingevolge artikel 15.4 Tw. Tevens verschaft het college in de Boetebeleidsregels inzicht in de factoren die hij meeweegt bij het bepalen van de hoogte van de boete.

47. Het college heeft op 16 mei 2006 zijn definitieve standpunt inzake telemarketing gepubliceerd op zijn website www.opta.nl. In zijn definitieve standpunt maakt het college ondermeer zijn uitleg van de norm en reikwijdte van artikel 11.7, vierde lid (oud), Tw aan de markt duidelijk. Verder maakt het college hierin duidelijk dat het college bij de handhaving zich uit praktische overwegingen zich vooralsnog alleen op de opdrachtgevers, en dus niet op de callcenters, zal richten. Het college heeft zijn definitieve standpunt breed in de markt uitgedragen.

7 Overwegingen van het college

7.1 Zorgvuldigheid onderzoek

48. Het college is van oordeel dat het onderzoek - en de daarin gevolgde procedure - rechtmatig is. Voor zover er al sprake zou zijn van tekortkomingen in het onderzoek of het onderzoeksrapport, merkt het college op dat ook in het strafrecht eventuele gebreken of onrechtmatigheden er niet toe leiden dat geen beslissing kan worden genomen over de strafwaardigheid van een gedraging. Integendeel, zo voorziet bijvoorbeeld artikel 359a van het Wetboek van Strafvordering in maatregelen waarmee eventuele procedurele fouten kunnen worden gecompenseerd. In het navolgende zal het college nader ingaan op de door NLEnergie ingebrachte punten.

²⁷ Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA), *Stcrt.* 2008. nr. 50., p. PM

Besluit Openbaar

49. NLEnergie stelt onder meer dat het klachtformulier suggestief zou zijn. Het college ziet niet in welk opzicht het klachtformulier suggestief zou zijn. De vragen die een klager moet invullen, zien allemaal op feiten die relevant zijn voor de beoordeling in hoeverre artikel 11.7, vierde lid (oud) van de Tw wel of niet is nageleefd - en zo ja: wanneer en door wie. Van begeleidende, laat staan suggestieve tekst is geen sprake. Het college begrijpt verder de stelling van NLEnergie aldus dat het klachtenformulier objectief of suggestief zou zijn louter omdat in het formulier opeenvolgend vragen worden gesteld die betrekking hebben op verschillende onderdelen van artikel 11.7, vierde lid (oud) van de Tw. Dat de loutere opeenvolging van vragen een suggestief karakter heeft, is naar het oordeel van het college, onwaarschijnlijk. Het vermeende suggestieve karakter van het klachtenformulier heeft NLEnergie daarmee niet aannemelijk gemaakt, dat de klachten als gevolg daarvan onbruikbaar zijn, is naar het oordeel van het college evenmin gebleken.
50. Van vooringenomenheid van de toezichthoudend medewerkers van het college tijdens het onderzoek is naar het oordeel van het college geen sprake. Dat de leider van het onderzoek in een eerder stadium bij één of meer gesprekken met NLEnergie heeft gezeten, maakt hem niet vooringenomen of anderszins ongeschikt voor het uitvoeren van onderzoek. Het college stelt vast dat op basis van uitsluitend de feiten uit het onderzoeksrapport genoegzaam kan worden geoordeeld of sprake is van overtreding van artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw. Van verdachtmakingen zonder feitelijke onderbouwing is naar het oordeel van het college geen sprake.
51. NLEnergie stelt verder dat tijdens het onderzoek bewijsmateriaal is ingezien en is onderzocht in strijd met eerder gemaakte afspraken. Het college stelt vast dat NLEnergie op 23 september 2009 heeft aangegeven (door middel van het versturen van zogeheten curatieve lijsten) welk bewijsmateriaal niet zou mogen worden ingezien omdat dit bewijs zou vallen onder de bescherming van het Legal Privilege dan wel buiten de reikwijdte van het onderzoek zou vallen. De onderzoekers hebben vervolgens al deze bestanden buiten beschouwing gelaten. Volgens de onderzoekers was voor een uitnodiging aan NLEnergie om aanwezig te zijn bij het onderzoek van het digitale bewijsmateriaal vervolgens geen aanleiding meer. Het college erkent dat de onderzoekers over die beslissing NLEnergie hadden moeten informeren. Het college stelt verder vast dat gedurende het onderzoek geen bewijsmateriaal is ingezien wat niet ingezien had mogen worden. Het college is van oordeel dat het onderzoek op dit punt niet onrechtmatig is. NLEnergie is evenmin haar belangen geschaad – hetgeen NLEnergie desgevraagd tijdens de hoorzitting heeft erkend.

7.2 Beschermd belang

52. Het college merkt in dit verband allereerst op dat de toepasselijke norm in dit verband artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw is. Ten tijde van het begaan van de overtredingen was deze bepaling immers het geldend recht. De overtreden norm wordt in het onderzoeksrapport genoemd. Dat de onderzoeker vervolgens als overtreden bepalingen de wetteksten noemt die ten tijde van de overtreding nog niet van kracht waren, is naar het oordeel van het college een kennelijke vergissing. Uit de rest van het onderzoeksrapport, met name uit de conclusie, blijkt

Besluit Openbaar

voldoende duidelijk welke gedragingen als overtredingen worden aangemerkt.

53. De telemarketingregels van artikel 11.7 Tw zijn regels die als doel hebben om consumenten te beschermen tegen ongewenste telemarketingoproepen. Het recht van verzet is één van deze regels. Het college acht de handhaving van deze telemarketingregels voor consumenten van groot belang. Het kenmerk van het handhaven van regels die er op zijn gericht consumentenbelangen te beschermen – dus ook de telemarketingregels – is dat er vaak sprake is van een veelvoud van overtredingen die ieder voor zich een relatief kleine schade betreft. De schade bij consumenten, en daarmee het consumentenbelang, betreft echter een optelsom van al die relatief kleine schades. Het college constateert dat er een brede irritatie in de maatschappij is over ongewenste telemarketingoproepen en dat het consumentenbelang voor het handhaven van telemarketingregels in zijn geheel groot is.
54. De ervaring van het college is dat slechts een zeer beperkte hoeveelheid consumenten die een klacht hebben ook via ConsuWijzer klagen bij het college. NLEnergie stelt zich op het standpunt dat het college de relativiteit uit het oog is verloren tussen de hoeveelheid klachten die het college heeft ontvangen die betrekking hebben op NLEnergie en de hoeveelheid telemarketinggesprekken die namens NLEnergie zijn gevoerd. Volgens van het college is dit hoogstwaarschijnlijk het spreekwoordelijke topje van de ijsberg. Het college stelt daarnaast vast dat de klachten uitsluitend zijn gebruikt bij de beslissing om een onderzoek te starten maar in het onderzoek verder geen rol hebben gespeeld.
55. Tijdens de hoorzitting van NLEnergie heeft de gemachtigde van NLEnergie naar voren gebracht dat het onderzoeksrapport zoveel gebreken zou bevatten dat op basis daarvan geen deugdelijk besluit zou kunnen worden genomen. Het college deelt dit oordeel niet. Het bewijsmateriaal, dat tijdens het onderzoek is vergaard, is rechtmatig verkregen. Het onderzoeksrapport bevat voldoende feiten en omstandigheden om te kunnen vaststellen welke overtredingen zijn begaan, wanneer deze overtredingen zijn begaan, waar deze zijn begaan en wie als overtreder is aan te merken. Het rapport vermeldt verder de wettelijke voorschriften die zijn overtreden. Bovendien is het college op grond van de in onderzoeksrapport weergegeven resultaten van het onderzoek voldoende in staat om de ernst, de duur en de verwijtbaarheid van de overtreding vast te stellen. Aan de wettelijke vereisten van zowel artikel 15.8 als van artikel 15.4 van de Tw is daarmee voldaan.

7.3 Overtreding artikel 11.7, vierde lid (oud), Tw

Uitleg recht van verzet

56. Een deel van de verplichting van artikel 11.7, vierde lid (oud), Tw houdt in dat bij elke overgebrachte communicatie de mogelijkheid wordt geboden om verzet aan te tekenen. Het college heeft eerder in zijn definitieve standpunt telemarketing duidelijk gemaakt dat onder “verzet aantekenen” moet worden verstaan: het maken van bezwaar middels een opt-out

Besluit Openbaar

keuze. In zijn definitieve standpunt telemarketing meldt het college dat naar zijn oordeel de telemarketeer dit recht van verzet actief en uit eigener beweging aan moet bieden.

57. Artikel 11.7, vierde lid (oud), Tw regelt dat telemarketinggesprekken zijn toegestaan “tenzij de desbetreffende abonnee te kennen heeft gegeven dat hij communicatie waarbij van deze middelen gebruikt wordt gemaakt, niet wenst te ontvangen”. Dit betekent naar het oordeel van het college dat indien een abonnee een recht van verzet heeft aangetekend, deze abonnee niet meer gebeld mag worden door degene bij wie het verzet eerder is aangetekend, oftewel dat het recht van verzet gerespecteerd dient te worden.

Gesprekken hadden commercieel doel

58. Er kan geen twijfel over bestaan dat de gesprekken voor een commercieel doel werden gevoerd. De bedoeling van de gesprekken was immers dat in de gesprekken die namens NLEnergie werden gevoerd consumenten er toe zouden overgaan klant te worden bij NLEnergie. Ook NLEnergie zelf spreekt in dit verband van verkoopgesprekken (zoals blijkt uit onder meer de overeenkomsten met de callcenters en de brief van NLEnergie van 15 april 2009 aan het college).

De benaderde consumenten zijn als natuurlijk persoon abonnee.

59. Artikel 11.8 van de Tw bepaalt dat de werking van artikel 11.7 van de Tw is beperkt tot abonnees die natuurlijk persoon zijn.
60. Het college stelt vast dat NLEnergie zich in haar communicatie uitsluitend richtte op consumenten. Dit blijkt ondermeer uit de brieven van NLEnergie van 21 april 2008 en 8 januari 2009²⁸ waarin NLEnergie uitwerkt hoe zij zich richt op consumenten. Ook uit de website van NLEnergie blijkt zonder meer dat zij zich richt op consumenten. Desgevraagd heeft NLEnergie ook verklaard dat zij zich uitsluitend richtte op consumenten en dat zij geen bedrijven benaderde. NLEnergie heeft in haar bedrijfsstrategie aangegeven zich uitsluitend te richten op levering van energie aan consumenten.
61. Uit de overeenkomst tussen NLEnergie en [Vertrouwelijk]²⁹ blijkt verder dat [Vertrouwelijk] zich verplichtte tot het leveren van abonneegegevens van consumenten. In de overeenkomst staat dat bedrijfsadressen uitgesloten dienen te worden van de levering aan NLEnergie.
62. Consumenten zijn, aldus artikel 1.1, onder q, van de Tw, natuurlijke personen die gebruik maken van of verzoeken om een openbare elektronische communicatiedienst voor andere dan bedrijfs- of beroepsdoeleinden.

63. Op grond van het voorgaande stelt het college vast dat NLEnergie bij het overbrengen van haar

²⁸ Zie bijlage 3 en 7 van het rapport

²⁹ Zie bijlage 10 van het rapport

Besluit Openbaar

berichten zich uitsluitend richtte tot consumenten en daarmee tot natuurlijke personen. Met voldoende zekerheid is daarmee komen vast te staan dat de benaderde personen als natuurlijk persoon abonnee zijn.

Niet aanbieden recht van verzet

64. Allereerst staat het college stil bij de conclusies van het onderzoeksrapport dat NLEnergie in strijd heeft gehandeld met artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw door niet actief het recht van verzet aan te bieden.
65. In het onderzoeksrapport trekt de onderzoeker conclusies op basis van zijn onderzoek van de gegevens, onder meer gegevens die het college heeft gevorderd op 8 juli 2009. Deze gegevens bevatten ook gespreksopnames van telemarketinggesprekken die het callcenter [Vertrouwelijk] voor NLEnergie heeft gevoerd. Deze gespreksopnames betreffen 763.559 telemarketinggesprekken in de periode van 26 maart 2009 tot en met 13 juni 2009. Vast staat in ieder geval dat door de inhoud van deze gespreksopnames kan worden vastgesteld of in deze gesprekken het recht van verzet is aangeboden.
66. NLEnergie heeft aangegeven dat deze 763.559 gespreksopnames van telemarketinggesprekken waarschijnlijk niet alle gespreksopnames zijn uit de periode van 26 maart 2009 tot en met 13 juni 2009 die door [Vertrouwelijk] zijn gevoerd. Volgens NLEnergie zou [Vertrouwelijk] circa 400.000 gesprekken meer gevoerd moeten hebben dan de 763.559 uit de onderzoeksgegevens. De redenering die NLEnergie hiervoor gebruikt is dat [Vertrouwelijk] volgens de ervaring van NLEnergie 65% van de in totaal 1.776.523 records die door NLEnergie aan [Vertrouwelijk] in die periode zijn verstrekt zou moeten hebben gebeld. Het college stelt vast dat NLEnergie haar redenering niet onderbouwt.
67. Overigens doet het feit, dat er mogelijk meer gesprekken door [Vertrouwelijk] zijn gevoerd niets af aan de inhoud en de beoordeling van de aangetroffen gespreksopnames. Dat de eigenaar van [Vertrouwelijk] uitsluitend gesprekken zou hebben bewaard om NLEnergie in een kwaad daglicht te stellen, doet aan de inhoud van de aangetroffen gespreksopnames evenmin iets af. Bovendien acht het college het, gezien het enorme aantal gesprekken, uiterst onaannemelijk dat de eigenaar van [Vertrouwelijk] in staat was gespreksopnames te selecteren met het oog op het door NLEnergie gesuggereerde doel. En als dat wel het geval zou zijn geweest, is het onderzochte aantal nog altijd een hoog aantal gesprekken.
68. Het college stelt verder vast dat NLEnergie de 763.559 gespreksopnames als zodanig niet betwist. Het college is op grond van het voorgaande van oordeel dat de onderzoeksgegevens van de gespreksopnames van [Vertrouwelijk] voldoende betrouwbaar zijn om conclusies te kunnen trekken of in de door [Vertrouwelijk] gevoerde telemarketinggesprekken in de periode van 26 maart 2009 tot en met 13 juni 2009 het recht van verzet is aangeboden.
69. De onderzoeker heeft de gespreksopnames onderzocht en een steekproef samengesteld uit het totale aantal gesprekken van meer dan 12 seconden. Ter onderbouwing van deze keuze

Besluit Openbaar

heeft de rapporteur aangegeven dat bij de gesprekken korter dan 12 seconden geen gesprek tot stand is gekomen. In totaal bleven op deze wijze 562.949 van de 763.559 gespreksopnames over waaruit een steekproef is genomen.

70. Bij de inrichting van de steekproef heeft de onderzoeker zich gebaseerd op een onnauwkeurigheid van 5% (steekproefmarge) en een betrouwbaarheid van 95%. Op basis van deze gegevens is de onderzoeker gekomen tot een steekproef van 384 gespreksopnames.
71. De NLEnergie heeft aangegeven dat de onderzoeker een te kleine steekproef heeft genomen om juiste conclusies te trekken doordat volgens NLEnergie de kans op het wel of niet aanbieden van recht van verzet door de onderzoeker verkeerd is gesteld. Het college is van oordeel dat de onderzoeker in zijn statische onderbouwing uitgegaan is van een kans op het wel of niet aanbieden van recht van verzet van 50% en op basis daarvan een juiste steekproefgrootte heeft gekozen³⁰. Het vergroten van de steekproefpopulatie vergroot weliswaar de betrouwbaarheid maar het college stelt vast dat in het onderzoek gehanteerde omvang van de populatie van de steekproef leidt tot een betrouwbaarheid van 95%, hetgeen algemeen beschouwd als voldoende betrouwbaar geldt.
72. Om te bepalen of het recht van verzet al dan niet is aangeboden zijn gespreksopnames in dit geval van groot belang. Het college is van oordeel dat de gespreksopnames van uitsluitend [Vertrouwelijk] onvoldoende basis vormen om met voldoende zekerheid vast te stellen dat in de telemarketinggesprekken die gevoerd zijn door andere callcenters het recht van verzet evenmin is aangeboden. Wel acht het college het waarschijnlijk dat de werkwijze van andere callcenters met betrekking tot het aanbieden van het recht van verzet niet wezenlijk verschilde van de werkwijze van [Vertrouwelijk].
73. Het college constateert dat NLEnergie er van uit ging dat met de implementatie van een IVR systeem³¹, oftewel een automatisch bandje dat na afloop van het gesprek wees op de mogelijkheid van het recht van verzet, NLEnergie geheel zou voldoen aan de plicht om het recht van verzet aan te bieden. Het college is van oordeel dat de implementatie van een “recht van verzet bandje” nog geen automatische naleving van de plicht om het recht van verzet aan te bieden oplevert. Immers, als het bandje start nadat de verbinding met de gebelde is

³⁰ Een analyse van de door de onderzoeker gebruikte statistische formule voor de berekening van de steekproefgrootte levert het volgende beeld op:

$$N = (1,96) \text{ kwadraat} * (P * (100 - P) / S \text{ kwadraat})$$

Waarbij:

N = de werkelijke populatie

P = het gevonden percentage, ofwel de kans op wel of niet aanbieden van recht van verzet

1,96 = factor voor berekening op 95% betrouwbaarheidsniveau

S = de steekproefmarge

Bij S = 5 en P = 50 komt uit de populatie het aantal 384.

³¹ Interactive voice response

Besluit Openbaar

verbroken, is het recht van verzet niet aangeboden tijdens het gesprek. Het aanbieden van het recht van verzet door middel van een bandje na afloop van het gesprek kan niet anders betekenen dan dat daarmee een verplichting voor de beller ontstaat om tijdens het gesprek te wijzen op dit bandje. Iedere andere uitleg zou het bestaan van de verplichting om het recht van verzet te bieden naar het oordeel van het college betekenisloos maken. Het college stelt vast dat in veel gevallen het “recht van verzet bandje” niet werd ingeleid door callcenter medewerkers.

74. Ten aanzien van de reikwijdte van de verplichting tot het aanbieden van het recht van verzet merkt het college het volgende op. Hoewel de verplichting absoluut is geformuleerd, is het in de praktijk onmogelijk deze verplichting in alle gevallen en bij alle gesprekken volledig na te leven. Naar het oordeel van het college is bepalend voor het bestaan van de verplichting tot het aanbieden van het recht van verzet dat een gesprek tot stand komt, zodanig dat de betreffende callcenter medewerker redelijkerwijs in staat moet worden geacht om het recht van verzet aan te bieden. Het oordeel of van een vorenbedoeld “echt” gesprek sprake is, hangt af van de inhoud en het verloop van het gesprek. Een dergelijke beoordeling is niet alleen praktisch onuitvoerbaar maar is ook in hoge mate subjectief. Het college is van oordeel dat het criterium “duur van een gesprek” objectiever en daarom bruikbaar is voor de beoordeling of van een gesprek sprake is, waarvoor de verplichting tot het melden van het recht van verzet bestaat.
75. Het college is verder van oordeel dat de onderzoeker, door gesprekken die korter duren dan 12 seconden buiten beschouwing te laten, rekening heeft gehouden met enerzijds de vraag wanneer van een gesprek sprake is en anderzijds met de hiervoor geschetste onmogelijkheid om de verplichting tot het aanbieden van het recht van verzet te allen tijde na te leven. Het college stelt vast dat met inachtneming van het hiervoor bepaalde, in een zeer groot aantal telemarketinggesprekken die door [Vertrouwelijk] zijn gevoerd in de periode van 26 maart 2009 tot en met 13 juni 2009 het recht van verzet niet actief is aangeboden. Het gaat daarbij om gesprekken waarbij het recht van verzet redelijkerwijs aangeboden had kunnen en moeten worden.
76. Concreet gaat het daarbij om de volgende aantallen. Van de 384 gespreksopnames van de steekproef kregen 129 gesprekken de status “abonnee hangt op, geen gesprek/voicemail/fax, foutief adres en terugbellen”. De onderzoeker stelt dat in deze gesprekken het recht van verzet niet aangeboden kon of hoefde te worden. Van de overgebleven 255 gesprekken is in 8 gevallen het recht van verzet aangeboden. De rapporteur meldt in het rapport hierover dat uitgaande van een steekproefmarge van 5% dit betekent dat met een betrouwbaarheid van 95% de conclusie getrokken kan worden dat in 91,9% van de 562.949 gevallen het recht van verzet niet is aangeboden. Het college is van oordeel dat deze conclusie niet correct is. Uit de steekproef blijkt dat er twee typen gespreksopnames zijn, namelijk 129 opnames van telemarketingoproepen die niet leiden tot een gesprek en 255 opnames van telemarketingoproepen die wel leiden tot een gesprek. Alleen bij de telemarketingoproepen die wel leiden tot een gesprek kan volgens het college het recht van verzet worden aangeboden. Bij de conclusie dat in 91,9% van de gevallen het recht van verzet niet is aangeboden weegt de

Besluit Openbaar

rapporteur blijkbaar alleen de telemarketingoproepen die wel leiden tot een gesprek. Deze 91,9% mogen volgens het college niet herleid worden naar de gehele steekproef maar slechts naar het deel van 255 telemarketingoproepen die wel hebben geleid tot een gesprek. Daarnaast geldt dat als bij de conclusie gewogen wordt op de 255 gesprekken en niet op de gehele steekproef van 384, dat de steekproefmarge aangepast moet worden op een nieuwe steekproefgrootte van 255. Herberekening levert een nieuwe steekproefmarge van 6,15% op³². Op grond van de onderzoeksgegevens kan volgens het college met een steekproefmarge van 6,15% en een betrouwbaarheidsniveau van 95% geconcludeerd worden dat in ieder geval in 90,75%³³ van de telemarketingoproepen die hebben geleid tot een gesprek het recht van verzet niet is aangeboden. Het college stelt vast dat met 95% betrouwbaarheid in ieder geval in 339.253 gevallen³⁴ het recht van verzet niet is aangeboden waar dat wel had moeten.

77. NLEnergie geeft in randnummer 57 van haar zienswijze aan dat de onderzoeker van OPTA een technische fout heeft gemaakt. In zijn onderzoek naar de aantallen gesprekken³⁵ waarvan als output een recht van verzet is aangetekend, heeft de onderzoeker alleen gekeken naar de resultaatcode "6" voor "verzet" en niet naar de resultaatcodes "1" en "2". Volgens NLEnergie betreft het hier de output van respondenten in de IVR ("bandje"). Hierdoor zijn 15.750 aantekeningen van recht van verzet onterecht niet meegenomen in de analyse van de onderzoeker. Bij navraag tijdens de hoorzitting heeft NLEnergie beaamd dat dit geen invloed heeft op de conclusies van de rapporteur in randnummers 98 en 99 over de absolute aantallen waarin het recht van verzet niet is gerespecteerd.

Respecteren recht van verzet

78. In het onderzoeksrapport stelt de onderzoeker in § 5.3 (samengevat in randnummer 101 van het rapport) vast dat NLEnergie in een relatief laag aantal gevallen "verzet" registreerde als uitkomst van een gesprek, dat NLEnergie enkele tienduizenden keren een abonneenummer waarbij verzet was aangetekend nogmaals belde en dat de zogenaamde distributies een groot aantal dubbele vermeldingen bevatten.
79. Naar het oordeel van het college ligt de kern van de vaststelling dat NLEnergie het recht van verzet niet respecteerde in de bevindingen zoals die zijn weergegeven in de randnummers 96 tot en met 100 van het onderzoeksrapport. Zoals uit randnummer 96 blijkt, staat van 68.150 gevallen vast dat sprake was opname in een latere distributie aan callcenters terwijl bij dat betreffende nummer al "verzet" stond geregistreerd. De onderzoeker maakt daarbij onderscheid in "koude" en "endorsed" nummers. Het college zal in het navolgende dit onderscheid niet maken. Het onderscheid tussen "koud" en "endorsed" heeft betrekking op de herkomst van de

³² Zie voor berekening www.allesovermarktonderzoek.nl/Extra/steekproef.aspx

³³ $247/255 * 100 = 96,9\%$ -/- steekproefmarge $6,15\% = 90,75\%$

³⁴ $90,75\% * (255/384) * 562.949 = 339.253$

³⁵ Zie bijlage 21 van het onderzoeksrapport.

Besluit Openbaar

betreffende nummers en kan naar het oordeel van het college uitsluitend een rol spelen bij de beoordeling in hoeverre er voor het gebruik voor commerciële, charitatieve of ideële doeleinden van het betreffende abonneenummer sprake is voorafgaande toestemming. Voor de beoordeling van de vraag of het recht van verzet werd gerespecteerd nádat NLEnergie het betreffende abonneenummer had laten bellen doet dit onderscheid niet meer ter zake. Het gaat in dat laatste geval immers om de vraag wat NLEnergie deed met de haar ter beschikking staande informatie, namelijk het feit dat voor een bepaald abonneenummer een recht van verzet was geregistreerd.

80. Uit de resultaten van het onderzoek blijkt dat NLEnergie, ondanks het feit dat voor een aantal abonneenummers tijdens een gesprek namens NLEnergie een recht van verzet was geregistreerd, de betreffende nummers opnieuw heeft gebeld, zo blijkt uit randnummer 99 van het onderzoeksrapport. Vast staat dat in totaal in 32.105³⁶ gevallen, waarvan bij NLEnergie bekend was dat in die gevallen “verzet” was geregistreerd, opnieuw is gebeld. Dat daar een geringer aantal unieke abonneenummers zijn betrokken, doet daaraan niets af. Het gaat immers om de vaststelling van de gedraging, dus de vraag hoe vaak het recht van verzet niet is gerespecteerd en niet om de vraag hoeveel unieke abonneenummers daarbij zijn betrokken.
81. De onderzoeker relateert deze aantallen van het niet respecteren van het recht van verzet vervolgens aan de totale aantallen geregistreerde verzetpogingen. Het college kent aan deze vaststelling geen bijzondere betekenis toe. Uit deze informatie blijkt immers niet of NLEnergie de verplichting tot het aanbieden van het recht van verzet heeft nageleefd of niet. Vanwege dezelfde reden kan aan de vaststelling van de onderzoeker dat in een “laag” aantal gevallen het recht van verzet werd geregistreerd evenmin betekenis worden toegekend. Vast staat wel dat NLEnergie in 32.105 gevallen het recht van verzet niet heeft gerespecteerd. De constatering van de onderzoeker dat de distributies van NLEnergie een “groot aantal” dubbele vermeldingen bevatte, is naar het oordeel van het college voor de vaststelling van de feitelijke overtreding niet relevant. Deze constatering kan wel een rol spelen bij de vraag in hoeverre de betreffende overtreding NLEnergie verweten kan worden.

7.4 Overtreder

82. Het college beschouwt NLEnergie als overtreder van de in het onderzoeksrapport vermelde overtredingen. Het college overweegt daartoe het volgende. De opdracht voor het uitvoeren van de telemarketinggesprekken werd door NLEnergie via haar dochteronderneming De Nederlandse Verkoop Maatschappij B.V. aan diverse callcenters gegeven. Deze callcenters deden echter de telemarketinggesprekken in opdracht van NLEnergie, de naam Nederlandse Verkoopmaatschappij werd tijdens de telemarketinggesprekken niet genoemd. Het college beschouwt De Nederlandse Verkoop Maatschappij B.V. daarom als een tussenpersoon. De bestuurders van NLEnergie, Catcher in the Rye B.V. en de Gekroonde Schoen B.V., hebben evenmin een eigen, zelfstandige rol gespeeld bij de overtredingen. Alhoewel [X] en [Y] bestuurder en enig aandeelhouder zijn van respectievelijk Catcher in the Rye B.V. en de

³⁶ De som van de in randnummer 99 van het onderzoeksrapport genoemde aantallen 29.689 (“koude”) en 2.146 (“endorsed”).

Besluit Openbaar

Gekroonde Schoen B.V., hebben deze personen naar het oordeel van het college bij de overtredingen slechts een rol gespeeld in hun hoedanigheid als directeuren van NLEnergie.

83. De feitelijke aansturing van de betreffende callcenters vond plaats onder verantwoordelijkheid van NLEnergie en de beide directeuren, [X] en [Y]. Binnen NLEnergie werden de callscripts ontwikkeld, binnen NLEnergie werden de processen ontwikkeld en belegd gericht op de controle op de werkzaamheden door de callcenters. [X] en [Y] werden op de hoogte gehouden van de ontwikkelingen en hielden zich, indien nodig, bezig met de feitelijke gang van zaken omtrent de aansturing van de callcenters. Naast [X] en [Y] hielden ook andere personen zich binnen NLEnergie bezig met de aansturing van de callcenters en de telemarketingactiviteiten. De activiteiten vonden plaats binnen de normale bedrijfsprocessen van NLEnergie, waarbij gebruik werd gemaakt van de faciliteiten van NLEnergie. Bovendien droegen de telemarketingactiviteiten bij aan de het behalen van de bedrijfsdoelstelling en bedrijfsresultaat van NLEnergie.
84. Het college ziet in dit geval geen aanleiding om de betrokken callcenters als overtreder aan te merken. In zijn definitief standpunt telemarketing³⁷ heeft het college immers aangegeven dat hij bij de handhaving van de telemarketingregels zich uit praktische overwegingen vooralsnog richt op de opdrachtgever, in dit geval NLEnergie. Daar komt bij dat de callcenters in hun feitelijke handelingen werden aangestuurd door NLEnergie. NLEnergie schreef, door middel van de callscripts, de callcenters voor op welke wijze zij dienden te handelen. NLEnergie heeft ten aanzien van de overtredingen zich ook nimmer op het standpunt gesteld dat de callcenters enig verwijt viel te maken.

8 Boete

8.1 Boetebeleid OPTA

85. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt het college overeenkomstig het bepaalde in artikel 15.4, vijfde lid, Tw in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding alsmede met de verwijtbaarheid van de overtreder. Volgens de parlementaire geschiedenis van de Telecommunicatiewet kunnen - afhankelijk van het geval - ook andere factoren een rol spelen, zoals mogelijke recidive, de bereidheid van de betrokkenen om mee te werken aan het beëindigen van de overtreding, het behaalde voordeel, en dergelijke. Bij iedere boetebeschikking moet worden afgewogen hoe hoog de boete in dat concrete geval moet zijn.
86. 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).

³⁷ Van 16 mei 2006, zie www.opta.nl

Besluit Openbaar

87. Voornoemde afstemming op de economische context en de bijzondere omstandigheden van het geval waarbinnen de overtreding heeft plaatsgevonden, loopt overeenkomstig de Boetebeleidsregels langs de volgende lijn.
88. De ernst van de overtreding wordt bepaald door eerst de zwaarte van de overtreding in abstracto te bepalen en daarna deze te bezien in het licht van de omgevingsfactoren (de economische context alsmede de bijzondere omstandigheden van het geval). Het resultaat van deze afweging bepaalt de definitieve kwalificatie van de overtreding: zeer ernstig, ernstig of minder ernstig. Het hoeft dus niet per se zo te zijn dat een overtreding die aanvankelijk als zwaar wordt aangemerkt (geabstraheerd van omgevingsfactoren) uiteindelijk ook de kwalificatie ernstig krijgt. Afhankelijk van die omgevingsfactoren kan dat ook de naast hogere (zeer ernstig) of lagere (minder ernstig) kwalificatie zijn.
89. Aan elke kwalificatie is voorts een boetecategorie met een maximum boete verbonden. Binnen de bandbreedte per boetecategorie dient met inachtneming van de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder de hoogte van de boete te worden vastgesteld. Hierdoor kan de boete worden gedifferentieerd naar gelang de ernst van de overtreding. Ter bepaling van de uiteindelijke hoogte van de boete kunnen nog boeteverhogende en/of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking worden genomen. Het college stelt de boete vast conform de Boetebeleidsregels met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

8.2 De ernst van de overtredingen

90. Bij het bepalen van de zwaarte van de overtredingen neemt het college 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 het college in de Boetebeleidsregels de mogelijke overtredingen in abstracto in drie types in: zeer zware, zware en minder zware overtredingen. In zijn Boetebeleidsregels heeft het college overtreding van artikel 11.7 van de Tw als minder zwaar aangemerkt. Wat de overtreding van artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw betreft overweegt het college verder het volgende.

Duur van de overtredingen

91. Ten aanzien van de periode van de duur van de overtreding heeft de onderzoeker in zijn onderzoeksrapport aangegeven de duur van de overtreding niet exact zou zijn vast te stellen. Het college is van oordeel dat op grond van de aangetroffen gegevens die duur met voldoende zekerheid is vast te stellen.
92. Ten aanzien van het niet aanbieden van het recht van verzet heeft het college hiervoor in de randnummer 76 vastgesteld dat op grond van de bij [Vertrouwelijk] aangetroffen gespreksopnames blijkt dat NLEnergie het recht van verzet niet actief heeft aangeboden. Deze gesprekken zijn gevoerd in de periode van 26 maart tot en met 13 juni 2009. Dat omvat een periode van 80 dagen.

Besluit Openbaar

93. De onderzoeker baseert zijn veronderstelling dat ook in de periode vóór 26 maart 2009 niet actief het recht van verzet is geboden op onder andere de e-mails die zijn opgenomen in de randnummers 71, 75 en 76 van het onderzoeksrapport, in welke e-mails door medewerkers van NLEnergie zelf wordt geconcludeerd dat het recht van verzet niet actief wordt aangeboden. De onderzoeker noemt in dat verband ook in randnummer 74 het onderzoek van KPMG. Het college merkt op dat de aangehaalde e-mails afkomstig zijn uit de periode eind april 2009 tot eind mei 2009. Het onderzoek van KPMG heeft plaatsgevonden in de periode vanaf (of beginnend kort voor) 19 mei tot 25 mei 2009. Dat betekent dat zowel de e-mails als het rapport van KPMG geen feitelijke onderbouwing bieden voor de vaststelling dat vóór 26 maart 2009 ook niet actief het recht van verzet is aangeboden. Op grond daarvan ziet het college in dit geval onvoldoende aanleiding om bij de vaststelling van de duur van deze overtreding ook de periode vóór 26 maart 2009 te betrekken.
94. Ten aanzien van de vaststelling van de periode dat NLEnergie het recht van verzet niet heeft gerespecteerd, overweegt het college het volgende. De overeenkomsten met de callcenters, waarin de werkwijze van aanleveren van bestanden aan callcenters en het terugontvangen van bestanden met de resultaatcodes is opgenomen, bestrijken een periode vanaf 29 februari 2008.³⁸ In een presentatie van 20 augustus 2008, aangetroffen bij NLEnergie, wordt de hiervoor beschreven werkwijze uitgebreid behandeld en worden voorstellen gedaan ter verbetering van het proces van bestandsuitwisseling. In die presentatie erkent NLEnergie dat als gevolg van de door haar gehanteerde werkwijze, er klachten kwamen over het niet respecteren van het recht van verzet.³⁹
95. Hoewel er dus aanwijzingen zijn dat NLEnergie al vanaf februari 2008 in haar werkwijze het recht van verzet niet respecteerde, stelt het college de periode van deze overtreding vast op basis van de adresbestanden die bij NLEnergie zijn aangetroffen. Op grond van die bestanden is de overtreding immers feitelijk aangetoond, zoals hiervoor in de randnummers 79 en 81 is vastgesteld. Die adres- en resultaatbestanden, zo blijkt uit randnummer 83 van het onderzoeksrapport, dateren uit de periode september 2008 tot en met 8 juli 2009.⁴⁰ Uit de beschrijving van de werkwijze van NLEnergie blijkt dat deze bestanden de basis vormden voor de telemarketingactiviteiten van NLEnergie.⁴¹ Het college ziet zijn oordeel dat de periode van deze overtreding aanvangt midden september 2008 mede bevestigd in het feit dat in de periode oktober tot november 2008 tussen het college en NLEnergie contact is geweest over in ieder geval het niet respecteren van het recht van verzet.⁴² Naar het oordeel van het college bedraagt de duur van de overtreding van het niet respecteren van het recht van verzet derhalve bijna 10 maanden (midden september 2008 tot 8 juli 2009).

³⁸ Zie de overeenkomst met [Vertrouwelijk] de bestandsuitwisseling staat vermeld in artikel 5 van de raamovereenkomst.

³⁹ Zie ook randnummer 126 van het onderzoeksrapport.

⁴⁰ Zie ook pagina 3 van bijlage 21 bij het onderzoeksrapport (verslag digitaal onderzoek bestanden aangetroffen bij Nle).

⁴¹ Randnummers 53 tot en met 56 van het onderzoeksrapport.

⁴² Bijlagen 4, 5 en 6 bij het onderzoeksrapport.

Besluit Openbaar

Omvang, aantal overtredingen

96. Ten aanzien van de omvang van de overtredingen overweegt het college het volgende. Hiervoor heeft het college in randnummer 76 vastgesteld dat NLEnergie in ieder geval in 339.253 gevallen het recht van verzet niet heeft aangeboden waar dat wel had moeten. Daarnaast staat op grond van randnummers 80 en 81 vast dat NLEnergie in 32.105 gevallen het recht van verzet niet heeft gerespecteerd.

8.2.1 Geschonden belang

97. Hiervoor heeft het college in randnummer 53 aangegeven welk belang artikel 11.7, vierde lid (oud) van de Tw beschermt. Ongevraagde communicatie in de vorm van telefonische verkoopgesprekken vormt een grote bron van irritatie en veroorzaakt veel overlast bij consumenten.

- Uit onderzoek blijkt dat negen op de tien consumenten telemarketing (waarbij geen sprake is van een klantrelatie, het coldcalling) als storend ervaren.⁴³
- Uit dit onderzoek blijkt dat een meerderheid van de consumenten vindt telemarketing dusdanig storend dat zij van plan zijn zich voor telemarketing af te melden.⁴⁴

98. De hiervoor genoemde feitelijkheden zijn de belangrijkste redenen waarom het college het niet naleven van artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw (in ruime zin) schadelijk acht.

8.2.2 Overige omstandigheden van het geval

99. Bij het bepalen van de ernst van de overtredingen houdt het college, naast de hiervoor vastgestelde zwaarte van de overtredingen in abstracto, rekening met de economische context en de bijzondere omstandigheden waarin de overtredingen hebben plaatsgevonden. In lijn met zijn toezicht op de handhaving van het spamverbod (artikel 11.7, eerste en derde lid van de Tw) stelt het college de ernst van de overtreding vast mede op basis van navolgende criteria:

- het aantal klachten;
- aantal geconstateerde overtredingen;
- meerdere bepalingen overtreden;
- herhaalde overtreding (recidive);
- de bijzondere schadelijkheid van het telefoongesprek volgens eindgebruikers;

100. Bovengenoemde criteria zijn niet cumulatief. Om de ernst van de overtredingen in dit concrete geval te bepalen, zal het college hieronder ingaan op de in het onderhavige geval relevante criteria.

⁴³ SEO Economisch Onderzoek, *Telemarketing: irritatie geregeld?* (onderzoek in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken), Amsterdam 2007, p. 19.

⁴⁴ Zie noot 36, p. 21-22: het betreft 56% van de consumenten.

Besluit Openbaar

Conclusie ten aanzien van de ernst van de overtredingen

101. Het college heeft in randnummer 13 vastgesteld dat er in totaal 114 klachten zijn ingediend over de telemarketingactiviteiten van NLEnergie, op een totaal van ingediende 471 klachten. Dat betekent dat bijna een kwart van de ingediende klachten betrekking heeft op NLEnergie. Daarnaast heeft het college hiervoor vastgesteld dat NLEnergie de verplichting tot het aanbieden van het recht van verzet niet heeft nageleefd, evenmin als de verplichting het recht van verzet te respecteren.

102. Het college heeft bovendien vastgesteld dat NLEnergie in ieder geval in 339.253 gevallen het recht van verzet niet heeft aangeboden waar dat wel had moeten en in 32.105 gevallen het recht van verzet niet heeft gerespecteerd. Naar het oordeel van het college zijn dit grote aantallen. Het college heeft niet eerder vastgesteld dat NLEnergie artikel 11.7, vierde lid (oud) van de Tw heeft overtreden. Evenmin heeft het college NLEnergie eerder gewaarschuwd wegens overtreding van artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw. Van recidive is naar het oordeel van het college geen sprake. Van bijzondere schadelijkheid van het telefoongesprek, bijvoorbeeld in de zin dat de inhoud van het gesprek door abonnees als schadelijk is ervaren, is het college niets gebleken. Op grond van het voorgaande merkt het college de overtredingen van NLEnergie aan als ernstig.

9 De vaststelling van de hoogte van de boete

103. In zijn boetetebelidsregels heeft het college de zwaarte van overtreding van artikel 11.7 van de Tw in abstracto bepaald als een minder zware overtreding. In het voorgaande heeft het college de ernst van zowel het niet aanbieden van het recht van verzet als het niet respecteren van het recht van verzet in concreto als ernstig aangemerkt. Voor beide overtredingen indiceert dit een boete die ligt in de bandbreedte tussen de € 100.000,- en € 300.000,-.

9.1 Verwijtbaarheid van de overtreder

Duidelijkheid norm

104. De norm van artikel 11.7, vierde lid (oud) van de Tw, laat niets aan duidelijkheid te wensen over. Artikel 11.7, vierde lid (oud) van de Tw staat ongevroagde communicatie voor de daar genoemde doelen toe tenzij de desbetreffende abonnee te kennen heeft gegeven dat hij communicatie niet wenst te ontvangen. Dat "aangeven" doet de desbetreffende abonnee door verzet aan te tekenen. Het niet respecteren van dat verzet is daarmee een inbreuk op hetgeen in artikel 11.7, vierde lid (oud) van de Tw is bepaald. De verplichting tot het aanbieden van het recht van verzet vloeit voort uit het in artikel 11.7, vierde lid (oud) van de Tw. In zijn standpunt telemarketing heeft het college aangegeven dat de mogelijkheid bieden om verzet aan te tekenen betekent dat per gesprek actief en uit eigener beweging op de mogelijkheid van verzet of het maken van bezwaar moet worden gewezen.

Besluit Openbaar

105. Zoals hiervoor beschreven heeft het implementeren van een IVR systeem tot gevolg dat gedurende het gesprek de betreffende abonnee moet worden gewezen op dit bandje. Overigens heeft NLEnergie de duidelijkheid van de norm ten aanzien van het aanbieden van het recht van verzet niet betwist.

Relativiteit

106. Vanaf begin 2008 ontving het college klachten over de niet naleving van door NLEnergie van voornoemde verplichtingen. Vanaf maart 2008 tot en met juni 2009 is er contact geweest tussen NLEnergie en het college. Gedurende die periode heeft het college NLEnergie enkele klachten ter beschikking gesteld teneinde haar in de gelegenheid te stellen de op haar rustende verplichtingen na te leven.

107. NLEnergie stelt dat van een relatieve afname van de klachten sprake was, hetgeen volgens haar niet rechtvaardigt dat het college gebruik maakte van zijn bevoegdheden om een onderzoek ter plaatse te verrichten. Het feit dat het aantal klachten afnam in welke zin dan ook, houdt niet in dat het college niet meer bevoegd zou zijn om gebruik te maken van toezichthoudende bevoegdheden. Gelet op de nog steeds inkomende klachten was er volgens het college voldoende aanleiding om nader onderzoek te doen naar de handelswijze van NLEnergie.

108. Vast staat verder dat NLEnergie op zeer grote schaal consumenten telefonisch benaderde. NLEnergie heeft in de periode september 2008 tot juli 2009 maandelijks circa anderhalf miljoen adressen uitgeleverd aan callcenters om deze te laten bellen. NLEnergie heeft in de periode september 2008 tot juli 2009 maandelijks circa een miljoen telemarketinggesprekken namens NLEnergie laten voeren. Ter illustratie: in oktober 2008 bedroeg het belvolume van NLEnergie ruim 1,5 miljoen belpogingen.⁴⁵

109. In haar brief van 9 januari 2009 geeft NLEnergie aan dat de aantallen klachten volgens haar in verhouding moeten worden gezien met het door haar gevoerde gesprekken (het belvolume). Zowel in haar zienswijze op het feitencomplex (alinea's 78 tot en met 84) als tijdens de hoorzitting brengt NLEnergie naar voren dat het aantal ontvangen signalen in relatie moet worden gezien met het aantal gedistribueerde adressen en het belvolume van NLEnergie.

110. Allereerst merkt het college op, dat hij de hiervoor beschreven aantallen overtredingen heeft vastgesteld op basis van feitelijke gegevens. Het aantal signalen (klachten) heeft het college uitsluitend gebruikt om te bepalen aan welke onder toezicht staande partijen hij nadere aandacht diende te besteden. Naast NLEnergie heeft het college zijn aandacht op basis van de bij hem binnengekomen klachten gericht op andere partijen die zich met telemarketing bezig hielden.

111. Voor zover NLEnergie heeft willen betogen dat het aantal overtredingen in relatie moet worden

⁴⁵ Zie randnummer 60 van het onderzoeksrapport en bijlage 7 van het onderzoeks rapport.

Besluit Openbaar

bezien met het aantal door haar gedistribueerde adressen en het door haar bereikte belvolume merkt het college het volgende op. Allereerst is het college van oordeel dat het op grote schaal uitvoeren van werving via telemarketingactiviteiten geen mitigerend effect heeft op de beoordeling van de ernst van de overtredingen, in casu het niet bieden van het recht van verzet en het niet respecteren van het recht van verzet.

112. Doel van artikel 11.7 van de Tw is om de consument in staat te stellen zich te vrijwaren van en gevrijwaard te blijven van ongevraagde communicatie. Wanneer een consument wordt benaderd dan maakt het voor de betreffende consument geen verschil of hij benaderd wordt door een partij die op grote schaal telemarketing activiteiten verricht of door een kleinere werver. In beide gevallen heeft de consument er op grond van artikel 11.7, vierde lid (oud) van de Tw recht op om verzet aan te kunnen tekenen tegen het verder gebruik van zijn contactgegevens. Wanneer de betreffende consument ondanks eerder aangetekend verzet toch opnieuw wordt benaderd, zal zijn ergernis over dat opnieuw benaderen ongeacht wie hem benadert in ieder geval even groot zijn.

113. Daar komt bij dat juist van partijen, die op grote schaal telemarketing activiteiten verrichten meer inspanning mag worden verwacht om te zorgen dat zij de op hen rustende wettelijke verplichtingen die specifiek zien op telemarketing, voldoende naleven.⁴⁶ Wanneer partijen, die op grote schaal telemarketingactiviteiten verrichten, te kort schieten in de naleving van juist die specifieke verplichtingen, weegt dat naar het oordeel van het college extra zwaar.

Verwijtbaarheid niet aanbieden recht van verzet

114. Over de verwijtbaarheid van NLEnergie ten aanzien van het niet bieden van het recht van verzet merkt het college het volgende op. NLEnergie was zich voortdurend bewust van deze verplichting. In die zin is de overtreding NLEnergie volledig toe te rekenen. NLEnergie heeft tijdens de hoorzitting gewezen op de continue aandacht die er bij haar was om de kwaliteit van haar werving te verbeteren. Uit een onderzoek door de Energiekamer naar onder meer de kwaliteit van de werving bleek dat NLEnergie voldeed aan op haar rustende verplichtingen waarop de Energiekamer toeziet. Ook in het onderzoeksrapport (randnummers 71 en 74) blijkt dat NLEnergie inspanningen verrichtte om naleving van het aanbieden van het recht van verzet door de callcenters te bewerkstelligen.

115. In randnummer 75 heeft het college reeds uiteengezet dat in het onderzoek naar zijn oordeel al rekening is gehouden met de onmogelijkheid om de verplichting tot het aanbieden van het recht van verzet in absolute zin na te leven. Het college neemt verder in aanmerking dat NLEnergie zich tot op zekere hoogte moeite getrooste de verplichting na te leven. Tegelijkertijd was NLEnergie zich bewust van het feit dat die naleving niet voldoende was, getuige haar e-mail

⁴⁶ Het strafrecht hanteert daarvoor de term *Garantenstellung*. Aan bepaalde personen mogen, op grond van hun kwaliteiten of hun professe zwaardere eisen worden gesteld voor de vaststelling of hun gedraging in welke mate zij schuld hebben aan een bepaalde gedraging. Zie HR 19 februari 1963, *NJ* 1963, 512.

Besluit Openbaar

waarop in randnummer 129 van het onderzoeksrapport wordt gewezen. Gelet op al het voorgaande acht het college de overtreding van de verplichting tot het aanbieden van het recht van verzet door NLEnergie niet volledig verwijtbaar.

Verwijtbaarheid niet respecteren recht van verzet

116. Het niet naleven van de verplichting tot het respecteren van het recht van verzet rekent het college NLEnergie zwaarder aan dan de niet naleving van het aanbieden van het recht van verzet. NLEnergie koos ervoor om callcenters bestanden aan te leveren, terwijl zij nog geen bijbehorende resultaatbestanden had ontvangen. Reeds in deze handelswijze ligt een groot risico besloten dat een eerder aangetekend verzet niet zou worden gerespecteerd. Daarnaast nam NLEnergie bewust het risico om eerder benaderde klanten opnieuw te benaderen, waarbij het niet respecteren van het verzet een zeer reëel risico was, zo blijkt uit randnummer 73 van het onderzoeksrapport. NLEnergie was zich van dit risico ook bewust.

117. Het college is van oordeel dat het respecteren van het recht van verzet een verplichting is waarvan de naleving geen bijzondere inspanning vergt. Zowel bij de samenstelling van haar eigen bestanden als bij de verschillende callcenters had NLEnergie immers technische voorzieningen kunnen treffen om structureel te filteren teneinde te voorkomen dat abonneenummers waarvoor eerder verzet was geregistreerd niet werden gebeld. Reeds het niet treffen van deze voorziening acht het college zeer verwijtbaar. Een dergelijk systeem was volgens NLEnergie in januari 2009 in ontwikkeling, maar liep vertraging op. NLEnergie koos er op dat moment voor andere ICT problemen eerder op te lossen. De gevolgen van die keuze dient volledig voor rekening en risico te komen van NLEnergie.

118. Daar komt bij dat NLEnergie, zo blijkt uit randnummer 128 van het onderzoeksrapport, zich bewust was van het feit dat dagelijks klachten over het niet respecteren van het recht van verzet binnenkwamen, maar dat die klachten geen aanleiding vormden effectieve maatregelen te nemen. Dit alles rekent het college NLEnergie zwaar aan. Gelet op al het voorgaande acht het college de overtreding van de verplichting tot het respecteren van het recht van verzet door NLEnergie volledig verwijtbaar.

9.2 Boeteverzwarende of -verlagende omstandigheden

119. Ten aanzien van de vraag of sprake is van boeteverzwarende of -verlagende omstandigheden die betrokken moeten worden bij de vaststelling van de hoogte van de boete overweegt het college het volgende.

NLEnergie misleidde toezichthouders

120. De onderzoeker concludeert in zijn onderzoeksrapport dat sprake is van niet medewerking aan het onderzoek door NLEnergie. Die niet medewerking bestond uit het niet verstrekken van de namen van alle callcenters die telemarketingactiviteiten voor NLEnergie uitvoerde. Daarnaast

Besluit Openbaar

zou NLEnergie toezichhouders, die tijdens een bezoek aan NLEnergie meeluisterden met telemarketinggesprekken, hebben misleid omdat de bewuste gesprekken geënceneerd zouden zijn. Ten slotte heeft NLEnergie een poging gedaan om bestaand bewijsmateriaal, in de vorm van gespreksopnames, te laten vernietigen.

121. Anders dan de onderzoeker vaststelt, ziet het college de gedraging tot het niet noemen van alle namen van callcenters geen vorm van niet medewerking. De verklaring voor het niet noemen van alle callcenters acht het college voorstelbaar.
122. De mail, zoals die in randnummer 143 van het onderzoeksrapport is opgenomen, bevat een instructie aan medewerkers om in algemene zin voorbereid te zijn op de aanwezigheid van toezichhouders gedurende een bedrijfsbezoek. Op zichzelf genomen hoeft aan het informeren van medewerkers ter voorbereiding op een bezoek van toezichthoudend ambtenaren geen bijzondere betekenis te worden toegekend. Echter, niet valt in te zien waarom in dat verband de exacte periode van meeluisteren – zowel het moment van aanvang als het moment van beëindiging – moet worden gecommuniceerd door middel van het versturen van SMS berichten. Verwacht mag immers worden dat gedurende alle gesprekken dezelfde mate van zorgvuldigheid door de callcentermedewerkers wordt betracht, die niet afhankelijk is van eventueel meeluisterende toezichhouders. Op basis van deze handeling – het exact bepalen van begin én einde van het meeluisteren – acht het college voldoende aannemelijk gemaakt dat de gesprekken geënceneerd waren. Daarmee zijn de toezichthoudend medewerkers naar het oordeel van het college misleid.
123. Daarnaast is volgens het college met voldoende zekerheid vast te stellen dat gepoogd werd de telemarketinggesprekken te verwijderen. Het college stelt vast dat NLEnergie zijn stelling, dat het verzoek tot doorzending van de betreffende e-mail van [Vertrouwelijk] zelf afkomstig zou zijn, niet is onderbouwd. Het college acht deze stelling, gelet op het op dat moment op handen zijnde kort geding met [Vertrouwelijk], bovendien uiterst ongeloofwaardig. Ten slotte komt deze stelling ook niet overeen met de door [Z] afgelegde verklaring.
124. Het niet medewerken, bestaande uit het enceneren van verkoopgesprekken en de poging gespreksopnames te vernietigen, merkt het college aan als boeteverzwarende omstandigheden. Deze beide vormen van niet medewerking hebben alleen effect op de vaststelling van de overtreding van de verplichting tot het aanbieden van het recht van verzet. Het college zal voornoemde gedragingen daarom als boeteverzwarende omstandigheden meewegen bij het vaststellen van de boete voor het niet aanbieden van het recht van verzet. Het college zal daarom het boetebedrag voor deze overtreding verhogen met een bedrag van € 25.000,-.
125. Het college acht verder geen boeteverzwarende of -verlagende omstandigheden aanwezig die betrokken moeten worden bij de vaststelling van de hoogte van de boete.

Besluit Openbaar

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

126. Het college overweegt verder dat de nadelige gevolgen van de op te leggen boetes niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.⁴⁷
127. In aanmerking genomen de ernst van de overtreding van het niet aanbieden van het recht van verzet en de hiervoor besproken mate van verwijtbaarheid van NLEnergie voor deze overtreding, oordeelt het college dat de boete dient te worden vastgesteld op een bedrag van € 115.000,-.
128. In aanmerking genomen de boeteverzwarende omstandigheden, bestaande uit het niet verlenen van medewerking, oordeelt het college dat het boetebedrag voor het niet aanbieden van het recht van verzet moet worden verhoogd met een bedrag van € 25.000,-.
129. In aanmerking genomen de ernst van de overtreding van het niet respecteren van het recht van verzet en de hiervoor besproken mate van verwijtbaarheid van NLEnergie voor deze overtreding, oordeelt het college dat de boete dient te worden vastgesteld op een bedrag van € 255.000,-.

10 Dictum

130. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit stelt vast dat de Nederlandse Energie Maatschappij B.V. artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Telecommunicatiewet (oud) heeft overtreden doordat zij in de periode september 2008 tot juli 2009 in 32.105 gevallen het recht van verzet niet heeft gerespecteerd.
131. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit stelt vast dat de Nederlandse Energie Maatschappij B.V. artikel 11.7, vierde lid, van de Telecommunicatiewet (oud) heeft overtreden doordat zij in de periode 26 maart 2009 tot en met 13 juni 2009 in zeker 339.253 gevallen het recht van verzet niet heeft aangeboden waar dat wel had moeten.
132. Op grond hiervan legt het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit aan de Nederlandse Energie Maatschappij B.V. de navolgende boetes op:
- Een boete van in totaal € 140.00,- voor het niet aanbieden van het recht van verzet, bestaande uit € 115.000 voor de feitelijke gedraging en € 25.000,- als boeteverzwarende omstandigheid als gevolg van het niet medewerken van NLEnergie.
 - Een boete van € 255.000,- voor het niet respecteren van het recht van verzet.

⁴⁷ Zie artikel 3:4, tweede lid, Awb.

Besluit Openbaar

133. De hierboven in randnummer 132 vastgestelde boetes dienen overeenkomstig het bepaalde in artikel 15.13, eerste lid, Tw binnen zes weken nadat de beschikking waarbij de boetes zijn opgelegd in werking is getreden, in euro's te worden betaald. Na het verstrijken van bovengenoemde termijn worden, overeenkomstig artikel 15.13, tweede lid, Tw, deze boetes vermeerderd met de wettelijke rente.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,

w.g.

mr. C.A. Fonteijn, Voorzitter van het college

Bezwaar

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

Het postadres is:

*College van de OPTA
Postbus 90420
2509 LK 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.

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