

Besluit

«Openbaar»

Ons kenmerk: OPTA/ACNB/2011/201332

Zaaknummer: 11.0089.37

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit tot het opleggen van een boete aan zowel de commanditaire vennootschap Sell-it als aan [VERTROUWELIJK] ter zake van overtredingen van artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet (wettelijke regels inzake telemarketing).

1 Samenvatting

1. In dit besluit stelt het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) vast dat door of namens de commanditaire vennootschap Sell-it¹ (hierna: Sell-it) artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen met het vijfde lid, Telecommunicatiewet (hierna: Tw) is overtreden bij telemarketingactiviteiten in de periode van 1 oktober 2009 tot en met 31 december 2009. Tevens stelt het college vast dat gedurende die periode door dezelfde vennootschap bij telemarketingactiviteiten artikel 11.7, dertiende lid, Tw in samenhang gelezen met artikel 14, eerste lid, van het Besluit bel-me-niet-register, is overtreden. Het college legt voor deze overtredingen een boete op van in totaal € 15.000. Deze boete wordt mede opgelegd aan de feitelijke leidinggevenden aan de verboden gedraging, [VERTROUWELIJK].
2. 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) en de feiten (paragraaf 4). Vervolgens wordt ingegaan op de zienswijze van Sell-it (paragraaf 5), het juridisch kader (paragraaf 6) en de overwegingen van het college (paragraaf 7). In de daarop volgende paragrafen wordt ingegaan op de ernst en duur van de overtredingen alsmede de vaststelling van de hoogte van de boete (paragraaf 8 en 9). In paragraaf 10 staan de overwegingen van het college ten aanzien van de publicatie van onderhavig besluit. Ten slotte volgt het dictum (paragraaf 11).

2 Achtergrond en verloop van de procedure

3. Het college heeft vanaf 1 oktober 2009 klachten ontvangen van consumenten over de telefonische verkoop van de Hotelgoldcard. Deze klachten zijn voor het college een signaal geweest om een onderzoek te starten naar de telemarketingactiviteiten waarbij de Hotelgoldcard wordt aangeboden. Gedurende het onderzoek is gebleken dat Sell-it de Hotelgoldcard via telemarketing aanbiedt.

¹ Zie randnummer 18.

Besluit «Openbaar»

4. Op 15 januari 2010 heeft het college schriftelijk informatie gevorderd van Sell-it, onder meer betreffende de door Sell-it ingeschakelde callcenters en de aan deze callcenters geleverde belbestanden.² Op 28 januari 2010 heeft Sell-it de gevorderde informatie verstrekt.³ Een hoorzitting over de telemarketingactiviteiten inzake de Hotelgoldcard heeft plaatsgevonden ten kantore van het college op 12 maart 2010.⁴ Vervolgens is door een toezichthoudend ambtenaar van het college (hierna: de rapporteur) onderzoek gedaan naar de door Sell-it geleverde belbestanden. Bij brief van 6 januari 2011 heeft het college Sell-it in de gelegenheid gesteld schriftelijk te reageren op het feitencomplex van het onderzoek naar de telemarketingactiviteiten door of namens Sell-it.⁵ Op 20 januari 2011 heeft Sell-it haar reactie op het feitencomplex gegeven.⁶
5. Op 7 april 2011 heeft de rapporteur een onderzoeksrapport inzake telemarketingactiviteiten aan Sell-it verstuurd.⁷ Voor een meer uitgebreide uiteenzetting van het verloop van de procedure tot 7 april 2011 verwijst het college naar dit onderzoeksrapport.
6. Op 10 mei 2011 heeft Sell-it een schriftelijke zienswijze ingediend op het onderzoeksrapport.⁸ Op 20 mei 2011 heeft Sell-it tijdens een hoorzitting ten kantore van het college mondeling haar zienswijze toegelicht.

3 Het onderzoeksrapport

7. Aanleiding voor dit boetebesluit vormen de overtredingen zoals vastgesteld in het onderzoeksrapport. In dit onderzoeksrapport concludeert de rapporteur dat Sell-it in ieder geval in de periode van 1 oktober 2009 tot en met 31 december 2009 abonnees heeft gebeld of laten bellen die ingeschreven stonden in het Bel-me-niet-register (hierna: BMNR). Bovendien heeft de rapporteur geconcludeerd dat Sell-it niet alle abonnees, die tijdens het gesprek hebben verzocht om opgenomen te worden in het BMNR, (tijdig) heeft ingeschreven in het BMNR.
8. De rapporteur heeft de door Sell-it aan het college aangeleverde en in de bovengenoemde periode gebruikte (bel)bestanden onderzocht. Ook is onderzocht of Sell-it tijdig de abonnees die daarom gevraagd hebben, heeft ingeschreven in het BMNR. De rapporteur heeft geconstateerd dat Sell-it in de betreffende periode door de ingeschakelde callcenters tenminste 1.540 abonnees heeft laten bellen die door middel van opname in het BMNR hebben aangegeven geen ongevraagde communicatie te willen ontvangen en die verder geen klant zijn of zijn geweest van Sell-it. De rapporteur heeft vastgesteld dat Sell-it hierbij belbestanden heeft gebruikt, of door de ingeschakelde callcenters heeft laten gebruiken,

² Kenmerk: OPTA/ACNB/2010/200095, zie bijlage 4 bij het onderzoeksrapport.

³ Zie bijlage 6 en digitale bijlage 1 bij het onderzoeksrapport.

⁴ Zie randnummer 30 van het onderzoeksrapport.

⁵ Kenmerk: OPTA/ACNB/2011/200015, zie bijlage 10 bij het onderzoeksrapport.

⁶ Zie bijlage 11 van het onderzoeksrapport.

⁷ Kenmerk: OPTA/ACNB/2011/200833.

⁸ Zie zienswijze van Sell-it van 5 mei 2011.

Besluit «Openbaar»

waarin zich contactgegevens van tenminste 1.540 abonnees bevonden die in het BMNR zijn opgenomen. Daarnaast heeft de rapporteur geconstateerd dat Sell-it in de betreffende periode tenminste 281 abonnees die daarom hebben verzocht niet tijdig heeft ingeschreven in het BMNR.

9. De rapporteur concludeert op basis van zijn onderzoek dat Sell-it artikel 11.7, negende en tiende lid, van de Tw in samenhang gelezen met artikel 11.7, vijfde lid, Tw heeft overtreden. Tevens concludeert de rapporteur dat Sell-it artikel 11.7, dertiende lid, Tw in samenhang gelezen met artikel 14, eerste lid, Besluit bel-me-niet-register heeft overtreden.
10. Voorts wordt in het onderzoeksrapport geconstateerd dat Sell-it niet, zoals gevraagd door het college, de volledige gebruikte belbestanden, dat wil zeggen bestanden met namen en telefoonnummers met het doel deze te gaan bellen, heeft verstrekt, maar slechts de bestanden heeft verstrekt die zij van de callcenters heeft terugontvangen, waarin de callcenters de resultaten van hun telemarketingactiviteiten vermelden.⁹

4 Overige omstandigheden van feitelijke aard

4.1 Het Bel-me-niet-register

11. Vóór 1 oktober 2009 konden consumenten zich inschrijven bij het toenmalige Infofilter van Stichting Infofilter om aan te geven dat zij niet meer ongevraagd gebeld wilden worden door bedrijven. Infofilter was een vrijwillig zelfreguleringsinitiatief van de direct-marketingbranche.
12. In de praktijk bleek deze zelfregulering onvoldoende in staat om consumenten te beschermen tegen ongewenste telemarketing, daarom heeft de wetgever wetgeving opgesteld. Op 1 oktober 2009 is het wettelijk BMNR in het leven geroepen. In tegenstelling tot Infofilter is het BMNR niet langer vrijblijvend. Bedrijven en organisaties die ongevraagd telefonisch abonnees benaderen, zijn nu wettelijk verplicht om, voordat zij abonnees bellen, het BMNR te raadplegen. Abonnees die met hun telefoonnummers in het BMNR zijn opgenomen mogen niet ongevraagd voor telemarketingdoeleinden gebeld worden. De Stichting Infofilter is bij het Aanwijzingsbesluit beheerder bel-me-niet-register¹⁰ aangewezen als beheerder van het BMNR.
13. In het BMNR kunnen abonnees kiezen om gebruik te maken van deelblokkades of van een volledige blokkade. Het doel van een volledige blokkade is dat een abonnee door geen enkele adverteerder meer ongevraagd wordt gebeld. Bij een deelblokkade kan een abonnee per productgroep kiezen of hij wel of niet ongevraagd gebeld wil worden. In het BMNR zijn tien productgroepen/deelblokkades opgenomen waaronder energie.

⁹ Zie randnummer 43 van het onderzoeksrapport.

¹⁰ *Stcrt.* 2009, nr. 86.

Besluit

«Openbaar»

14. Abonnees die natuurlijke personen zijn kunnen zichzelf rechtstreeks via internet, telefonisch of schriftelijk inschrijven of zich via de telemarketeer of het callcenter telefonisch laten inschrijven in het BMNR tijdens of na het telemarketinggesprek.
15. Bedrijven en organisaties die toegang willen hebben tot het BMNR moeten zich laten registreren bij het BMNR. Na registratie kan een bedrijf of organisatie tegen betaling licenties aanvragen. Er zijn drie typen licenties:
 - Met een downloadlicentie kan een bedrijf of organisatie het totale blokkadebestand van het BMNR downloaden en de belbestanden zelf opschonen (ontdubbelen);
 - Met een markeerlicentie kan een bedrijf of organisatie belbestanden uploaden en door het BMNR laten ontdubbelen met het totale blokkadebestand van het BMNR;
 - Met een uploadlicentie kan een bedrijf of organisatie de contactgegevens van abonnees die opgenomen willen worden in het BMNR doorgeven aan het BMNR, zodat zij niet meer gebeld worden door bedrijven en organisaties.

4.2 Hotelgoldcard

16. De Hotelgoldcard is een pas die de gebruiker recht geeft op gratis overnachtingen in aangesloten hotels, op voorwaarde dat de gebruiker van de pas een minimaal bedrag besteedt aan ontbijt en diner in het betreffende hotel.
17. De Hotelgoldcard wordt uitgegeven door een Noorse onderneming: Hotel Express International. In Nederland wordt de Hotelgoldcard onder meer ingekocht door Stichting Kinderthuis Afrika (hierna: SKA). SKA verkoopt een deel van de kaarten zelf via haar website, een ander deel verkoopt zij aan de wederverkopers Sell-it en de Combigroup.

4.3 Sell-it C.V.

18. Sell-it is een commanditaire vennootschap die zich onder meer bezighoudt met de telefonische verkoop van de Hotelgoldcard. Volgens het handelsregister waren ten tijde van het uittreksel¹¹ twee personen werkzaam waren bij Sell-it.¹² In het handelsregister staat [VERTROUWELIJK] geregistreerd als volledig gevolmachtigde van Sell-it. [VERTROUWELIJK] staat in het BMNR ingeschreven als contactpersoon en tekenbevoegde van Sell-it.¹³

¹¹ Het uittreksel uit het handelsregister is opgevraagd op 4 april 2011.

¹² Zie bijlage 1 van het onderzoeksrapport.

¹³ Zie randnummer 74 van het onderzoeksrapport.

Besluit «Openbaar»

19. Sell-it koopt de Hotelgoldcard in bij SKA, waarbij pas een financiële afdracht plaatsvindt na een geslaagde verkoop.¹⁴ Er is sprake van een distributieovereenkomst tussen Sell-it en SKA.
20. Gedurende de onderzochte periode verkocht Sell-it de Hotelgoldcard via een vijftal callcenters. Wanneer een callcenter een Hotelgoldcard verkocht, werd door Sell-it een exemplaar van de Hotelgoldcard bedrukt met een naam en een nummer en aan de koper verzonden.¹⁵

4.4 Ingeschakelde dienstverleners

21. In de periode van 1 oktober tot en met 31 december 2009 had Sell-it contracten met de volgende callcenters: [VERTROUWELIJK]. Deze verzorgden de verkoop van de Hotelgoldcard middels telemarketingactiviteiten.
22. Sell-it leverde de verkoopscripts aan de callcenters, verzorgde trainingen bij de callcenters en hield toezicht op de werkzaamheden van de callcenters.¹⁶ Sell-it leverde de belbestanden die de callcenters dienden te gebruiken bij het benaderen van abonnees.
23. De belbestanden die Sell-it aan de voor haar werkzame callcenters leverde waren voor een deel afkomstig van SKA, een ander deel van de belbestanden was door Sell-it ingekocht bij externe partijen (zogenaamde 'listbrokers').
24. In haar contracten met de verschillende callcenters heeft Sell-it vastgelegd dat Sell-it verantwoordelijk is voor het leveren belbestanden die zijn ontdebeld met gebruikmaking van de gegevens van het BMNR. In deze contracten is tevens opgenomen dat de callcenters zelf de verantwoording dragen voor het uploaden van de contactgegevens van abonnees die opgenomen willen worden in het BMNR.¹⁷
25. Op 13 november 2009 heeft Sell-it een blokkadebestand uit het BMNR gedownload.¹⁸

5 Zienswijze

26. Sell-it heeft in haar schriftelijke zienswijze¹⁹ gesteld dat de door Sell-it benaderde consumenten relaties van SKA betroffen en dus niet als "koude data" kon worden beschouwd. Om deze reden is Sell-it van mening dat zij er van uit mocht gaan dat deze

¹⁴ Aldus is althans verklaard door [VERTROUWELIJK] tijdens de hoorzitting die op 20 mei 2011 heeft plaatsgevonden ten kantore van het college.

¹⁵ Zie pagina 9 en 10 van bijlage 9 van het onderzoeksrapport.

¹⁶ Zie pagina 6 van bijlage 9 van het onderzoeksrapport.

¹⁷ Zie zienswijze Sell-it van 5 mei 2011.

¹⁸ Zie randnummer 36 van het onderzoeksrapport.

¹⁹ Zie zienswijze Sell-it van 5 mei 2011.

Besluit «Openbaar»

consumenten vrijelijk benaderd mochten worden. Sell-it stelt daartoe dat SKA de commerciële aanbieder is van de Hotelgoldcard en dat daarom de uitzondering die is opgenomen in artikel 11.7, elfde lid, Tw van toepassing is op de door of namens Sell-it benaderde consumenten.

27. Verder is Sell-it in haar zienswijze ingegaan op het niet (tijdig) laten opnemen van consumenten in het BMNR, die tijdens het gesprek hebben aangegeven dit te willen. Hierover stelt Sell-it, dat contractueel is vastgelegd dat de door Sell-it ingehuurd callcenters verantwoordelijk zijn voor het tijdig uploaden van de gegevens. Sell-it geeft hierbij aan dat zij dit van een aantal callcenters heeft overgenomen, omdat uit controle is gebleken dat deze hier niet (altijd) zelf in voorzagen.
28. Tijdens de hoorzitting, die is gehouden ten kantore van het college op 20 mei 2011, heeft Sell-it het voorgaande standpunt herhaald.

6 Juridisch kader

6.1 Ten aanzien van de overtreding

29. Artikel 11.7, eerste lid, Tw luidt:
“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.”
30. 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.”
31. 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.”
32. 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.”

Besluit «Openbaar»

33. 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.”
34. Artikel 11.7, dertiende lid, Tw luidt:
“Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld ten aanzien van:
a. het blokkeren of verwijderen van contactgegevens van abonnees uit bestanden die gebruikt worden om communicatie over te brengen als bedoeld in het vijfde lid, het beschikbaar stellen van contactgegevens van abonnees uit het register en de periode gedurende welke de bestanden bewaard blijven en gebruikt kunnen worden;
b. de taken, inrichting en verantwoording van de beheerder van het register;
c. de toegang tot het register alsmede de inrichting en het gebruik van het register;
d. de mogelijkheid van verzet als bedoeld in het twaalfde lid;
e. de mogelijkheid van onmiddellijke opname in het register als bedoeld in het twaalfde lid.”
35. Artikel 11.8 Tw, luidt, voor zover relevant:
“De toepassing van de artikelen [...] 11.7, vijfde tot en met twaalfde lid, is beperkt tot abonnees die natuurlijke personen zijn.”
36. Artikel 1.1, aanhef en onder p, Tw luidt:
“abonnee: natuurlijk persoon of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten.
37. Artikel 1.1, aanhef en onder q, Tw luidt:
“consument: natuurlijk persoon die gebruik maakt van of verzoekt om een openbare elektronische communicatiedienst voor andere dan bedrijfs- of beroepsdoeleinden.”
38. Artikel 13, tweede lid, Besluit bel-me-niet-register luidt:
“De termijn dat een belbestand dat door een ander dan de beheerder is ontdudd, 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 ontdudd, door de beheerder is verstrekt.”

Besluit «Openbaar»

39. Artikel 14, eerste lid, Besluit bel-me-niet-register luidt:
“Indien een abonnee bij degene die de communicatie als bedoeld in artikel 11.7, vijfde lid, van de wet overbrengt, heeft aangegeven dat hij in het register opgenomen wil worden, worden de gegevens, bedoeld in artikel 15, eerste en tweede lid, zo snel mogelijk, doch ten hoogste binnen 10 werkdagen bij het register aangeboden.”
40. Artikel 5:1, derde lid, van de Awb luidt:
“Overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing”
41. Artikel 51 van het wetboek van Strafrecht luidt:
“1. Strafbare feiten kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen
2. Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:
1°. tegen die rechtspersoon, dan wel
2°. tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel
3°. tegen de onder 1° en 2° genoemden te zamen.
3. Voor de toepassing van de vorige leden wordt met de rechtspersoon gelijkgesteld: de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.”

6.2 Ten aanzien van de bevoegdheid

42. 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.”²⁰
43. Artikel 15.4, vierde lid, Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:
“Het college kan een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 450.000 ter zake van overtreding van de bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde regels, niet zijnde regels bedoeld in het tweede lid, alsmede van artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht.”

²⁰ Zie ook het Besluit aanwijzing toezichthoudende ambtenaren OPTA 2009, *Stcrt.* 2009, nr. 72.

Besluit

«Openbaar»

44. Artikel 5:48, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) luidt als volgt:
“Het bestuursorgaan en de voor de overtreding bevoegde toezichthouder kunnen van de overtreding een rapport opmaken.”
45. 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.”
46. Artikel 5:41 Awb luidt als volgt:
“Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten.”
47. Artikel 5:46, tweede lid, Awb, voor zover relevant, luidt als volgt:
“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.”

6.3 Boetebeleidsregels

48. Met de Boetebeleidsregels²¹ geeft het college invulling aan zijn beleid ten aanzien van het vaststellen van de hoogte van boetes ingevolge artikel 15.4 Tw. Tevens verschafft het college in de Boetebeleidsregels inzicht in de factoren die hij meeweegt bij het bepalen van de hoogte van de boete.

6.4 Ten aanzien van de openbaarmaking

49. Op grond van artikel 8 van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) verschafft het college uit eigen beweging informatie over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering.

²¹ Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA), *Stcrt.* 2008. nr. 50. Ten tijde van de overtreding golden deze beleidsregels.

Besluit

«Openbaar»

50. Het verstrekken van informatie ingevolge de Wob blijft op grond van artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, Wob achterwege indien de informatie bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.
51. Ingevolge artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, Wob blijft openbaarmaking achterwege indien het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.
52. Op grond van artikel 18.7, vijfde lid, Tw maakt het college met het oog op het bevorderen van een open en concurrerende markt in de elektronische communicatiesector informatie met betrekking tot aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten op een door het college te bepalen wijze bekend voor zover die informatie verband houdt met bij of krachtens de hoofdstukken 4 tot en met 9 en 11 van de Tw opgelegde verplichtingen. Van gegevens als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel c, Wob wordt geen mededeling gedaan.

7 Overwegingen van het college

53. In deze paragraaf zal het college onderbouwen waarom hij van oordeel is dat Sell-it artikel 11.7, negende en tiende lid in samenhang gelezen met het vijfde lid, Tw en ook artikel 11.7, dertiende lid, Tw in samenhang gelezen met artikel 14, eerste lid, van het Besluit bel-me-niet-register heeft overtreden. Daartoe zal het college eerst het belang dat wordt beschermd door artikel 11.7 Tw behandelen. Vervolgens zal het college ingaan op de beide geconstateerde overtredingen. Tot slot zal het college kenbaar maken wie als overtreder en als feitelijk leidinggevenden aan de verboden gedragingen kunnen worden beschouwd.

7.1 Beschermd belang

54. De telemarketingregels van artikel 11.7 Tw zijn regels die als algemeen doel hebben consumenten te beschermen tegen ongevraagde telemarketinggesprekken. In het bijzonder is deze regelgeving bedoeld om de irritatie bij consumenten over ongevraagde telefoontjes te verminderen. In deze regelgeving is mede het verbod om abonnees die staan ingeschreven in het BMNR ongevraagd telefonisch te benaderen opgenomen. 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 ongevraagde telemarketinggesprekken en dat het consumentenbelang voor het handhaven van telemarketingregels in zijn geheel groot is.

Besluit «Openbaar»

7.2 Overtreding artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen met het vijfde lid, Tw

55. Het negende lid van artikel 11.7 Tw verbiedt het (onder meer) om ongevraagde commerciële communicatie over te brengen aan een abonnee die door opname van zijn contactgegevens in het BMNR te kennen heeft gegeven deze ongevraagde communicatie niet te willen ontvangen. Het tiende lid van genoemd artikel bepaalt dat degene die dergelijke communicatie overbrengt, daarvoor uitsluitend bestanden gebruikt waaruit de contactgegevens die in het BMNR zijn opgenomen zijn geblokkeerd of verwijderd.

7.2.1 Commercieel doel

56. Sell-it heeft belbestanden aangeleverd aan de door haar ingeschakelde callcenters voor de werving van klanten voor Sell-it en/of de verkoop van producten (Hotelgoldcards) die door Sell-it werden verkocht. Het college is van oordeel dat hiermee het commerciële doeleinde van de telefonische benadering van abonnees door of namens Sell-it vaststaat.

7.2.2 De benaderde abonnees zijn als natuurlijk persoon abonnee

57. Het BMNR is alleen bedoeld voor abonnees die natuurlijk persoon zijn. Abonnees die met hun telefoonnummer in het BMNR ingeschreven staan hebben aangegeven dat zij niet gebeld willen worden door bedrijven of organisaties met een commercieel, ideëel of charitatief doel. Het college heeft geen reden aan te nemen dat er in het BMNR mogelijk ook abonnees zijn opgenomen die rechtspersonen zijn. Het verbod in artikel 11.7, negende en tiende lid, Tw in samenhang gelezen met het vijfde lid, Tw houdt in dat Sell-it abonnees niet ongevraagd mag benaderen die in het BMNR te kennen hebben gegeven dat zij geen ongevraagde communicatie willen ontvangen.
58. In dit verband wijst het college erop dat uit de door Sell-it aan het college overgelegde gebruikte (bel)bestanden blijkt dat in enkele gevallen bij een gesprek als resultaatcode “14 *Bedrijfsadres*” is vermeld. Het college constateert dat de gesprekken waaraan deze resultaatcode is toegekend, mogelijk zijn gevoerd met abonnees die geen natuurlijk persoon zijn. Volledigheidshalve wijst het college erop dat de rapporteur hierbij heeft opgemerkt dat deze niet heeft kunnen vaststellen dat ook daadwerkelijk sprake was van abonnees die geen natuurlijk persoon zijn. Van de abonnees die door Sell-it zijn gebeld en die op dat moment ingeschreven stonden in het BMNR, heeft één gesprek resultaatcode 14 gekregen. De rapporteur heeft dit gesprek dan ook zekerheidshalve buiten beschouwing gelaten.

Besluit «Openbaar»

59. Het college heeft in het definitief standpunt telemarketing van 16 mei 2006²² het volgende overwogen ten aanzien van het begrip ‘abonnee’:
“De telemarketeer gebruikt bij zijn activiteiten [...] het telefoonnummer van de abonnee en dient er dus van uit te gaan dat hij ook daadwerkelijk met de abonnee telefonisch contact legt om vervolgens overeenkomstig te handelen.”
60. Een gedeelte van de door Sell-it aangeleverde belbestanden is derhalve naar het oordeel van het college gebruikt voor het telefonisch benaderen van abonnees die tevens natuurlijk persoon zijn. De in tabel 1 en 2 (zoals opgenomen in hoofdstuk 6 van het onderzoeksrapport) genoemde getallen hebben alleen betrekking op abonnees die tevens natuurlijk persoon zijn. Daarom is naar het oordeel van het college voldoende komen vast te staan dat hij bij het vaststellen van de overtredingen slechts gesprekken in ogenschouw heeft genomen met abonnees die natuurlijk persoon zijn.

7.2.3 Ongevraagde communicatie overbrengen

61. Het is op grond van artikel 11.7, negende lid in samenhang met vijfde lid, Tw niet toegestaan een abonnee, die staat ingeschreven in het BMNR, ongevraagd telefonisch te benaderen. Door of namens Sell-it zijn in de periode 1 oktober 2009 tot en met 31 december 2009 niettemin tenminste 1.540 abonnees gebeld, waarvan de contactgegevens zijn opgenomen in het BMNR.²³
62. Op grond van artikel 11.7, tiende lid in samenhang gelezen met het vijfde lid, Tw is het niet toegestaan bestanden te gebruiken voor het ongevraagd telefonisch benaderen van abonnees, waarin contactgegevens zijn opgenomen van abonnees die staan ingeschreven in het BMNR. Uit de analyse van de door Sell-it gebruikte (bel)bestanden voor de telefonische werving van klanten blijkt dat dit wel is gebeurd.²⁴
63. Verder is het op grond van artikel 11.7, vijfde lid, Tw onder voorwaarden toegestaan abonnees ongevraagd telefonisch te benaderen voor een commercieel doeleinde. De voorwaarden van het vijfde lid houden onder andere in dat de adverteerder en het callcenter artikel 11.7, negende en tiende lid, Tw naleven. Door abonnees te bellen die staan ingeschreven in het BMNR en belbestanden te gebruiken met daarin de contactgegevens van abonnees die staan ingeschreven in het BMNR, heeft Sell-it in strijd gehandeld met artikel 11.7, negende en tiende lid, Tw, en daarmee niet voldaan aan de voorwaarden voor telemarketing zoals verwoord in artikel 11.7, vijfde lid, Tw.

²²Zie het document “Zienswijze van het college van OPTA aangaande toezicht telemarketing”, gepubliceerd op de website van het college op 17 mei 2006 (<http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=1985>).

²³Zie randnummer 56 van het onderzoeksrapport.

²⁴Zie randnummers 42 tot en met 52 van het onderzoeksrapport.

Besluit «Openbaar»

7.2.4 Het bellen van abonnees is een overtreding van artikel 11.7 Tw

64. Ten overvloede overweegt het college dat ook het enkel bellen van een abonnee die is opgenomen in het BMNR strijd oplevert met artikel 11.7, negende lid, Tw. Daarvoor is niet vereist dat de betreffende abonnee daadwerkelijk is bereikt.
65. Het college is van oordeel dat er reeds sprake is van communicatie in de zin van artikel 11.7, negende lid, Tw op het moment dat het telemarketinggesprek is geïnitieerd en niet pas op het moment dat er daadwerkelijk een gesprek heeft plaatsgevonden tussen de agent van het callcenter en de gebelde persoon.
66. Het college wijst er op dat artikel 11.7, vijfde lid, van de Tw spreekt van (ongevraagde) communicatie. Onder communicatie in de zin van de Tw moet, gelet op artikel 1.1 onder f, van de Tw, worden begrepen het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken. Het staat vast dat door het daadwerkelijk bellen van abonnees signalen worden overgebracht, waarmee dus ook sprake is van het overbrengen van communicatie als bedoeld in artikel 11.7 van de Tw. Van communicatie in deze zin is derhalve reeds sprake door het overgaan van de telefoon of door het feit dat in het beeldscherm van een telefoon zichtbaar is dat een (onbekende) beller heeft gebeld. Het feit dat bij de gebelde de telefoon overgaat is het resultaat van het overbrengen van signalen en is daarmee het overbrengen van communicatie als bedoeld in artikel 11.7, vijfde lid van de Tw.
67. Het college merkt bovendien op dat artikel 11.7 van de Tw tot doel heeft om abonnees, die hebben aangegeven geen ongevraagde communicatie te willen ontvangen, ook daadwerkelijk niet meer worden gebeld. In de letterlijke bewoordingen van de wetgever: “*Het negende lid bevat het algemene verbod om abonnees te bellen indien zij in het register zijn ingeschreven.*”²⁵ De bedoeling van het verbod is daarmee naar het oordeel van het college ondubbelzinnig. Het doel van het BMNR is daarenboven in de wet vastgelegd in artikel 11.7, zevende lid, van de Tw. Het doel van die bepaling is om “de abonnee te vrijwaren van de ongevraagde communicatie waarvan hij heeft aangegeven dat hij die niet wenst te ontvangen”. Het gebruik van het woord vrijwaren is evenzeer duidelijk en betekent dat de betreffende abonnee geen ongevraagde communicatie wil en evenmin mag ontvangen. Het enkele overgaan van de telefoon van de abonnee betekent dat hij de communicatie heeft ontvangen en betekent niets meer of minder dat de partij die de oproep plaatst, binnentreedt in de persoonlijke levenssfeer van die abonnee. Een abonnee die zich heeft laten registreren in het BMNR heeft met die registratie nu juist aangegeven dat hij geen communicatie wenst te ontvangen en dat hij dus niet wil dat zijn persoonlijke levenssfeer wordt binnengetroten voor het hiervoor genoemde doel. Op grond van het voorgaande volgt het college de conclusie van de rapporteur dat om de omvang van de onderhavige overtreding te bepalen, uit moet worden gegaan van 1.540 abonnees die zijn geconfronteerd met het overbrengen van ongevraagde communicatie door of namens Sell-it.

²⁵ Kamerstukken II 2007-2008, 30 661, nr.3, p. 13.

Besluit «Openbaar»

7.2.5 Uitzondering gebruik verkregen contactgegevens bij verkoop eigen gelijksoortig(e) product / dienst

68. Artikel 11.7, elfde lid, Tw bepaalt dat het BMNR niet hoeft te worden geraadpleegd voor het ongevraagd telefonisch benaderen van abonnees met gebruikmaking van gegevens die zijn verkregen in het kader van de verkoop van een product of dienst en worden gebruikt voor het overbrengen van ongevraagde communicatie met betrekking tot eigen gelijksoortige producten of diensten (vaak gaat het om de gegevens van [ex-]klanten).
69. In haar reactie op de informatievordering van het college heeft Sell-it erop gewezen dat de belbestanden haar onder andere ter beschikking zijn gesteld door Hotelgoldcard (het college gaat er van uit dat Sell-it hiermee in feite SKA bedoelt, handelend onder de naam Hotelgoldcard).²⁶ Sell-it stelt dat deze belbestanden de gegevens van relaties van Hotelgoldcard bevatten, bijvoorbeeld personen die de zogenaamde Hotelgoldcard Voucher hebben ontvangen. Ook in haar zienswijze van 5 mei 2011 stelt Sell-it (nogmaals) dat de gebruikte belbestanden niet bestonden uit 'koude data', maar uit relaties van SKA, handelend onder de naam Hotelgoldcard. Sell-it meent dat door het college voorbij wordt gegaan aan het feit dat de consument een relatie heeft met Hotelgoldcard en dit ook de afzender is van de commerciële aanbieding. Het college leest in dit verweer een beroep op de hiervoor genoemde uitzonderingsgrond van artikel 11.7, elfde lid, Tw.
70. De in artikel 11.7, elfde lid, Tw opgenomen uitzondering is naar het oordeel van het college niet van toepassing op situaties waarin weliswaar sprake is van een gelijk(soortig) product, maar geen sprake is van *eigen* klanten, zoals in het onderhavige geval. De klanten van een toeleverancier kunnen niet worden beschouwd als de *eigen* klanten van de afnemer, enkel omdat beide partijen hetzelfde product verkopen. De wetgever heeft er immers expliciet voor gekozen de uitzondering van toepassing te verklaren als er sprake is van *eigen* gelijksoortige producten of diensten. Het is slechts toegestaan om *eigen* (bestaande) klanten en relaties te benaderen voor vergelijkbare diensten of producten tenzij de abonnee al eerder heeft aangegeven dat hij niet gebeld wenst te worden.²⁷
71. Het college constateert verder dat de Memorie van Toelichting op de wetwijziging die de in artikel 11.7, elfde lid, Tw neergelegde uitzondering mogelijk maakt, zijn hierboven uiteengezette standpunt verder ondersteunt. Er wordt immers door de wetgever overwogen dat "omdat er al sprake is van een bestaande relatie, (...) het als minder storend [wordt] ervaren wanneer er in dergelijke gevallen wordt gebeld".²⁸ Dat het betreffende gelijksoortige product door zowel SKA als Sell-it onder dezelfde merknaam wordt verkocht, doet daar naar het oordeel van het college niet aan af. Daarmee zijn bestaande relaties van SKA niet vanzelf ook bestaande relaties van het in eigen naam en voor eigen rekening handelende Sell-it.

²⁶ Zie bijlage 6 van het onderzoeksrapport.

²⁷ Kamerstukken II 2007-2008, 30 661, nr.8, p. 8.

²⁸ Kamerstukken II 2007-2008, 30 661, nr.3, p. 13.

Besluit

«Openbaar»

72. Gelet op het bovenstaande is het college van oordeel dat de wettelijke uitzondering van artikel 11.7, elfde lid, Tw niet van toepassing is op de onderzochte bestanden van Sell-it. Sell-it heeft de gegevens van deze abonnees immers niet verkregen bij de verkoop van eigen gelijksoortige producten of diensten. De gegevens zijn – gelet op hetgeen daaromtrent door Sell-it is verklaard – immers door SKA verkregen. Aangezien Sell-it de Hotelgoldcard in eigen naam en voor eigen rekening verkoopt (zie subparagraaf 7.4.1), is de uitzondering uit artikel 11.7, elfde lid, Tw in dit geval niet van toepassing.
73. Daar komt bij dat, zelfs al zou artikel 11.7, elfde lid van de Tw van toepassing zijn, Sell-it niet op de hoogte was van de herkomst of de aard van de relaties die zich in de bestanden bevonden die zij van SKA heeft ontvangen.²⁹ Sell-it heeft de bestanden overgenomen zonder te verifiëren dat het hier daadwerkelijk om bestaande klantrelaties ging en heeft dus bewust het risico genomen dat artikel 11.7, elfde lid, Tw niet van toepassing was. Bovendien wijst het college er nog op, dat de stelling van Sell-it, dat de gegevens die zijn gebruikt vóór 13 november 2009 (welke zouden zijn aangeleverd door SKA) daadwerkelijk zijn verkregen in het kader van de verkoop van eigen gelijksoortige producten en/of diensten, geenszins wordt onderschreven door de schriftelijke stukken die aan het college zijn doen toegekomen. Zodoende heeft het college moeten constateren dat Sell-it het vooralsnog heeft nagelaten enige vorm van bewijs aan te leveren die haar stelling ondersteunt. Zodoende is het college van oordeel dat artikel 11.7, elfde lid van de Tw niet van toepassing is.

7.2.6 Conclusie

74. Op grond van het bovenstaande constateert het college dat door of namens Sell-it in de periode 1 oktober 2009 tot 31 december 2009 voor het telefonisch werven van klanten ten minste 1.540 abonnees ongevraagd telefonisch zijn benaderd terwijl deze abonnees ingeschreven stonden in het BMNR. Het college is van oordeel dat in alle gevallen dat een abonnee ongevraagd telefonisch is benaderd sprake is van het overbrengen van ongevraagde communicatie, hetgeen een overtreding is van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen met het vijfde lid, Tw. Dit geldt ook in het geval van een onbeantwoorde oproep. Deze 1.540 abonnees hadden niet gebeld mogen worden, terwijl dat wel is gebeurd. Zelfs als artikel 11.7, elfde lid van de Tw wel van toepassing zou zijn dan heeft Sell-it alsnog nagelaten om te verifiëren dat de door SKA aangeleverde belbestanden daadwerkelijk afkomstig waren van bestaande eigen klantrelaties. Bovendien wordt deze stelling van Sell-it niet onderschreven door de stukken die zijn ingevorderd bij Sell-it. Zodoende is het college van oordeel dat artikel 11.7, elfde lid van de Tw niet van toepassing is.

²⁹ Zie bijlage 9 van het onderzoeksrapport (pagina 22 van het verslag hoorzitting)

Besluit

«Openbaar»

7.3 Overtreding artikel 11.7, dertiende lid, Tw in samenhang gelezen met artikel 14, eerste lid, Besluit bel-me-niet-register

75. Uit artikel 11.7, dertiende lid, Tw in samenhang gelezen met artikel 14, eerste lid, van het Besluit bel-me-niet-register, volgt dat Sell-it de gegevens van een abonnee die aangeeft opgenomen te willen worden in het BMNR onmiddellijk, doch uiterlijk binnen 10 werkdagen bij het register moet aanleveren.
76. Blijkens het onderzoeksrapport³⁰ zijn van de 610 abonnees die daarom in de maanden oktober, november en december 2009 hebben gevraagd, door of namens Sell-it slechts de gegevens van 329 abonnees bij het BMNR aangeboden. Sell-it heeft daarmee de gegevens van tenminste 281 abonnees die daarom hebben gevraagd niet (tijdig) aangeboden, aangezien de gegevens van de laatstgenoemde groep abonnees ook op 14 januari 2010 niet door Sell-it waren aangeboden bij het BMNR. Dit is in alle gevallen een overtreding van artikel 11.7, dertiende lid, Tw in samenhang gelezen met artikel 14, eerste lid, van het Besluit bel-me-niet-register.
77. In haar zienswijze van 5 mei 2011 heeft Sell-it erop gewezen dat zij met de voor haar werkende callcenters contractueel heeft vastgelegd dat deze verantwoordelijk zijn voor het tijdig uploaden van de gegevens van abonnees die de wens hebben geuit dat zij willen worden opgenomen in het BMNR. Verder zijn de callcenters volgens Sell-it ook contractueel gehouden haar 'de slotbestanden' te leveren. Na controle door Sell-it is niettemin gebleken dat niet alle callcenters deze afspraken tijdig nakwamen. In voorkomende gevallen heeft Sell-it zelf alsnog zorg gedragen voor de upload. Echter, doordat sommige slotbestanden te laat zijn aangeleverd door de callcenters was de termijn van tien werkdagen voor het uitvoeren van de upload al verstreken.
78. Dat de door Sell-it ingeschakelde callcenters tevens contractueel verantwoordelijk zouden zijn voor het naleven van de telemarketingregels, zoals door Sell-it is gesteld, doet naar het oordeel van het college niets af aan de verantwoordelijkheid van Sell-it als adverteerder en opdrachtgever om artikel 11.7 Tw na te leven. Dergelijke contractuele afspraken ontslaan Sell-it niet van haar verantwoordelijkheid als geadresseerde van de in artikel 11.7 Tw neergelegde bestuursrechtelijke verplichtingen.
79. In dit verband wenst het college nog kort aandacht te besteden aan het volgende. Sell-it heeft gedurende de onderzoeksperiode op meerdere data (in december 2009) gegevens aangeboden bij het BMNR van abonnees die daarom verzocht hebben.³¹ Blijkens het onderzoeksrapport heeft de rapporteur geconstateerd dat op 5 december 2009 in één geval de upload (van gegevens van abonnees die daarom hebben verzocht) naar de database van het BMNR, door Sell-it in de onderzoeksperiode is teruggedraaid (een zogenaamde

³⁰ Zie hoofdstuk 6 van het onderzoeksrapport (tabel 4).

³¹ Zie tabel 4 van het onderzoeksrapport.

Besluit «Openbaar»

“rollback”).³² Er is dus op de genoemde datum wel sprake geweest van het elektronisch aanbieden (‘uploaden’) van de contactgegevens van de betreffende abonnees door of namens Sell-it bij het BMNR, maar deze upload is uiteindelijk op dezelfde dag door Sell-it zelf geannuleerd. De beheerder van het BMNR heeft over deze rollback-procedure verklaard dat deze wordt geïnitieerd door de adverteerder, in casu Sell-it, zelf. Na uitvoeren van een rollback worden de (eerder) aangeboden gegevens dus niet verwerkt of teruggedraaid door de achtergrondprocessen van het BMNR.³³ Het gaat om de gegevens van 239 abonnees, welke gegevens door de rollback uiteindelijk toch niet (tijdig) aan het BMNR zijn aangeboden.

80. Door Sell-it is daaromtrent (naar aanleiding van de hoorzitting die op 20 mei 2011 heeft plaatsgevonden ten kantore van het college) in een e-mail d.d. 31 mei 2011 verklaard dat het “voor de uitvoerder vast[staat] dat de correcte upload op dezelfde dag alsnog is uitgevoerd”. Gelet op de gegevens die het college van het BMNR heeft verkregen³⁴ (waaruit blijkt dat de rollback heeft plaatsgevonden en niet [tijdig] is gecorrigeerd), is het ongecorrigeerd plaatsvinden van de rollback naar het oordeel van het college voldoende komen vast te staan, zodat hij het vaststellen van (de omvang van) de onderhavige overtreding (mede) daarop heeft mogen baseren.

7.3.1 Conclusie

81. Op grond van het bovenstaande constateert het college dat door of namens Sell-it in de periode 1 oktober 2009 tot 31 december 2009 de gegevens van ten minste 281 abonnees die in die periode door of namens Sell-it zijn benaderd en daarom hebben gevraagd, niet (tijdig) zijn aangeboden aan het BMNR. Het college is van oordeel dat in alle gevallen dat de gegevens van een abonnee niet (tijdig) zijn aangeboden aan het BMNR door of namens Sell-it, sprake is van een overtreding van artikel 11.7, dertiende lid, Tw in samenhang gelezen met artikel 14, eerste lid, van het Besluit bel-me-niet-register.

7.4 Overtreder

82. De rapporteur merkt zowel Sell-it als [VERTROUWELIJK] aan als overtreders van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen met vijfde lid, Tw, alsmede van artikel 11.7, dertiende lid, Tw in samenhang gelezen met artikel 14, eerste lid, van het Besluit bel-me-niet-register.

7.4.1 De commanditaire vennootschap

83. Ingevolge artikel 5:1, derde lid, Awb kunnen overtredingen in bestuursrechtelijke context worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen en is artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht van overeenkomstige toepassing. Dit betekent onder meer dat een overtreding tevens kan worden begaan door een commanditaire vennootschap.

³² Zie randnummer 56 van het onderzoeksrapport.

³³ Zie bijlage 14 van het onderzoeksrapport.

³⁴ Zie bijlage 13 van het onderzoeksrapport.

Besluit «Openbaar»

84. De telemarketingregelgeving in artikel 11.7 Tw richt zich tot degene die communicatie overbrengt of 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).³⁵
85. In het onderhavige geval is Sell-it de opdrachtgever namens wie de callcenters de communicatie overbrengen. Zoals het college in de volgende randnummers verder uiteen zal zetten, is de overtreding uit naam van Sell-it gepleegd. De communicatie is gericht op het werven van nieuwe klanten voor de Hotelgoldcard door Sell-it. Sell-it profiteerde dus direct van de overtreding. Ook om deze redenen merkt het college Sell-it aan als overtreder van de in de inleiding van deze paragraaf omschreven wettelijke bepalingen.
86. Uit de verklaringen van [VERTROUWELIJK] tijdens de hoorzitting die op 20 mei 2011 ten kantore van het college heeft plaatsgevonden, blijkt dat zij van mening zijn dat Sell-it slechts de rol heeft gespeeld van opdrachtnemend callcenter van SKA en Sell-it daarom niet de partij is waarmee de consument een overeenkomst aangaat als wordt overgegaan tot aankoop van (een) Hotelgoldcard(s).
87. Het college is echter van oordeel dat deze lezing onvoldoende steun vindt in de hem bekende feiten. Dit oordeel baseert het college (mede) op de volgende (uit het verslag van de hoorzitting die heeft plaatsgevonden op 12 maart 2010 ten kantore van het college blijkende) omstandigheden:
- Sell-it heeft uit eigen beweging samenwerking gezocht met SKA en is op eigen initiatief begonnen met het verkopen van de Hotelgoldcard;³⁶
 - De tussen SKA en Sell-it gesloten overeenkomst voorzag in het inkopen van de Hotelgoldcards door Sell-it (en blijkbaar niet in de directe verkoop daarvan door SKA aan de consument);³⁷
 - De incasso van de door de consument verschuldigde vergoeding van de door tussenkomst van Sell-it verkochte Hotelgoldcards werd verzorgd door Sell-it of door [VERTROUWELIJK];³⁸
 - SKA is blijkens de verklaring van haar vertegenwoordiger slechts leverancier van de Hotelgoldcard aan Sell-it. De verdere afhandeling (het door middel van telemarketing verkopen van de Hotelgoldcard aan de consument) wordt door SKA aan Sell-it gelaten;³⁹
 - De consument die over is gegaan tot aankoop van een Hotelgoldcard ontvangt een welkomstpakket waarin het postadres van Sell-it genoemd wordt.⁴⁰ Indien een consument een overeenkomst ter zake van een aangekochte Hotelgoldcard wenst te

³⁵ Kamerstukken II 2007-2008, 30 661, nr. 8, p7.

³⁶ Zie o.a. bijlage 9 van het onderzoeksrapport (pagina 3 van het verslag hoorzitting).

³⁷ Ibidem.

³⁸ Idem (pagina 11 van het verslag hoorzitting).

³⁹ Idem (pagina 6 van het verslag hoorzitting).

⁴⁰ Idem (pagina 4 van het verslag hoorzitting).

Besluit «Openbaar»

ontbinden, kan deze ook worden geretourneerd aan Sell-it met gebruikmaking van datzelfde postadres;⁴¹

- De rol van SKA, bij het telefonisch verkopen van de Hotelgoldcard door Sell-it, blijft beperkt tot kwaliteitscontrole;⁴²
- In de beginperiode van het telefonisch verkopen van de Hotelgoldcard moest door Sell-it ook voor onbruikbare kaarten een vergoeding worden betaald;⁴³
- Door SKA is verklaard dat zij niet beschouwd kan worden als de leverancier (aan de consument) van de door Sell-it verkochte Hotelgoldcards, hetgeen door Sell-it niet weersproken is.⁴⁴

88. Verder blijkt uit de passages uit de contracten tussen Sell-it en haar callcenters⁴⁵ dat Sell-it als opdrachtgever en de callcenters als opdrachtnemer van de telemarketingactiviteiten dienen te worden aangemerkt.
89. Uit de contractueel vastgelegde werkafspraken tussen Sell-it en de door haar ingeschakelde externe partijen blijkt in elk geval dat de opdrachtnemende callcenters dienden uit te gaan van de door Sell-it aan te leveren ontdubbelde belbestanden⁴⁶. Blijkens het voorgaande heeft Sell-it de aangeleverde bestanden niet (altijd) naar behoren ontdubbeld. Het college stelt vast dat Sell-it (doorgaans) de verantwoordelijkheid op zich heeft genomen voor het ontdubbelen van de belbestanden.
90. Sell-it instrueerde de callcenters ook over de wijze waarop zij hun werkzaamheden moesten uitvoeren. Hiervoor leverde Sell-it onder meer de te gebruiken belbestanden (die gelet op de contractuele afspraken ontdubbeld / geschoond hadden moeten zijn), de callscripts en het IVR-script aan.
91. Uit de hierboven geschetste feiten en omstandigheden blijkt naar het oordeel van het college genoegzaam dat Sell-it de onderneming is die de contracten sluit met consumenten aan wie zij de Hotelgoldcard aanbiedt, alsmede dat Sell-it voor haar rekening en risico via telemarketing abonnees laat benaderen door callcenters. Daaruit concludeert het college dat de communicatie namens Sell-it, handelend in eigen naam en voor eigen rekening, is overgebracht aan de betreffende abonnees. Het college constateert dan ook dat Sell-it de in dit besluit aan de orde gestelde overtredingen niet als opdrachtnemer, maar als zelfstandige (opdrachtgevende) pleger heeft begaan.
92. Gelet op voorgaande overwegingen is het college van oordeel dat de commanditaire vennootschap Sell-it is aan te merken als overtreder op grond van het feit dat zij opdrachtgever is van de telemarketingactiviteiten en de opdrachtnemende callcenters

⁴¹ Idem (pagina 5 van het verslag hoorzitting).

⁴² Idem (pagina 7 van het verslag hoorzitting).

⁴³ Idem (pagina 10/11 van het verslag hoorzitting).

⁴⁴ Idem (pagina 12 van het verslag hoorzitting).

⁴⁵ Zie bijlage 6 van het onderzoeksrapport.

⁴⁶ Idem.

Besluit «Openbaar»

daaromtrent instrueerde. Bovendien is Sell-it tevens de partij die feitelijk verantwoordelijk is voor het sluiten van de overeenkomsten met de consumenten die overgaan tot het kopen van een Hotelgoldcard.

7.4.2 De feitelijk leidinggevende(n)

93. Ingevolge artikel 5:1, derde lid, Awb kunnen overtredingen in bestuursrechtelijke context worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen en is artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht van overeenkomstige toepassing. Dit betekent onder meer dat (mede) ten aanzien van de feitelijk leidinggevende aan de verboden gedraging de in de wet voorziene maatregelen kunnen genomen voor een overtreding begaan door (onder meer) een commanditaire vennootschap.
94. Het college beschouwt [VERTROUWELIJK] als degenen die leiding hebben gegeven aan de verboden gedragingen in de zin van artikel 51, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht. [VERTROUWELIJK] staat in het handelsregister geregistreerd als volledig gevolmachtigde van Sell-it.⁴⁷ [VERTROUWELIJK] staat bij het BMNR ingeschreven als contactpersoon en tekenbevoegde van Sell-it.⁴⁸ [VERTROUWELIJK] waren ten tijde van de overtreding tevens de enige bij Sell-it werkzame personen.⁴⁹ [VERTROUWELIJK] heeft steeds gereageerd op de correspondentie van het college. [VERTROUWELIJK] zijn samen verschenen op de hoorzittingen van 12 maart 2010⁵⁰ en 20 mei 2011. Volgens [VERTROUWELIJK] is hij binnen Sell-it verantwoordelijk voor de communicatie tussen de callcenters en Sell-it, ook verzorgt hij de trainingen en de trainingsmaterialen. Volgens [VERTROUWELIJK] is hij bij Sell-it verantwoordelijk voor de afhandeling van de door de callcenters gedane verkopen.
95. Ook in de uitzending van omroep Max van 16 augustus 2010 treedt [VERTROUWELIJK] op als eigenaar van Sell-it.⁵¹ [VERTROUWELIJK] waren verantwoordelijk voor de aankoop van de belbestanden. Tevens hebben zij zich tegenover de callcenters verplicht om met gebruikmaking van de in het BMNR opgenomen gegevens geschoonde belbestanden te leveren. Dit hebben zij niet in alle gevallen gedaan, ondanks het feit dat zij hierover klachten ontvingen van consumenten.⁵²
96. [VERTROUWELIJK] waren binnen Sell-it de bevoegde functionarissen ten aanzien van de levering van belbestanden aan de callcenters. Zij waren degene die de belbestanden afnamen van SKA en / of verschillende dataleveranciers. Ook stonden zowel [VERTROUWELIJK] bij het BMNR geregistreerd en hadden derhalve de mogelijkheid om de belbestanden te ontdebellen met de blokkadebestanden uit het BMNR. Zij waren daartoe redelijkerwijs gehouden, nu zij zich tegenover de voor Sell-it werkzame callcenters hebben verplicht om “geschoonde” bestanden aan te leveren. Door de belbestanden niet (volledig) te

⁴⁷ Zie bijlage 1 van het onderzoeksrapport.

⁴⁸ Zie bijlage 15 van het onderzoeksrapport.

⁴⁹ Idem Tijdens de hoorzitting van 21 mei 2011 hebben [VERTROUWELIJK] dit bevestigd.

⁵⁰ Zie bijlage 9 van het onderzoeksrapport (pagina 2 van het verslag hoorzitting).

⁵¹ Zie: <http://www.uitzendinggemist.nl/index.php/aflevering?afIID=11270260&md5=5c0fe003743c4926190fa89af31f97da>

⁵² Zie bijlage 6 van het onderzoeksrapport.

Besluit «Openbaar»

ontdubbelen met de blokkadebestanden van het BMNR, hebben [VERTROUWELIJK] de aanmerkelijke kans aanvaard dat artikel 11.7 Tw zou worden overtreden.

97. Ook ten aanzien van het inschrijven van abonnees in het BMNR, hadden [VERTROUWELIJK] moeten weten dat niet de gegevens van alle abonnees die daarom verzocht hebben, (tijdig) zijn aangeboden aan het BMNR. Sell-it was immers de enige partij die bestanden heeft ge-upload naar het BMNR. Daarbij ontvingen [VERTROUWELIJK] van de callcenters de resultaten van de gevoerde telemarketinggesprekken, waarin ook duidelijk is opgenomen welke abonnees hebben verzocht om te worden ingeschreven in het BMNR. [VERTROUWELIJK] hadden dus kunnen constateren dat niet de gegevens van alle abonnees die daarom gevraagd hebben, (tijdig) zijn aangeboden aan het BMNR. Zij hebben echter nagelaten tijdige en adequate maatregelen ter voorkoming van deze gedraging te treffen of zelf actie te ondernemen om er voor te zorgen dat deze abonnees (alsnog) tijdig werden ingeschreven in het BMNR.
98. Tot slot hebben [VERTROUWELIJK] ook verklaard (tijdens de hoorzitting die op 20 mei 2011 heeft plaatsgevonden ten kantore van het college), dat alhoewel [VERTROUWELIJK] uit hoofde van diens functie binnen Sell-it primair verantwoordelijk was voor het aankopen, toeleveren en ontdubbelen van de te gebruiken belbestanden (alsmede voor het uploaden van gegevens van abonnees die willen worden opgenomen in het BMNR), [VERTROUWELIJK] daarvoor ook (eind-)verantwoordelijkheid droeg als formeel gevolmachtigde van Sell-it. Verder hebben [VERTROUWELIJK] tijdens genoemde hoorzitting verklaard enig toezicht uit te oefenen op de wijze waarop de callcenters hun werkzaamheden uitvoerden. Ook luisteren [VERTROUWELIJK] regelmatig mee met de gesprekken die de agents van de callcenters voeren en hebben zij erkend soms ook op de werkvloer van de callcenter(s) aanwezig te zijn.⁵³
99. Gelet op het voorgaande is het college van oordeel dat [VERTROUWELIJK] in elk geval op de hoogte hadden moeten zijn van de begane overtredingen en bevoegd en redelijkerwijs gehouden waren tegen de verboden gedraging op te treden dan wel deze te voorkomen. Zij hebben bewust de aanmerkelijke kans aanvaard dat de verboden gedragingen zich zouden voordoen. Derhalve dienen [VERTROUWELIJK] tevens te worden beschouwd als feitelijk leidinggevend aan de verboden gedragingen die in dit besluit worden beschouwd als de overtredingen begaan door Sell-it.

7.4.3 Conclusie ten aanzien van de overtreder(s)

100. Gelet op al het bovenstaande merkt het college Sell-it aan als overtreder van de hierboven genoemde overtredingen, met dien verstande dat het college constateert dat [VERTROUWELIJK] feitelijk leiding hebben gegeven aan de verboden gedragingen en dat de overtreding hen is toe te rekenen.

⁵³ Zie bijlage 9 van het onderzoeksrapport (pagina 27 van het verslag hoorzitting).

Besluit

«Openbaar»

8 Boete

101. In deze paragraaf zal het college een korte toelichting geven op zijn boetebeleid om vervolgens in te gaan op de omvang dan wel op het aantal van de geconstateerde overtredingen, alsmede op het geschonden belang. Aansluitend zal het college de overige omstandigheden van het onderhavige geval bespreken en tot slot een conclusie formuleren ten aanzien van de ernst van de geconstateerde overtredingen.

8.1 Boetebeleid OPTA

102. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt het college 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. Het college houdt daarbij, indien daartoe aanleiding bestaat, rekening met andere omstandigheden zoals de duur van de overtreding. Bij iedere boetebeschikking moet worden afgewogen hoe hoog de boete in dat concrete geval moet zijn.
103. 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 Tw. 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).
104. Het college bepaalt 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 bijzondere omstandigheden van het geval). Deze ‘optelsom’ bepaalt de definitieve kwalificatie van de overtreding: zeer ernstig, ernstig of minder ernstig.
105. Bij het bepalen van de zwaarte van de overtredingen neemt het college de doelstellingen van de Tw, 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.
106. In zijn Boetebeleidsregels heeft het college een overtreding van artikel 11.7 Tw als minder zwaar aangemerkt. Het college overweegt in concreto als volgt ten aanzien van de ernst van de overtreding van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen met het vijfde lid, Tw, alsmede van artikel 11.7, dertiende lid, Tw in samenhang gelezen met artikel 14, eerste lid, van het Besluit bel-me-niet-register.

Besluit

«Openbaar»

8.1.1 Omvang, aantal overtredingen

107. Ten aanzien van de omvang van de overtredingen overweegt het college het volgende. Hiervoor heeft het college in randnummer 74 vastgesteld dat de gebruikte belbestanden tenminste 1.540 telefoonnummers van abonnees bevatten die gebeld zijn en tevens ingeschreven stonden in het BMNR.
108. Verder heeft het college in randnummer 81 geconstateerd dat de gegevens van tenminste 281 abonnees die in die periode door of namens Sell-it zijn benaderd en daarom hebben gevraagd, niet (tijdig) zijn aangeboden aan het BMNR.
109. Het college heeft in dezelfde randnummers vastgesteld dat al deze gedragingen door of namens Sell-it zijn uitgevoerd.

8.1.2 Geschonden belang

110. Ongevraagde communicatie in de vorm van telefonische oproepen 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 zogenaamde 'cold calling') als storend ervaren.⁵⁴
 - Uit dit onderzoek blijkt dat een meerderheid van de consumenten vindt dat telemarketing dusdanig storend is dat zij van plan zijn zich voor telemarketing af te melden.⁵⁵
111. De hiervoor genoemde feitelijkheden zijn de belangrijkste redenen waarom het college het niet naleven van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen met het vijfde lid, Tw (in ruime zin) schadelijk acht. Dit geldt eveneens voor het niet naleven van artikel 11.7, dertiende lid, Tw in samenhang gelezen met artikel 14, eerste lid, van het Besluit bel-me-niet-register. Hierbij merkt het college echter wel op dat hij laatstgenoemde overtreding extra schadelijk acht omdat de consument erop moet kunnen vertrouwen, dat als hem de mogelijkheid wordt geboden zijn contactgegevens te laten opnemen in het BMNR door de partij die hem de ongevraagde communicatie overbrengt, dit ook daadwerkelijk binnen de daarvoor bepaalde termijn geschiedt, zodat de betreffende abonnee in de toekomst verschoond zal blijven van dergelijke communicatie. Als dit voorschrift niet (geheel) wordt geëerbiedigd, kan dit per abonnee potentieel leiden tot meerdere gevallen waarin tegen zijn wil ongevraagde communicatie aan hem wordt overgebracht terwijl de betreffende abonnee in de veronderstelling verkeert dat zijn gegevens in het BMNR zijn opgenomen. Dit gegeven kan naar het oordeel van het college het vertrouwen van de consument in het BMNR in ernstige mate ondergraven, hetgeen het verwezenlijken van de doelstelling daarvan in gevaar kan brengen.

⁵⁴ SEO Economisch Onderzoek, *Telemarketing: irritatie geregeld?* (onderzoek in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken), Amsterdam 2007, p. 19.

⁵⁵ Zie noot 54, p. 21-22: het betreft 56% van de consumenten.

Besluit

«Openbaar»

8.2 Overige omstandigheden van het geval

112. 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, Tw) stelt het college de ernst van de overtreding vast mede op basis van navolgende criteria:
- aantal geconstateerde overtredingen;
 - meerdere bepalingen overtreden;
 - de bijzondere schadelijkheid van het telefoongesprek volgens eindgebruikers.
113. 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.

8.3 Conclusie ten aanzien van de ernst van de overtredingen

114. Het college heeft vastgesteld dat Sell-it bestanden heeft geleverd aan de door haar ingeschakelde callcenters met daarin 1.540 telefoonnummers van abonnees die ingeschreven stonden in het BMNR en dus niet aangeleverd hadden mogen worden. Verder heeft het college vastgesteld dat deze abonnees allemaal zijn gebeld door of namens Sell-it. Voorts zijn ook de gegevens van 281 abonnees ten onrechte niet (tijdig) aan het BMNR aangeboden door Sell-it. Naar het oordeel van het college zijn dit geen bijzonder grote aantallen, anderzijds zijn deze aantallen ook bepaald niet zodanig klein dat sprake is van verwaarloosbare overtredingen. Ook bij minder omvangrijke overtredingen komt de (mede)pleger daarvan wat het college betreft in beginsel in aanmerking voor oplegging van een bestuurlijke boete. 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 niet gebleken. Wel is er, gelet op het feit dat consumenten klachten hebben ingediend bij het college over ongevraagde telefoontjes van Sell-it, sprake van ergernis en overlast bij consumenten over deze telefoontjes. Op grond van al het voorgaande merkt het college de overtredingen van Sell-it aan als minder ernstig.
115. In zijn boetebeleidsregels heeft het college de zwaarte van overtreding van artikel 11.7 Tw in abstracto bepaald als een minder zware overtreding. In het voorgaande heeft het college de ernst van de overtredingen van Sell-it in concreto als minder ernstig aangemerkt. Voor de overtredingen indiceert dit een boete van maximaal € 100.000.

Besluit

«Openbaar»

9 Vaststellen van de hoogte van de boete

116. In de voorgaande paragraaf heeft het college vastgesteld dat de overtreding van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen met vijfde lid, Tw en de overtreding van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw in samenhang gelezen met artikel 14 van het Besluit bel-me-niet-register moeten worden aangemerkt als minder ernstige overtredingen. In de navolgende paragraaf zal het college de hoogte van de op te leggen boete(s) vaststellen. Hierbij betreft het college, op grond van zijn boetebeleidsregels de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder. Daarnaast neemt het college eventuele boeteverlagende en -verhogende omstandigheden in het ogenschouw.

9.1 Duur van de overtredingen

117. Ten aanzien van de duur van de overtredingen heeft de rapporteur in zijn onderzoeksrapport aangegeven dat de duur van de overtreding drie maanden is geweest, namelijk van 1 oktober 2009 tot en met 31 december 2009, met dien verstande dat het zwaartepunt van de overtreding van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen met vijfde lid, Tw, in de maand oktober van 2009 heeft gelegen. Het college is van oordeel dat op grond van de aangetroffen gegevens die duur met voldoende zekerheid is vastgesteld. Het college vindt dit een relatief lange duur.

9.2 Verwijtbaarheid van de overtreder

9.2.1 Ten aanzien van het bellen van abonnees die staan ingeschreven in het Bel-me-niet-register

118. De norm van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen 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 is daarmee een inbreuk op hetgeen in artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen met het vijfde lid, Tw is bepaald.

119. Begin april 2009 heeft het college op haar website een brief en een informatiebrochure gepubliceerd over de nieuwe telemarketingwetgeving die per 1 oktober 2009 in werking zou treden.⁵⁶ In deze brief wordt ook melding gemaakt van de mogelijkheid om vragen aan het college te stellen via het e-mailadres telemarketing@opta.nl.

⁵⁶ <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=2909>

Besluit

«Openbaar»

120. [VERTROUWELIJK] hebben eerder op grote schaal zelf een callcenter gedreven. Onder de naam [VERTROUWELIJK], hebben [VERTROUWELIJK] tot medio 2009 op grote schaal callcenter activiteiten ontplooid. Tijdens de hoorzitting van 20 mei 2011 hebben [VERTROUWELIJK] nogmaals verklaard, dat zij bekend zijn in de telemarketingwereld. Zodoende acht het college het niet aannemelijk dat Sell-it onvoldoende op de hoogte is geweest van de wetgeving omtrent het BMNR.
121. Sell-it heeft op 13 november 2009 voor het eerst een blokkadebestand van het BMNR gedownload, terwijl de verplichting om belbestanden te ontdebellen met het BMNR is ontstaan op 1 oktober 2009. Gedurende de maand oktober 2009 zijn door of namens Sell-it abonnees gebeld die staan ingeschreven in het BMNR. Sell-it heeft het blokkadebestand van 13 november 2009 gebruikt om de belbestanden, die door de callcenters zijn gebruikt voor de verkoop van de Hotelgoldcard, mee te ontdebellen. Ook nadat Sell-it op 13 november 2009 een blokkadebestand van het BMNR had gedownload, zijn er door of namens Sell-it abonnees gebeld die staan ingeschreven in het BMNR. De abonnees die waren opgenomen in het BMNR hadden niet gebeld mogen worden.
122. Uit het bovenstaande concludeert het college dat Sell-it zich voortdurend bewust was of moest zijn geweest van de verplichting van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen met het vijfde lid, Tw. In die zin is de overtreding Sell-it volledig toe te rekenen en acht het college Sell-it volledig verwijtbaar voor het ongevraagd benaderen van consumenten die ingeschreven stonden in het BMNR.

9.2.2 Ten aanzien van het niet (tijdig) opnemen van abonnees in het Bel-me-niet-register.

123. De norm van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw in samenhang gelezen met artikel 14 van het Besluit bel-me-niet-register is duidelijk. Op grond van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw dient een abonnee tijdens het gesprek actief te worden gewezen op het BMNR en dient hij kosteloos in de gelegenheid te worden gesteld om opgenomen te worden in het BMNR. Voorts regelt artikel 14 van het Besluit bel-me-niet-register dat de gegevens van een abonnee, die heeft aangegeven opgenomen te willen worden, binnen tien werkdagen dienen te zijn aangeboden bij het BMNR.
124. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever expliciet heeft bepaald dat er een gedeelde verantwoordelijkheid rust op de nakoming van deze verplichting.⁵⁷ Zodoende leidt hetgeen bepaald is in de overeenkomst, die door Sell-it is gesloten met de door haar ingeschakelde callcenters, er niet toe dat Sell-it verminderd verwijtbaar is voor de overtreding die is vastgesteld onder randnummer 81. Dit geldt temeer nu Sell-it zelf de gegevens heeft aangeleverd bij het BMNR, omdat de callcenters hier niet in voorzagen.

⁵⁷ Kamerstukken II 2007/08, 30 661, nr.8, p.7.

Besluit

«Openbaar»

125. Het college heeft ook deze verplichting duidelijk gecommuniceerd in de brief die onder randnummer 119 is aangehaald. Dat Sell-it zich bewust was van de verplichting die voortvloeit uit artikel 11.7, twaalfde lid, Tw blijkt uit het feit dat Sell-it de verantwoordelijkheid voor het uploaden van de gegevens heeft overgenomen van de callcenters op het moment dat deze hier niet toe in staat bleken te zijn.
126. Derhalve concludeert het college dat Sell-it zich ook voortdurend bewust was of moest zijn geweest van de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 11.7, twaalfde lid, Tw in samenhang gelezen met artikel 14 Besluit bel-me-niet-register. In die zin is de overtreding Sell-it volledig toe te rekenen.
127. Het college wenst in het kader van de verwijtbaarheidsvraag nogmaals kort in te gaan op het feit dat de rapporteur blijkens het onderzoeksrapport heeft geconstateerd dat in één geval de upload door Sell-it in de onderzoeksperiode is teruggedraaid (een zogenaamde “rollback”).⁵⁸ Zoals reeds eerder in dit besluit door het college is opgemerkt, heeft de beheerder van het BMNR over deze rollback-procedure verklaard dat deze wordt geïnitieerd door de adverteerder zelf. Na uitvoeren van een rollback worden de (eerder) aangeboden gegevens dus niet verwerkt of teruggedraaid door de achtergrondprocessen van het BMNR.⁵⁹ Door Sell-it is daaromtrent (naar aanleiding van de hoorzitting die op 20 mei 2011 heeft plaatsgevonden ten kantore van het college) nog in een e-mail d.d. 31 mei 2011 verklaard dat de rollback, die op 5 december 2009 heeft plaatsgevonden, “hoogstwaarschijnlijk werd veroorzaakt door een fout in het upload-bestand”. Gelet op de in deze relevante verklaringen van de beheerder van het BMNR en van Sell-it, acht het college het voldoende aannemelijk dat de rollback te wijten is aan Sell-it. Eén en ander maakt dat het college tot de conclusie komt dat de onderhavige overtreding, ongeacht het plaatsvinden van de zogenaamde rollback, onverkort aan Sell-it kan worden verweten.

9.2.3 Conclusie ten aanzien van de verwijtbaarheid van de overtreder

128. Gelet op het voorgaande acht het college de overtredingen van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen met het vijfde lid, Tw en de overtreding van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw in samenhang gelezen met artikel 14 van het Besluit bel-me-niet-register volledig verwijtbaar aan Sell-it.

9.3 Verwijtbaarheid van de feitelijk leidinggevendenden

129. In paragraaf 7.4.2 heeft het college reeds overwogen dat [VERTROUWELIJK] op grond van artikel 5:1, derde lid, Awb in samenhang gelezen met artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht zijn aan te merken als feitelijk leidinggevende aan de overtreding die is begaan door Sell-it. Het college heeft hierbij geconstateerd dat [VERTROUWELIJK] ten tijde van de overtreding de enige werkzame personen waren bij Sell-it en zij binnen Sell-it

⁵⁸ Zie randnummer 56 van het onderzoeksrapport.

⁵⁹ Zie bijlage 14 van het onderzoeksrapport.

Besluit «Openbaar»

verantwoordelijk waren voor het handelen van Sell-it. Derhalve is het college van oordeel dat zij niet alleen op de hoogte waren (of behoorden te zijn) van het begaan van de overtreding, maar dat zij de handelingen, die hebben geleid tot de vastgestelde overtredingen, ook daadwerkelijk, al dan niet gezamenlijk, hebben verricht. Daarmee hebben zij de aanmerkelijke kans aanvaard dat Sell-it zowel artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen met het vijfde lid, Tw als artikel 11.7, twaalfde lid, Tw in samenhang gelezen met artikel 14 van het Besluit bel-me-niet-register heeft overtreden.

130. Zodoende concludeert het college, dat het feitelijk leiding geven aan de overtreding van zowel artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen met het vijfde lid, Tw als artikel 11.7, twaalfde lid, Tw in samenhang gelezen met artikel 14 van het Besluit bel-me-niet-register aan [VERTROUWELIJK] volledig verweten kan worden.

9.4 Boeteverzwarende of verlagende omstandigheden

131. Het college acht geen boeteverzwarende of –verlagende omstandigheden aanwezig die betrokken moeten worden bij de vaststelling van de hoogte van de boete.

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

132. Het college heeft in paragraaf 8.3 reeds vastgesteld dat, gelet op de zwaarte van de overtredingen en de economische context alsmede de specifieke omstandigheden waarbinnen deze hebben plaatsgevonden, sprake is van minder ernstige overtredingen van de Telecommunicatiewet. Uit de zienswijze van Sell-it is geen reden gebleken, op grond waarvan de overtreders geen verwijt kan worden gemaakt van de overtredingen of op grond waarvan de overtredingen anderszins niet aan hen kunnen worden toegerekend.
133. In beginsel is het college bevoegd om in voorkomende gevallen voor iedere overtreding afzonderlijk een boete van maximaal € 450.000 per overtreding op te leggen. Het college kan evenwel - indien er, zoals in casu, sprake is van meerdere overtredingen - in plaats van elke overtreding afzonderlijk te beboeten, een boete opleggen voor het geheel van deze overtredingen.⁶⁰ Nu het in deze zaak gaat om een groot aantal telemarketinggesprekken die in hoge mate vergelijkbaar zijn en die in hun onderling verband moeten worden beschouwd, ligt het niet in de rede per telemarketinggesprek een aparte boete op te leggen. Bij de vaststelling van de boete is het college er van uitgegaan dat de telemarketinggesprekken in de gestelde periode zijn aan te merken als één grote, samenhangende overtreding.
134. Het college heeft hiervoor reeds vastgesteld dat, gelet op de zwaarte van de overtredingen en de economische context, alsmede de bijzondere omstandigheden waarbinnen deze

⁶⁰ Zie Boetebeleidsregels OPTA. In theorie kan de uiteindelijke hoogte van een dergelijke boete uitkomen op een veelvoud van het per overtreding geldende wettelijk maximum van €450.000 (artikel 15.4, vierde lid, Tw).

Besluit «Openbaar»

hebben plaatsgevonden, er sprake is van een minder ernstige overtreding van de Tw. De bandbreedte van de boetecategorie bestrijkt in dat geval maximaal € 100.000.

135. Het college overweegt tevens dat bij de vaststelling van de hoogte van de boete in acht moet worden genomen dat de boete Sell-it van toekomstige overtredingen dient te weerhouden en tevens potentiële overtreders dient af te schrikken (speciale en generale preventie).
136. 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.⁶¹
137. De voorgaande bevindingen leiden tot vaststelling van een aantal overtredingen waarvoor het college, met inachtneming van de ernst van de overtreding, de duur en omvang van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder en haar feitelijk leidinggevend(en), Sell-it en [VERTROUWELIJK] gezamenlijk een boete oplegt van €10.000 voor de overtreding van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen met het vijfde lid, Tw. Daarnaast legt het college aan zowel Sell-it als [VERTROUWELIJK] gezamenlijk een boete op van €5.000 voor de overtreding van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw in samenhang gelezen met artikel 14 van het Besluit bel-me-niet-register. Het college komt daarmee uit op een boete van totaal €15.000.
138. Het college merkt nog het volgende op. Sell-it en [VERTROUWELIJK] krijgen deze boetes gezamenlijk opgelegd en zij zijn hiervoor hoofdelijk aansprakelijk. De (onrechtmatige) gedragingen van Sell-it en het feitelijk leiding geven aan deze overtreding door [VERTROUWELIJK] zijn niet te scheiden.

10 Besluit tot publicatie

139. Het college publiceert sinds 1999 openbare versies van zijn (handhavings)besluiten op haar website www.opta.nl. In zijn Beleidsregels openbaarmaking OPTA (hierna: publicatiebeleid) heeft het college het algemene belang van artikel 8 Wob dat ertoe noopt openbaarheid te betrachten, geconcretiseerd door te wijzen op het belang van transparantie, het gelijkheidsbeginsel en de preventieve werking.⁶² Verder neemt het college in aanmerking dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) bij uitspraak van 10 november 2010 heeft bepaald dat op basis van de Wob sanctiebesluiten als onderdeel van de toezichthoudende taak volledig, met inbegrip van de namen van de betrokkenen mogen worden gepubliceerd.⁶³ Ten aanzien van de vereiste belangenafweging bepaalt de Afdeling dat – voor de beoordeling of sprake is van een onevenredige benadeling van betrokkene(n) – het oordeel over de rechtmatigheid van het te publiceren besluit doorslaggevend is.

⁶¹ Zie artikel 3:4, tweede lid, Awb.

⁶² Beleidsregels openbaarmaking OPTA van 1 april 2009, *Stcrt* 2009, nr. 63, tevens gepubliceerd op www.opta.nl.

⁶³ www.rechtspraak.nl, LJN:BO3468; *AB* 2010, 319 en *JB* 2010, 276.

Besluit

«Openbaar»

140. Op grond van het voorgaande zal het college overgaan tot publicatie van het onderhavige besluit, zonder vermelding van de namen van natuurlijke personen en bedrijfsvertrouwelijke gegevens. Met inachtneming van het hiervoor genoemde publicatiebeleid acht het college publicatie in dit concrete geval in het belang van consumenten om kennis te nemen van het feit dat ten aanzien van Sell-it is vastgesteld dat deze in strijd heeft gehandeld met het in artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen met het vijfde lid, Tw en dat deze in strijd heeft gehandeld met artikel 11.7, twaalfde lid, Tw in samenhang gelezen met artikel 14 van het Besluit bel-me-niet-register bepaalde en dat aan haar een sanctie is opgelegd. Consumenten worden zo gewaarschuwd voor dit soort overtredingen. Consumenten die hierdoor al zijn getroffen of hierover zelfs al hebben geklaagd komen op deze manier te weten dat er effectief is gehandhaafd om hun belang te beschermen. Daarnaast is het ook in het belang van marktpartijen om kennis te nemen van de ten aanzien van andere marktdeelnemers genomen (sanctie)besluiten. Marktpartijen die ook van telemarketing gebruik maken, zowel adverteerders als callcenters, komen zo te weten dat er ter bescherming van hun belang is opgetreden. Ook gaat er een algemeen preventief effect van uit richting potentiële andere overtreeders evenals een preventief effect richting de overtreder zelf, die hierdoor meer geprikkeld zal worden om herhaling in de toekomst te voorkomen. Deze belangen dienen naar het oordeel van het college zwaarder te wegen dan het belang van Sell-it. Van overige belangen of omstandigheden, op grond waarvan zou moeten worden afgezien van publicatie, is het college niet gebleken.

11 Dictum

141. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit stelt vast dat de commanditaire vennootschap Sell-it artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen met het vijfde lid van de Telecommunicatiewet heeft overtreden doordat zij in de periode 1 oktober 2009 tot en met 31 december 2009 abonnees ongevraagd telefonisch heeft/hebben benaderd, dan wel in opdracht heeft laten benaderen, terwijl deze abonnees ingeschreven stonden in het Bel-me-niet-register.
142. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit stelt tevens vast dat de commanditaire vennootschap Sell-it artikel 11.7, twaalfde lid van de Telecommunicatiewet in samenhang gelezen met artikel 14, eerste lid, van het Besluit bel-me-niet-register heeft/hebben overtreden doordat zij in de periode 1 oktober 2009 tot en met 31 december 2009 abonnees, die telefonisch te kennen hebben gegeven dat zij opgenomen wilde worden in het Bel-me-niet-register, niet tijdig heeft/hebben ingeschreven in het Bel-me-niet-register.
143. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit stelt tevens vast dat [VERTROUWELIJK] feitelijk leiding hebben gegeven aan de in randnummer 141 en 142 vastgestelde overtredingen.

Besluit «Openbaar»

144. Op grond hiervan legt het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit aan de commanditaire vennootschap Sell-it en aan de heren [VERTROUWELIJK] gezamenlijk een boete op van in totaal € 15.000 voor de overtredingen genoemd in randnummer(s) 141 en 142, waarvoor zij hoofdelijk aansprakelijk zijn. Deze boete bestaat uit:

- een boete van €10.000 voor de overtreding van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen met het vijfde lid van de Telecommunicatiewet;
- een boete van €5.000 voor de overtreding van artikel 11.7, twaalfde lid van de Telecommunicatiewet in samenhang gelezen met artikel 14, eerste lid, van het Besluit bel-me-niet-register.

145. De hierboven in randnummer 144 vastgestelde boete dient overeenkomstig het bepaalde in artikel 4:87, eerste lid, Awb 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 4:98, eerste lid, Awb, deze boetes vermeerderd met de wettelijke rente.

146. Het college zal dit besluit publiceren op zijn website, waarbij hij de namen van de betrokken natuurlijke personen alsmede de bedrijfsvertrouwelijke gegevens zal anonimiseren.

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

w.g.

mr. C.A. Fonteijn, voorzitter

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.