

Besluit

Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/ACNB/2011/202408

Zaaknummer: 11.0180.37

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit tot oplegging van een boete ter zake van overtredingen van artikel 11.7, eerste en twaalfde lid, van de Telecommunicatiewet

1 Samenvatting

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 Telecommunicatiewet (hierna: Tw). Met dit besluit stelt het college een tweetal overtredingen vast waarvoor hij een boete oplegt met een totaalbedrag van € 280.000. De boete wordt opgelegd aan de rechtspersoon All4Call B.V. (hierna: All4Call) en haar bestuurder [A]. Deze boete wordt opgelegd voor de overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, twaalfde lid, Tw.
2. Aanleiding tot het onderhavig besluit vormt het rapport (hierna: het onderzoeksrapport) zoals op 8 augustus 2011 is opgemaakt door de toezichthoudende ambtenaren (hierna: rapporteurs) van het college.
3. De geconstateerde overtredingen bestaan eruit dat All4Call¹ een automatisch oproepsysteem zonder menselijke tussenkomst heeft gebruikt om abonnees te benaderen met een commercieel doel zonder voorafgaande toestemming van de desbetreffende abonnee. Daarnaast heeft All4Call abonnees telefonisch benaderd met een commercieel doel. In het gesprek heeft All4Call het recht van verzet en de mogelijkheid tot onmiddellijke opname in het Bel-me-niet Register (hierna: BMNR) niet aangeboden.
4. In dit besluit gaat het college in het navolgende eerst in 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 een weergave gegeven van de zienswijze van All4Call (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. Daarnaast gaat het college in op de verwijtbaarheid van de overtreeders alsmede de vaststelling van de hoogte van de boete (paragraaf 8 en 9). Ten slotte volgt het dictum (paragraaf 10).

¹ Ten behoeve van de leesbaarheid wordt hierna alleen All4Call genoemd. Hiermee wordt tenzij anders bedoeld zowel All4Call als [A] aangeduid.

Besluit Openbaar

2 Achtergrond en verloop van de procedure

5. Op de website www.spamklacht.nl is in de periode van 29 juli 2009 tot 30 juni 2010 een totaal van 882 klachten ingediend door consumenten over ongevraagde automatische oproepen. Klagers hebben hierbij aangegeven dat deze oproepen zijn verricht uit naam van een Zwitserse consumentenvereniging of een loterij.² De gesprekken blijken gevoerd te zijn door een automatisch oproepsysteem of belcomputer middels een vooraf ingesproken tekst.
6. Op 26 november 2009 heeft het college via de Consumentenautoriteit klachten ontvangen over ongevraagde telefonische oproepen, waarbij klagers hebben aangegeven dat zij een bandje moesten inspreken.³ Deze klachten zijn door dagblad De Stentor verzameld en aan de Consumentenautoriteit doorgestuurd. Volgens klagers zijn deze oproepen uit naam van een Zwitserse consumentenvereniging of loterij gevoerd.
7. Op basis van open bronnenonderzoek, informatievorderingen en samenwerking met andere Europese toezichthouders is de herkomst van de berichten door de rapporteurs onderzocht. Uit dit onderzoek is gebleken dat deze berichten uit Zwitserland en Duitsland leken te komen.⁴
8. Naar aanleiding van telefonisch contact dat het college heeft gehad met een klager die via www.spamklacht.nl een klacht had ingediend, heeft het college eind maart 2010 een kopie van een welkomstbrief van het product *Swiss Condial Nederland* ontvangen, die deze klager had ontvangen nadat zij was teruggebeld naar aanleiding van een eerdere automatische oproep met betrekking tot een Zwitserse consumentenvereniging of loterij.⁵ Het postbusnummer dat in de brief bij de contactgegevens stond vermeld, staat op naam van All4Call te Eindhoven.⁶
9. Op 30 juni 2010 hebben medewerkers van het college op grond van hun bevoegdheden die volgen uit titel 5.2 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) een onaangekondigd bedrijfsbezoek gebracht aan All4Call.⁷ Hierbij zijn forensische kopieën gemaakt van analoge en digitale⁸ gegevensdragers uit het bedrijfspand van All4Call. Op deze dag is ook een gesprek gevoerd met [A], bestuurder van en feitelijk leidinggevende bij All4Call.⁹
10. Op verzoek van All4Call, heeft op 1 september 2010 ten kantore van het college een tweede gesprek plaatsgevonden met toezichthoudend ambtenaren van het college.¹⁰

² Onderzoeksrapport, digitale bijlage 1: Spamklacht export 09.0277.29. De klachten zijn wegens privacy overwegingen anoniem.

³ Onderzoeksrapport, bijlage I-1; Correspondentie Consumentenautoriteit.

⁴ Onderzoeksrapport, bijlagen II-4 t.m. 9 voor vorderingen en Bijlage I-9; Duitstalige klachten over Zwitsers nummer.

⁵ Onderzoeksrapport, bijlage I-13: Via Spamklacht verkregen welkomstbrief.

⁶ Onderzoeksrapport, bijlage II-11: Informatievordering TNT Post.

⁷ Onderzoeksrapport, bijlage II-3: Controleverslag.

⁸ Toegevoegd aan het onderzoeksrapport is een rapport van de media-analyse opgenomen in 'Bevindingen Digitaal Onderzoek'.

⁹ Onderzoeksrapport, bijlage II-1: Gespreksverslag 30-06-2010.

¹⁰ Onderzoeksrapport, bijlage II-2: Gespreksverslag 01-09-2010.

Besluit Openbaar

11. Bij brief¹¹ van 19 mei 2011 heeft het college All4Call in de gelegenheid gesteld schriftelijk te reageren op het feitencomplex van het onderzoek.¹² All4Call heeft hier geen gebruik van gemaakt.
12. Voor het opstellen van het onderzoeksrapport hebben de rapporteurs zich gebaseerd op bovenstaande onderzoekshandelingen, de klachten, voornoemde gesprekken en het digitale onderzoek op de veiliggestelde gegevensdragers.
13. Het onderzoeksrapport¹³ is op 8 augustus 2011 per post verzonden naar het door [A] opgegeven correspondentieadres.
14. Het college heeft per brief¹⁴ All4Call in de gelegenheid gesteld om haar zienswijze op het onderzoeksrapport, zowel schriftelijk als mondeling, naar voren te brengen. All4Call heeft geen gebruik gemaakt van de mogelijkheid om haar zienswijze schriftelijk kenbaar te maken.
15. Op 31 augustus 2011 heeft All4Call bij monde van [A] ten kantore van het college haar zienswijze op het rapport mondeling kenbaar gemaakt.¹⁵

3 Het onderzoeksrapport

16. Aanleiding voor het onderhavige besluit vormen drie soorten overtredingen die zijn begaan in de periode van 29 juli 2009 tot en met 30 juni 2010, zoals is vastgelegd in het onderzoeksrapport, dat namens het college door de rapporteurs is opgesteld. In het onderzoeksrapport stellen de rapporteurs op basis van hun onderzoek vast dat All4Call meerdere malen het zogenoemde spamverbod, zoals neergelegd in artikel 11.7, eerste lid, Tw heeft overtreden. Daarnaast heeft All4Call tijdens de automatische oproepen geen zorg gedragen voor het bieden van een geldig postadres of nummer voor beëindiging van de automatische oproepen. All4Call heeft daarnaast niet de werkelijke identiteit van degene namens wie de automatische oproepen is overgebracht bekendgemaakt. Er is gebruik gemaakt van een valse naam of pseudoniem. Tot slot heeft All4Call niet het recht van verzet en de mogelijkheid om opgenomen te worden in het BMNR aangeboden tijdens telemarketinggesprekken, waarmee in strijd is gehandeld met artikel 11.7, twaalfde lid, Tw.¹⁶

¹¹ Brief met kenmerk: OPTA/ACNB/2011/201149.

¹² Onderzoeksrapport, digitale bijlage 21: Feitencomplex.

¹³ Kenmerk OPTA/ACNB/2011/201753.

¹⁴ Kenmerk OPTA/ACNB/2011/201770.

¹⁵ Een woordelijk verslag van dit gesprek is te vinden in de bijlage bij dit besluit.

¹⁶ Onderzoeksrapport, paragraaf 3.7.

Besluit

Openbaar

17. Het onderzoek heeft zich gericht op de activiteiten van All4Call inzake het gebruik van automatische oproepsysteem zonder menselijke tussenkomst voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor een commercieel doel aan abonnees en het ongevraagd bellen van abonnees met commerciële doeleinden, zonder het recht van verzet en de mogelijkheid tot onmiddellijke opname in het BMNR aan te bieden.
18. In het onderzoeksrapport verklaren de rapporteurs dat hun oordeel ten aanzien van de overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw is gebaseerd op het feit dat All4Call niet kan aantonen dat zij toestemming heeft gekregen van abonnees voor het overbrengen van ongevraagde communicatie met een commercieel doeleinde middels een automatisch oproepsysteem.
19. Ten aanzien van de overtreding van artikel 11.7, vierde lid, Tw verklaren de rapporteurs dat hun oordeel is gebaseerd op de audio-bestanden van All4Call. In de audio-bestanden is er geen geldig postadres of nummer voor beëindiging van de automatische oproepen aangeboden en er is gebruik gemaakt van een valse naam of pseudoniem.
20. Ten aanzien van de overtreding van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw verklaren de rapporteurs dat hun oordeel is gebaseerd op de gesprekken die zijn meegeluisterd door toezichhoudend ambtenaren tijdens het onaangekondigde bedrijfsbezoek, op het ontbreken van informatie over het recht van verzet en het BMNR, op de veiliggestelde systemen van All4Call, inclusief de audio-bestanden, en op het ontbreken van licenties voor het BMNR.
21. Op grond van het bovenstaande concluderen de rapporteurs dat All4Call en haar bestuurder gedurende de periode van 29 juli 2009 tot en met 30 juni 2010 artikel 11.7, eerste lid, vierde lid en twaalfde lid, Tw heeft overtreden.

4 Feiten

4.1 De rechtspersoon All4Call

22. All4Call is een besloten vennootschap, die is opgericht op 8 juli 2009.¹⁷ De statutaire bestuurders van All4Call zijn [A] en [B]¹⁸ te Zwitserland.¹⁹ Feitelijk leidinggevende is [A].²⁰ De bedrijfsactiviteiten van All4Call bestaan volgens het uittreksel van de Kamer van Koophandel uit: 'de exploitatie van een callcenter met bijbehorende telemarketingactiviteiten'.²¹

¹⁷ Onderzoeksrapport, bijlage I-2a: KvK uittreksel All4Call, p. 36.

¹⁸ Een rechtspersoon naar Zwitsers recht. Onderzoeksrapport, bijlage I-3, p.58.

¹⁹ Onderzoeksrapport, bijlage I-2a: KvK uittreksel All4Call. P. 36.

²⁰ Onderzoeksrapport 09.0277.29, randnummer 112, p. 34.

²¹ Onderzoeksrapport, bijlage I-2a: KvK uittreksel All4Call. P. 36.

Besluit Openbaar

23. [B] is een Zwitsers bedrijf, dat wordt bestuurd door [C] en [D].²² [B] is onderdeel van een groep ondernemingen die wisselend worden geleid door [C]. Deze ondernemingen zijn: [B], [E]²³, [F]²⁴ en [G].²⁵ ²⁶ [E] houdt zich bezig met de opbouw en het beheer van adresbestanden, alsook de distributie van producten en diensten.²⁷ [F] kan worden gezien als het callcenteronderdeel van deze groep.²⁸ All4Call kan in feite als onderdeel daarvan in Nederland worden beschouwd.²⁹ [G] verzorgt een gelijknamige softwareapplicatie, die door de callcenters binnen de groep voor operationele taken wordt gebruikt.³⁰ Zo ook door All4Call, die contractueel gehouden was om door [E] geautoriseerde callcentersoftware te gebruiken.³¹
24. Vanaf haar oprichting tot opheffing heeft All4Call hoofdzakelijk activiteiten uitgevoerd voor het product Swiss Condial Nederland.³² Swiss Condial Nederland is een product van de Zwitserse rechtspersoon [H].³³ ³⁴ Abonnees konden een lidmaatschap kopen van Swiss Condial Nederland. Met dit lidmaatschap werden leden tegen een maandelijkse vergoeding ingeschreven voor diverse prijsvragen en loterijen. All4Call heeft haar activiteiten voor het product Swiss Condial Nederland uitgevoerd in opdracht van [E], dat blijkens het contract met All4Call zelf in opdracht handelde van [G].³⁵
25. In het contract met [E] is vastgelegd dat All4Call de opdracht heeft abonnees op te bellen om deze bekend te maken met het product Swiss Condial Nederland, dan wel ze voor dit product als klant te werven (hierna: het wervingsgesprek).³⁶ Als tweede bestaat de opdracht uit het opnieuw opbellen van de door het eerste contact geïnteresseerde abonnees, met als doel overeenkomsten te sluiten (hierna: het verkoopgesprek).³⁷
26. De rechtspersoon All4Call is met ingang van 31 augustus 2010 ontbonden.³⁸

4.2 Vastgestelde gedragingen

27. Voor de verkoop van het product Swiss Condial Nederland werden twee soorten telefonische verkoopgesprekken gevoerd. De eerste soort gesprekken in het kader van de verkoop van Swiss Condial Nederland, de wervingsgesprekken, zijn uitgevoerd met gebruikmaking van een

²² Onderzoeksrapport, bijlage I-3, p. 58-59.

²³ Rechtspersoon naar Zwitsers recht. Zie onderzoeksrapport, bijlage I-4, p. 60-61.

²⁴ Rechtspersoon naar Duits recht. Onderzoeksrapport, p. 34.

²⁵ Rechtspersoon naar Zwitsers recht. Zie onderzoeksrapport, bijlage I-5, p.63-64.

²⁶ Onderzoeksrapport, bijlage I-45, p. 304.

²⁷ Onderzoeksrapport, bijlage I-4, p. 60-62

²⁸ Verslag hoorzitting, p. 15.

²⁹ Verslag hoorzitting, p. 15.

³⁰ Onderzoeksrapport, bijlage I- 5, p.63-64.

³¹ Onderzoeksrapport, bijlage I-8, §1.3, p. 68.

³² Onderzoeksrapport, randnummer 104, p. 30-31.

³³ Onderzoeksrapport, bijlage I-6, p. 65-66.

³⁴ Onderzoeksrapport, randnummer 86, p. 24.

³⁵ Onderzoeksrapport, bijlage I-8, §1.1, p. 68.

³⁶ Onderzoeksrapport, bijlage I-8: Samenwerkingsovereenkomst [E] – All4Call, paragraaf 1.4, p. 68.

³⁷ Onderzoeksrapport, bijlage I-8: Samenwerkingsovereenkomst [E] – All4Call, paragraaf 1.5, p. 68.

³⁸ Onderzoeksrapport, bijlage I-2b: Uittreksel All4Call na bedrijfsbezoek, p. 37.

Besluit Openbaar

automatisch oproepsysteem zonder menselijke tussenkomst.³⁹ Hierbij kregen de abonnees die gebeld werden een vooraf ingesproken geluidsopname te horen. In dit geval werd ook een techniek gebruikt waarbij de spraakcomputer, afhankelijk van wat de abonnee zei, verschillende reacties kon geven. In het gesprek werd de abonnee bekend gemaakt met de producten van Swiss Condial Nederland en om enkele persoonsgegevens gevraagd. De antwoorden van de abonnee werden opgenomen en de spraakcomputer was in staat om op basis van het antwoord zijn volgende reactie te bepalen.⁴⁰ Zo werd er feitelijk een 'gesprek' met de abonnee gevoerd. Het programma op de spraakcomputer deed de abonnees geloven in gesprek te zijn met een echt persoon, genaamd Rudi Hurkmans. Dit was in werkelijkheid een fictief personage.

28. Tijdens de automatische oproepen ten behoeve van het wervingsgesprek is geen werkelijke identiteit vermeld van degene namens wie de communicatie wordt overgebracht aan de abonnee.⁴¹ Ook is geen melding gemaakt van een geldig postadres of nummer waaraan de abonnee een verzoek tot beëindiging van de communicatie kan richten.⁴²
29. De opgenomen reacties van de abonnees werden door de medewerkers van All4Call gecontroleerd. De potentiële klanten die hieruit voortkwamen werden door de medewerkers van All4Call vervolgens persoonlijk opnieuw gebeld voor het verkoopgesprek, met als doel om tijdens dat telefoongesprek een overeenkomst met hen te sluiten.
30. All4Call bezat tijdens de onderzochte periode geen licentie van het BMNR. Voor het aanbieden van de gegevens van abonnees, die in het BMNR opgenomen willen worden, is door de beheerder van het register een uploadlicentie verplicht gesteld. Nu All4Call niet beschikte over deze uploadlicentie, heeft All4Call niet de mogelijkheid gehad om abonnees direct op te laten nemen in het BMNR.⁴³

4.3 Gedragingen [A]

31. [A] was feitelijk leidinggevende van All4Call en was belast met de dagelijkse leiding over All4Call. De werkzaamheden die hij in dit kader uitvoerde bestonden hoofdzakelijk uit het aansturen van de *callcenteragents* die de geluidsopnames van de eerste gesprekken moesten controleren en vervolgens de tweede gesprekken moesten uitvoeren. Verder was [A] verantwoordelijk voor het registreren van Nederlandse verkopen en opzeggingen van Swiss Condial Nederland abonnementen op de internationale systemen.⁴⁴

³⁹ Onderzoeksrapport, randnummer 47.

⁴⁰ Onderzoeksrapport, randnummer 37.

⁴¹ Onderzoeksrapport, randnummer 60, p. 17.

⁴² Onderzoeksrapport, randnummer 61, p. 17.

⁴³ Onderzoeksrapport, randnummer 74, p. 21.

⁴⁴ Onderzoeksrapport, randnummer 81, p. 23 en randnummer 98 en 99, p. 28,29.

Besluit Openbaar

32. De geluidopname die de abonnees te horen kregen is ingesproken door [A]. In deze opname stelde [A] zich voor met de fictieve naam Rudi Hurkmans.⁴⁵ [A] heeft ook tussentijds de tekst van het bandje aangepast.⁴⁶

5 Zienswijze van All4Call

33. Het college heeft All4Call in de gelegenheid gesteld om haar zienswijze op het onderzoeksrapport naar voren te brengen. All4Call heeft haar zienswijze op 31 augustus 2011 bij monde van haar bestuurder [A] mondeling ingebracht ten kantore van het college.
34. In haar zienswijze brengt All4Call naar voren dat All4Call een callcenter was naar een model dat in Duitsland al diverse malen is toegepast. [B] heeft dit model middels All4Call ook in Nederland opgezet, gefinancierd en gefaciliteerd. All4Call stelt dat zij niet betrokken is geweest bij de technische opzet van het callcenter. Alles werd op afstand geregeld, gemonitord en bestuurd. In het gebouw van All4Call zelf heeft [A] operationeel de dagelijkse leiding gehad over de callcenteragents en links en rechts wat hand- en spandiensten verleend.⁴⁷
35. All4Call kan worden gezien als onderdeel van de [F]-familie. Dat is de callcentertak van de samenwerking tussen [C] en [D]. All4Call was volgens [A] een satelliet callcenter, van welke hij juridisch gezien bestuurder was.⁴⁸ All4Call geeft aan dat haar een format werd voorgelegd, dat zij heeft uitgevoerd.⁴⁹ Afspraken met [C] en [D] werden mondeling gemaakt.
36. De software voor outbound bellen en registreren werd verzorgd door [G].⁵⁰ All4Call geeft aan dat niet zij, maar [D] verantwoordelijk was voor het inregelen van de dialer van het automatisch oproepsysteem.⁵¹
37. All4Call reageert op de stelling van de rapporteurs dat het automatisch oproepsysteem in Nederland uniek is. Zij geeft aan dat in Duitsland of Zwitserland eenzelfde soort bandje heeft gedraaid met de naam 'Herr Bader'.⁵² Zij voert aan dat ook in Duitsland consumenten geklaagd hebben. Deze klachten gingen over Herr Bader, die het Duitse voorbeeld voor de Nederlandse Rudi Hurkmans was.⁵³

⁴⁵ Onderzoeksrapport, bijlage I-25h p. 159, bijlage II- 2, p. 35, digitale bijlage 4.

⁴⁶ Onderzoeksrapport, randnummer 116, p. 36.

⁴⁷ Verslag hoorzitting, p. 3.

⁴⁸ Verslag hoorzitting, p. 16.

⁴⁹ Verslag hoorzitting, p.18.

⁵⁰ Verslag hoorzitting, p. 15.

⁵¹ Verslag hoorzitting, p. 12.

⁵² Verslag hoorzitting, p. 15.

⁵³ Verslag hoorzitting, p. 12/13.

Besluit Openbaar

38. Met betrekking tot de telefonische vervolggesprekken geeft All4Call aan, dat aan de gebelde abonnees is gevraagd of het gelegen kwam dat zij werden gebeld.⁵⁴ In het [G]-systeem werd vervolgens geregistreerd dat een abonnee niet meer gebeld mag worden, zodra de abonnee dit aangaf.⁵⁵ All4Call kan hier geen bewijs van leveren, omdat zij geen toegang meer heeft tot de data. Alles wat geregistreerd werd, werd niet lokaal geregistreerd, maar in Duitsland.⁵⁶
39. Ook hebben de callcenteragents de gebelde abonnees gewezen op het BMNR. All4Call was zich er echter niet van bewust, dat zij de gebelde abonnees ook een mogelijkheid tot directe inschrijving in het BMNR moest aanbieden.⁵⁷
40. All4Call geeft aan, dat zij zich ervan bewust was dat gebruik werd gemaakt van een automatisch oproepsysteem en dat hiermee in strijd met wet- en regelgeving werd gehandeld. Bovendien heeft All4Call haar bestuurders diverse malen verteld dat de gang van zaken niet door de beugel kon, wat ondermeer blijkt uit de brief van [A] aan [C].⁵⁸ [A] geeft aan dat hij er al uitgestapt zou zijn als hij zich niet verantwoordelijk had gevoeld voor de mensen die onder hem werkten.⁵⁹ De bestuurders hebben na het bedrijfsbezoek van OPTA geen contact meer gezocht met All4Call. All4Call noemt dit een bedrijfsstrategie.⁶⁰
41. Met betrekking tot de medewerking aan het onderzoek, merkt All4Call op dat de wachtwoorden die zij niet heeft verstrekt, wachtwoorden waren die zij zelf niet meer wist. Zij geeft aan naar eer en geweten de inhoud van de versleutelde documenten⁶¹ te hebben benoemd.

⁵⁴ Verslag hoorzitting, p. 8 en p. 20.

⁵⁵ Verslag hoorzitting, p. 20.

⁵⁶ Verslag hoorzitting, p. 9.

⁵⁷ Verslag hoorzitting, p. 10.

⁵⁸ Verslag hoorzitting, p. 2 en Onderzoeksrapport, bijlage I-23, p.137-140.

⁵⁹ Verslag hoorzitting, p. 6.

⁶⁰ Verslag hoorzitting, p. 6.

⁶¹ Onderzoeksrapport, bijlage II-22 en 23, p.76-80.

Besluit Openbaar

6 Juridisch kader

6.1 Ten aanzien van de overtredingen

42. Het zogenoemde spamverbod is opgenomen in artikel 11.7 Tw. Artikel 11.7, eerste lid, Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:

“Het gebruik van elektronische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten⁶² voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden aan abonnees is uitsluitend toegestaan, mits de verzender kan aantonen dat de desbetreffende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend, onverminderd hetgeen bepaald is in het tweede lid.”

43. Uit de nota naar aanleiding van het verslag bij de wijziging van de Telecommunicatiewet⁶³ blijkt dat het begrip ‘verzender’ niet alleen degene die op de verzendknop drukt (de feitelijke verzender) omvat, maar ook degene waarvan het bericht afkomstig is (de materiële verzender). De wetgever heeft gekozen voor een breed begrip verzender, om te voorkomen dat betrokken partijen zich achter elkaar verschuilen.⁶⁴

44. Artikel 11.7, vierde lid, Tw luidt⁶⁵:

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

- a. de werkelijke identiteit van degene namens wie de communicatie wordt overgebracht, en*
- b. een geldig postadres of nummer waarvan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kan richten.”*

⁶² Zoals blijkt uit de Memorie van Toelichting bij Telecommunicatiewet doelt de wetgever met het begrip “elektronisch bericht” op (onder meer) e-mailberichten. Zie *Kamerstukken II 2002/03*, 28 851, nr. 3, p. 153.

⁶³ *Kamerstukken II 2002/03*, 28 851, nr. 7, p. 41.

⁶⁴ *Kamerstukken II 2005/2006*, 30 661, nr. 3, p. 11.

⁶⁵ Artikel 11.7 van de Tw is per 1 juli 2009 gewijzigd, *Stb.* 2008, 525, inwerkingtreding *Stb.* 2009, 239. Bij deze wijziging is het toenmalige derde lid vernummerd tot het vierde lid, materieel is de bepaling hetzelfde gebleven. Nu de vastgestelde overtredingen in de periode van juli 2009 tot juni 2010 betreft, wordt gebruik gemaakt van de nieuwe vernummering voor overtredingen gedurende de gehele periode.

Besluit Openbaar

45. Artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud) luidt⁶⁶:

“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, 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 elektronisch 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.”

46. Artikel 11.7, twaalfde lid, Tw luidt:

“Tijdens elke overgebrachte communicatie wordt de abonnee, tijdens het gesprek, gewezen op het register, wordt hem de mogelijkheid geboden verzet aan te tekenen tegen het verdere gebruik van zijn elektronische contactgegevens en wordt hem de mogelijkheid geboden tot onmiddellijke opname in het register, bedoeld in het zesde lid. Aan de abonnee worden in dat geval geen kosten in rekening gebracht van voorzieningen waarmee wordt voorkomen dat hem ongevraagde communicatie wordt overgebracht. Artikel 41, tweede lid, van de Wet bescherming persoonsgegevens is van overeenkomstige toepassing.”

47. Tot 1 oktober 2009 luidde artikel 11.8 Tw (oud)⁶⁷:

“De toepassing van de artikelen 11.6 en 11.7 is beperkt tot abonnees die natuurlijke personen zijn.

48. Sinds 1 oktober 2009 luidt artikel 11.8 Tw:

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

⁶⁶ Artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud) is per 1 juli 2009 gewijzigd, *Stb.* 2008, 525, inwerkingtreding *Stb.* 2009, 239. Bij deze wijziging is het toenmalige vierde lid tijdelijk vernummerd tot het vijfde lid, materieel is de bepaling hetzelfde gebleven. Op 1 oktober 2009 is het recht van verzet opgenomen in artikel 11.7, twaalfde lid, Tw.

⁶⁷ Op 1 oktober 2009 is artikel 11.8 Tw gewijzigd door de Wet van 13 november 2008 tot wijziging van de Telecommunicatiewet verband houdende met de instelling van een antenregister, de uitbreiding van het verbod op het verzenden van ongevraagde elektronische communicatie alsmede regeling van diverse andere onderwerpen. *Stb.* 2008, nr. 525. Door deze wijziging geldt per 1 oktober 2009 het spamverbod niet alleen voor natuurlijke personen, maar ook voor rechtspersonen. Daar alle overtredingen hebben plaatsgevonden in de periode van juli 2009 tot juni 2010, zal in het onderhavige besluit voor de periode tot 1 oktober 2009 gebruik gemaakt worden van het oude wettelijk kader waarbij artikel 11.8, Tw nog van toepassing was op geheel artikel 11.7, Tw.

Besluit Openbaar

49. Artikel 1.1, aanhef en onder p, Tw luidt, voor zover relevant:

“abonnee: natuurlijk persoon (...) die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten.”

50. Artikel 11.1, aanhef en onder e, Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:

“communicatie: informatie die wordt uitgewisseld of overgebracht tussen een eindig aantal partijen door middel van een openbare elektronische communicatiedienst.”

51. Artikel 11.1, aanhef en onder g, Tw bepaalt dat onder toestemming van een gebruiker of abonnee wordt verstaan:

“toestemming van een betrokkene als bedoeld in artikel 1, onder i, Wet bescherming persoonsgegevens, met dien verstande dat de toestemming mede betrekking kan hebben op gegevens van abonnees die geen natuurlijke personen zijn.”

52. Artikel 11.1, aanhef en onder i, Tw bepaalt dat onder elektronisch bericht wordt verstaan:

“tekst-, spraak-, geluids- of beeldbericht dat over een openbaar elektronisch communicatienetwerk wordt verzonden en in het netwerk of in de randapparatuur van de ontvanger kan worden opgeslagen tot het door de ontvanger wordt opgehaald.”

53. Artikel 7:46h, tweede lid, BW luidt als volgt:

“Het gebruik van automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten voor het overbrengen van ongevroegde communicatie, ter bevordering van de totstandkoming van een koop op afstand, aan een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf, is uitsluitend toegestaan, indien de desbetreffende persoon daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend onverminderd hetgeen is bepaald in lid 3.”

54. Artikel 10, eerste lid, Richtlijn 97/7/EG⁶⁸ luidt als volgt:

“Voor het gebruik door een leverancier van de volgende technieken is de voorafgaande instemming van de consument vereist:

- *geautomatiseerd oproepsysteem zonder menselijke tussenkomst (oproepautomaten)*
- *fax.”*

⁶⁸ Richtlijn nr. 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (PbEG L 144).

Besluit Openbaar

55. Artikel 5:1, derde lid, Awb luidt als volgt:

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

56. Artikel 52, tweede lid, Wetboek van Strafrecht luidt als volgt:

“Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:

- 1) tegen die rechtspersoon, dan wel*
- 2) tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel*
- 3) tegen de onder 1° en 2° genoemden tezamen.”*

6.2 Ten aanzien van de bevoegdheid

57. 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.”⁶⁹

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

59. 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.”

60. 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.”

⁶⁹ Zie ook het Besluit van het college van 29 januari 2008, *Stcrt.* 2008, nr. 22.

Besluit Openbaar

61. Artikel 5:46, tweede lid, Awb luidt voor zover relevant 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.”

62. Artikel 5:48, eerste lid, Awb luidt als volgt:

“Het bestuursorgaan en de voor de overtreding bevoegde toezichthouder kunnen van de overtreding een rapport opmaken.”

63. 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.”*

6.3 Boetebeleidsregels en Handhavingsbeleid spam

64. Met de Boetebeleidsregels⁷⁰ geeft het college invulling aan zijn bevoegdheid 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 meewegen bij het bepalen van de hoogte van de boete.
65. Op 3 april 2010 heeft het college zijn Boetebeleidsregels⁷¹ herzien. Het college heeft onderzocht of de Boetebeleidsregels OPTA 2010 gunstiger zijn voor All4Call dan de Boetebeleidsregels OPTA 2008 en heeft geconcludeerd dat dit niet het geval is. Zodoende zijn de Boetebeleidsregels OPTA 2008 van toepassing op het onderhavige besluit.
66. Met het Handhavingsbeleid spam⁷² verschaft het college inzicht in de criteria op basis waarvan het overgaat tot het treffen van handhavende maatregelen wanneer het gaat om overtredingen van het spamverbod. Dit handhavingsbeleid uit 2008 is de opvolger van de - tot dan toe geldige - Bijlage bij Boetebeleidsregels OPTA: Boetebeleid en handhavingsbeleid van 29 juli 2005.

⁷⁰ Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA), *Stcrt.* nr. 50, 11 maart 2008, p. 27.

⁷¹ Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA), *Stcrt.* nr. 5163, 2 april 2010

⁷² Beleidsregels met betrekking tot de handhaving van artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet (Handhavingsbeleid spam), *Stcrt.* nr. 50, 11 maart 2008.

Besluit Openbaar

6.4 Ten aanzien van de openbaarmaking

67. Artikel 8 Wet openbaarheid bestuur (hierna: Wob) luidt:

“Het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat, verschaft 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.”

68. Artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, Wob stelt dat het verstrekken van informatie achterwege blijft voor zover dit:

“bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.”

69. Ingevolge artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, Wob blijft openbaarmaking achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen:

“het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.”

70. Op grond van artikel 18.7, vijfde lid (oud), Tw maakt het college⁷³:

“Met het oog op het bevorderen van een open en concurrerende markt in de elektronische communicatiesector maakt het college 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 deze wet opgelegde verplichtingen. Van gegevens als bedoeld in [artikel 10, eerste lid, onderdeel c, van de Wet openbaarheid van bestuur](#) wordt geen mededeling gedaan.”

⁷³ Artikel 18.7, vijfde lid, Tw (oud) is per 1 oktober 2009 gewijzigd, *Stb.* 2009, 333, inwerkingtreding *Stb.* 2009, 360. Bij deze wijziging is het toenmalige vijfde lid vernummerd tot het zesde lid, materieel is de bepaling hetzelfde gebleven.

Besluit Openbaar

7 Overwegingen van het college

71. Het college zal in het navolgende beoordelen of All4Call in strijd heeft gehandeld met artikel 11.7 Tw.

7.1 Overtreding 1: artikel 11.7, eerste lid, Tw

72. Artikel 11.7, eerste lid, Tw bepaalt, dat 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 uitsluitend is toegestaan, mits de verzender kan aantonen dat de desbetreffende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend.

7.1.1 Automatisch oproepsysteem zonder menselijke tussenkomst

73. De rapporteurs hebben in het onderzoeksrapport vastgesteld dat er gebruik is gemaakt van een automatisch oproepsysteem zonder menselijke tussenkomst in de zin van artikel 11.7, eerste lid, Tw. Het zinsdeel '*zonder menselijke tussenkomst*' heeft betrekking op het gebruik van een vooraf opgenomen tekst gedurende de oproep.

74. De wetgever heeft in artikel 11.7 Tw geen definitie opgenomen van het begrip "*automatisch oproepsysteem zonder menselijke tussenkomst*", zodoende verwijst het college hiervoor naar de Memorie van Toelichting bij artikel 11.7 Tw, waarin is bepaald dat met automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst is bedoeld op belautomaten, die zonder menselijke tussenkomst reclameboodschappen verspreiden. Daarnaast is de wetgever bij de implementatie van artikel 10 van de Richtlijn inzake op afstand gesloten overeenkomsten⁷⁴ voor een bijna gelijklopende bepaling in het kader van de Wet Koop op Afstand ingegaan op een mogelijk verschil tussen verplichtingen tussen telefonische communicatie met en zonder menselijke tussenkomst. Volgens de wetgever ziet het onderdeel '*zonder menselijke tussenkomst*' op de inzet van een bandje of een spraakcomputer voor het voeren van een gesprek. Het begrip '*gesprek*' heeft volgens de wetgever een ruime betekenis en omvat iedere vorm van interactiviteit. Ook zonder menselijke tussenkomst kan er sprake zijn van interactiviteit, bijvoorbeeld door middel van het op de telefoon intoetsen van antwoorden.

75. De rapporteurs hebben geconcludeerd, dat voor het eerste contact met abonnees, het wervingsgesprek, gebruik is gemaakt van een compleet geautomatiseerd oproepsysteem. Deze conclusie is getrokken op basis van de klachten die bij www.spamklacht.nl zijn ontvangen en klachten die online op verschillende fora zijn aangetroffen.⁷⁵ Deze conclusie wordt bevestigd door de audio-bestanden, die zijn aangetroffen op de systemen van All4Call. De inhoud van de audio-

⁷⁴ Richtlijn nr. 97/7/EG.

⁷⁵ Onderzoeksrapport, randnummer 46.

Besluit Openbaar

bestanden komen overeen met de in de klachten beschreven gesprekken door de consumenten. Voorts heeft All4Call bevestigd dat zij gebruik heeft gemaakt van een automatisch oproepsysteem voor het werven van klanten voor het product Swiss Condial Nederland.⁷⁶

76. Het college concludeert op basis van het bovenstaande dat voor een eerste contact met abonnees, met als doel deze bekend te maken met het product Swiss Condial Nederland dan wel ze voor dit product als klant te werven, gebruik is gemaakt van een automatisch oproepsysteem zonder menselijke tussenkomst in de zin van artikel 11.7, eerste lid, Tw.

7.1.2 Commerciële doeleinden

77. In het onderzoeksrapport is vastgesteld dat de automatische oproepen, die voor Swiss Condial Nederland werden uitgevoerd, tot doel hadden om snel en efficiënt de interesse van abonnees te peilen. Abonnees die tijdens het telefoongesprek met het automatische oproepsysteem hebben aangegeven interesse te hebben ofwel op bepaalde vragen een antwoord hadden gegeven werden vervolgens teruggebeld met een commercieel aanbod. Deze verkoopgesprekken hadden tot doel de abonnees te overtuigen een telefonische machtiging tot incasso af te geven voor een lidmaatschap van Swiss Condial Nederland.
78. Op grond van het bovenstaande stelt het college vast dat All4Call de automatische oproepen heeft geplaatst voor commerciële doeleinden.

7.1.3 Abonnees die natuurlijke personen zijn

79. De rapporteurs hebben in het onderzoeksrapport geconcludeerd dat de automatisch oproepen ten behoeve van Swiss Condial Nederland zijn overgebracht aan abonnees die natuurlijke personen zijn.
80. Het begrip '*abonnee*' uit de Telecommunicatiewet doelt op de persoon die een overeenkomst heeft gesloten met een aanbieder van telefoniediensten en een telefoonnummer heeft ontvangen voor de levering van deze diensten. Bij het gebruik van een automatisch oproepsysteem wordt het telefoonnummer van de abonnee gebruikt en gaat de verzender er dus van uit dat ook daadwerkelijk met de abonnee contact wordt gelegd.⁷⁷
81. Tot 1 oktober 2009 werd de toepassing van artikel 11.7 Tw ingevolge artikel 11.8 Tw beperkt tot abonnees die natuurlijke personen zijn. De klachtenprocedure op de website www.spamklacht.nl voorzag er tot die datum in dat klachten buiten behandeling werden gesteld, indien deze waren ingediend door abonnees die geen natuurlijke personen zijn. Zorgvuldigheidshalve werd tevens dagelijks handmatig gecontroleerd of er inderdaad geen klachten door rechtspersonen werden ingediend.

⁷⁶ Verslag hoorzitting, p. 11/12, 17/18.

⁷⁷ Onderzoeksrapport, randnummer 48, p. 14.

Besluit Openbaar

82. Op grond van het bovenstaande concludeert het college dat de klachten over de automatische oproepen afkomstig zijn van abonnees; en dat de klachten die voor 1 oktober 2009 zijn ingediend, afkomstig zijn van abonnees die tevens natuurlijke personen zijn, zoals bedoeld in het toen geldende artikel 11.8 Tw.

7.1.4 Voorafgaande toestemming voor ongevraagde communicatie

83. Artikel 11.1, aanhef en onder g, Tw bepaalt dat onder toestemming wordt verstaan: toestemming van een gebruiker of abonnee: toestemming van een betrokkene als bedoeld in artikel 1, onder i, van de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp), met dien verstande dat de toestemming mede betrekking kan hebben op gegevens van abonnees die geen natuurlijke personen zijn.
84. Artikel 1, onder i, Wbp bepaalt dat onder toestemming moet worden verstaan: elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee de betrokkene aanvaardt dat hem betreffende persoonsgegevens worden verwerkt.
85. Verzenders van ongevraagde commerciële automatische oproepen zonder menselijke tussenkomst dienen per abonnee in ieder geval te kunnen aantonen, dat er toestemming is gegeven, aan wie deze toestemming is gegeven, waarvoor de toestemming is gegeven en moeten inzage kunnen geven in de wijze van verkrijgen van deze toestemming.
86. In het onderhavige geval gaat het erom of All4Call als verzender van de automatische oproepen kan aantonen dat de desbetreffende abonnees als ontvangers van deze oproepen hiertoe voorafgaande toestemming zoals hiervoor beschreven hebben verleend.
87. De rapporteurs hebben in het onderzoeksrapport vastgesteld dat All4Call niet in staat is voorafgaande toestemming aan te tonen voor de door het automatisch oproepsysteem geplaatste oproepen en dat voorafgaande toestemming niet aanwezig is. Ook na toezending van het feitencomplex respectievelijk het onderzoeksrapport heeft All4Call evenmin aangetoond deze toestemming van abonnees te hebben verkregen.
88. Gelet op het bovenstaande concludeert het college dat All4Call geen rechtsgeldige toestemming heeft verkregen van de abonnees aan wie zij ongevraagde commerciële automatische oproepen zonder menselijke tussenkomst heeft verzonden.

Besluit Openbaar

7.1.5 Conclusie ten aanzien van overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw

89. Het college is van oordeel dat in strijd met artikel 11.7, eerste lid, Tw is gehandeld door, met gebruikmaking van een automatisch oproepsysteem zonder menselijke tussenkomst, ongevraagde communicatie voor commerciële doeleinden over te brengen aan abonnees, die in het tijdvak voorafgaand aan 1 oktober 2009 tevens natuurlijke personen waren en die daarvoor geen voorafgaande toestemming hebben verleend.

7.2 Overtreding 2: artikel 11.7, vierde lid, Tw

90. Ingevolge het vierde lid van artikel 11.7 Tw dient de gebruiker van elektronische berichten voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden, bij het verzenden daarvan te allen tijde de werkelijke identiteit van degene namens wie de communicatie wordt overgebracht, alsmede een geldig postadres of nummer waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke communicatie kan richten te vermelden.

91. In tegenstelling tot de conclusie van de rapporteurs stelt het college vast dat er geen sprake is van overtreding van artikel 11.7, vierde lid, Tw, daar deze bepaling niet van toepassing is op automatische oproepsystemen.

7.3 Overtreding 3: artikel 11.7, twaalfde lid, Tw

7.3.1 Aanbieden recht van verzet

92. Artikel 11.7, twaalfde lid, Tw bepaalt dat tijdens elke overgebrachte communicatie de abonnee wordt gewezen op het BMNR en hem de mogelijkheid wordt geboden verzet aan te tekenen tegen het verdere gebruik van zijn elektronische contactgegevens. Deze verplichting was voor 1 oktober 2009, voor wat betreft het verplicht aanbieden van het recht van verzet, reeds van toepassing krachtens artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud).⁷⁸

93. De rapporteurs hebben vastgesteld dat de abonnees, die gereageerd hebben op het automatisch oproepsysteem zonder menselijke tussenkomst, werden teruggebeld door All4Call. Daarbij was het de bedoeling dat tijdens dit verkoopgesprek met de abonnee een overeenkomst werd gesloten.

94. De rapporteurs hebben tijdens het onaangekondigde bedrijfsbezoek aan All4Call op 30 juni 2010 geconstateerd, dat tijdens de gesprekken het recht van verzet en een mogelijkheid tot opname in het BMNR niet werd aangeboden. Hiertoe hebben de rapporteurs ter plekke meegeluisterd met enkele gesprekken.

⁷⁸ Zie voetnummer 66.

Besluit Openbaar

95. Verder hebben de rapporteurs geconstateerd, dat in de belscripts en het trainingsmateriaal voor Swiss Con dial Nederland dat is aangetroffen op de veiliggestelde systemen van All4Call geen informatie is opgenomen over het recht van verzet of het BMNR.⁷⁹ Hieruit concludeert het college dat de callcenteragents geen instructies hebben gekregen om het recht van verzet en inschrijving in het BMNR aan te bieden.
96. All4Call heeft tijdens de hoorzitting op 31 augustus 2011 verklaard, dat All4Call het recht van verzet min of meer aanbood. Bij elk gesprek vroegen de callcenteragents of het gelegen kwam dat zij belden. Als een abonnee niet meer gebeld wilde worden konden de callcenteragents dit registreren, door in het [G]-systeem in een lijstje de optie 'niet meer terugbellen' te selecteren. All4Call gaf aan dat zij niet meer over de lijst van het recht van verzet kan beschikken en dus ook niet kan aantonen dat All4Call wel het recht van verzet heeft aangeboden. Daarnaast gaf zij ook aan dat All4Call alleen de verkoopgesprekken waarbij een overeenkomst tot stand is gekomen registreerde. De verkoopgesprekken waarbij er geen overeenkomst tot stand is gekomen zijn niet geregistreerd door All4Call.
97. Het college concludeert op basis van het bovenstaande dat All4Call niet in elk gesprek actief het recht van verzet aan de abonnees heeft geboden. De verplichting om actief het recht van verzet aan te bieden houdt ook in dat, wanneer een abonnee gebruik maakt van het recht van verzet, All4Call dit op enige wijze dient te registreren en te verwerken in de te gebruiken belbestanden. Een abonnee die verzet aantekent tegen het verdere gebruik van zijn contactgegevens mag in het vervolg niet meer gebeld worden door All4Call. Het college acht het niet aannemelijk dat All4Call het recht van verzet adequaat bijhoudt en verwerkt, omdat zij dat niet kan aantonen of zelfs maar aannemelijk kan maken. All4Call registreert alleen verkoopgesprekken waarbij een overeenkomst tot stand is gekomen. Het niet kunnen overleggen van een (deugdelijke) registratie en het ontbreken van een aantoonbaar bruikbaar systeem van registratie van het recht van verzet maakt het onmogelijk voor All4Call om het recht van verzet te verwerken en te respecteren.

7.3.2 Opname in het Bel-me-niet Register

98. Artikel 11.7, twaalfde lid, Tw bepaalt dat tijdens elke overgebrachte communicatie de abonnee naast het aanbieden van het recht van verzet ook de mogelijkheid tot onmiddellijke opname in het BMNR moet worden aangeboden.
99. De rapporteurs hebben tijdens de onderzoeksperiode geconstateerd dat All4Call niet de benodigde licenties had om het BMNR te raadplegen en/of om contactgegevens van abonnees die opgenomen wilden worden in het BMNR op te laten nemen in het BMNR.

⁷⁹ Onderzoeksrapport, bijlage I-15: Belscripts en handleidingen van het onderzoeksrapport.

Besluit

Openbaar

100. Verder hebben de rapporteurs geen instructies van All4Call aan haar callcenteragents in de belscripts en het voor deze medewerkers bestemde trainingsmateriaal gevonden, waaruit blijkt dat de callcenteragents actief directe opname in BMNR moeten aanbieden.⁸⁰
101. Tijdens de hoorzitting op 31 augustus 2011 heeft All4Call verklaard, dat zij onmiddellijke opname in het BMNR niet heeft aangeboden, maar dat zij in het gesprek hier slechts naar verwees.

7.3.3 Conclusie ten aanzien van overtreding van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw

102. Het college concludeert op basis van het bovenstaande dat All4Call artikel 11.7, twaalfde lid, Tw heeft overtreden. Niet gebleken is dat All4Call tijdens de verkoopgesprekken op adequate wijze abonnees de mogelijkheid heeft geboden om verzet aan te tekenen tegen het verdere gebruik van hun elektronische contactgegevens. Evenmin heeft All4Call hun de mogelijkheid geboden tot onmiddellijke opname in het BMNR.

7.4 Overtreders

103. De rapporteurs merken zowel All4Call als [A] aan als overtreder van artikel 11.7, eerste lid, Tw. Artikel 11.7, eerste lid, Tw richt zich tot de verzender. Uit de Nota naar aanleiding van het verslag bij de wijziging van de Telecommunicatiewet⁸¹ blijkt dat het begrip “verzender” zowel degene omvat die op de verzendknop drukt (de feitelijke verzender), alsook “degene waarvan het bericht afkomstig is” (de materiële verzender).
104. Ingevolge artikel 5:1, derde lid, Awb kunnen overtredingen in bestuursrechtelijke context worden begaan door zowel natuurlijke personen als rechtspersonen. Tevens wordt artikel 51, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht (hierna: Sr) van overeenkomstige toepassing verklaard. Als gevolg van artikel 51, tweede lid, Sr kan zowel aan de rechtspersoon zelf als aan de feitelijk leidinggevende van een rechtspersoon een boete worden opgelegd. Daarnaast kan een boete worden opgelegd aan beide tezamen.

7.4.1 All4Call als overtreder

105. All4Call is op 8 juli 2009 opgericht door [A] en [B].⁸² In de onderzochte periode waren [A] en [B] algemeen directeur van All4Call.⁸³ Volgens het uittreksel uit het Handelsregister van de Kamer van Koophandel is All4Call een *callcenter met bijbehorende telemarketingactiviteiten*.⁸⁴

⁸⁰ Onderzoeksrapport, bijlage I-15: Belscripts en handleidingen van het onderzoeksrapport

⁸¹ *Kamerstukken II 2002/2003*, 28 851, nr. 7, p. 41.

⁸² Onderzoeksrapport, bijlage I-2a: KvK uittreksel All4Call.

⁸³ Onderzoeksrapport, bijlage I-2c: Akte van oprichting All4Call. Ondergetekende merkt op dat All4Call sinds 31 augustus 2010 opgeheven is.

⁸⁴ Onderzoeksrapport, bijlage I-2a: KvK uittreksel All4Call.

Besluit Openbaar

106. In juli 2009 heeft All4Call met [E] een samenwerkingsovereenkomst gesloten. In deze overeenkomst is vastgelegd dat All4Call werkzaamheden zou verrichten om het product Swiss Condial Nederland te verkopen. Voorts is de inhoud van deze werkzaamheden uitgewerkt in de overeenkomst. Tijdens het onderzoek heeft [A] verklaard dat activiteiten van All4Call uitsluitend bestonden uit de werkzaamheden die voor en namens Swiss Condial Nederland werden verricht.⁸⁵
107. Uit deze samenwerkingsovereenkomst blijkt dat All4Call via een proces van twee fases nieuwe klanten werft voor Swiss Condial Nederland.⁸⁶ Tijdens het wervingsgesprek diende All4Call potentiële klanten te bellen om het product Swiss Condial Nederland onder de aandacht te brengen en te werven voor het product.⁸⁷ Vervolgens diende All4Call tijdens het opvolgende verkoopgesprek een overeenkomst te sluiten met de in het eerste gesprek geworven klanten.⁸⁸
108. In de praktijk is gebleken dat All4Call, zoals het college reeds onder randnummer 89 heeft geconcludeerd, het eerste gesprek liet uitvoeren door een automatisch oproepsysteem. Uit verklaringen van [A] blijkt, dat All4Call reeds vanaf haar oprichting het automatisch oproepsysteem heeft ingezet voor het wervingsgesprek met abonnees.⁸⁹ Voorts is gebleken dat All4Call is opgericht, omdat er vanuit [E] de behoefte bestond om in Nederland callcenteractiviteiten uit te voeren.⁹⁰ Tijdens de hoorzitting van 31 augustus 2011 is gebleken dat All4Call is ingericht naar voorbeeld van een format dat in Duitsland al diverse malen was beproefd.⁹¹ All4Call maakte hiertoe gebruik van het computerprogramma [G]⁹². Voorts heeft All4Call verklaard dat het automatische oproepsysteem fysiek in Duitsland stond en is ingericht naar het voorbeeld van een “proven concept” dat in Duitsland gedurende langere tijd werd gebruikt door [C] en [D].⁹³
109. Het college is van oordeel dat het feit, dat All4Call het wervingsgesprek in het buitenland heeft laten inregelen en dat hiervoor gebruik is gemaakt van technieken die reeds gebruikt werden door andere gelieerde callcenters, geen afbreuk doet aan de verantwoordelijkheid van All4Call. Naast het samenwerkingscontract blijkt de verantwoordelijkheid van All4Call voor de verkoop van Swiss Condial Nederland uit hetgeen het college hierna uiteen zal zetten.

⁸⁵ Onderzoeksrapport, randnummer 85.

⁸⁶ Onderzoeksrapport, bijlage I-8: Overeenkomst [E] – All4Call: punt 1 en 2.

⁸⁷ Onderzoeksrapport, bijlage I-8: Overeenkomst [E] – All4Call: punt 4.

⁸⁸ Onderzoeksrapport, bijlage I-8: Overeenkomst [E] – All4Call: punt 5.

⁸⁹ Onderzoeksrapport, randnummer 85 en 89 tm 92.

⁹⁰ Onderzoeksrapport, bijlage I-24.

⁹¹ Verslag hoorzitting, p. 3.

⁹² Een webbased applicatie voor callcenters

⁹³ Verslag hoorzitting, p.7, [C] en [D] zijn beide vennoten van [B] .

Besluit Openbaar

110. All4Call verzorgde, handelend onder de naam *Swiss Condial Nederland – Dienst Nederland*, de administratieve afhandeling van de verkoop van Swiss Condial Nederland, hetgeen blijkt uit het feit dat de adresgegevens van All4Call zijn gebruikt in de welkomstbrief van Swiss Condial Nederland.⁹⁴ Zodoende werd alle post ter attentie van Swiss Condial Nederland behandeld en beantwoord door All4Call. Daarnaast is gebleken dat het telefoonverkeer, dat bestemd was voor Swiss Condial Nederland, via routing via Duitsland uitkwam uit bij All4Call te Eindhoven en dat zij de oproepen ook heeft beantwoord.⁹⁵
111. Ook was All4Call verantwoordelijk voor de beoordeling van de resultaten van het automatische oproepsysteem, het zogenoemde leadchecken.⁹⁶ Bij het leadchecken werd door medewerkers van All4Call beoordeeld of de door het automatische oproepsysteem verzamelde leads positief waren en derhalve in aanmerking kwamen voor een verkoopgesprek. Deze verkoopgesprekken werden volledig uitgevoerd door All4Call.⁹⁷ Het college heeft reeds onder randnummer 102 geconcludeerd dat tijdens deze gesprekken niet het recht van verzet en de mogelijkheid tot een onmiddellijke opname in het BMNR werd aangeboden.
112. Daarnaast had All4Call een financieel belang bij zowel de wervingsgesprekken via het automatisch oproepsysteem, als de verkoopgesprekken, aangezien All4Call provisie ontving per geworven klant.⁹⁸
113. Uit dit alles concludeert het college dat All4Call is aan te merken als overtreder van artikel 11.7, eerste lid, Tw en van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw. All4Call was contractueel verantwoordelijk voor het voeren van wervingsgesprekken voor of namens Swiss Condial Nederland. Voorts was All4Call het aanspreekpunt in Nederland voor Swiss Condial Nederland en was All4Call betrokken bij een aantal fases in het project Swiss Condial Nederland. Bovendien had All4Call een financieel belang bij de inzet van het automatisch oproepsysteem. Ten slotte voerde All4Call de opvolgende telefonische verkoopgesprekken uit, waarbij het recht van verzet en onmiddellijke opname in het BMNR niet werden aangeboden.

7.4.2 [A] gaf feitelijk leiding aan de overtreding

114. 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 worden genomen voor een overtreding, begaan door (onder meer) een besloten vennootschap.

⁹⁴ Onderzoeksrapport, randnummers 97 en 98.

⁹⁵ Onderzoeksrapport, randnummer 98. Zie ook: Onderzoeksrapport, bijlagen I-14, I-25a en I-25c.

⁹⁶ Onderzoeksrapport, randnummer 102.

⁹⁷ Onderzoeksrapport, randnummers 100 en 101.

⁹⁸ Onderzoeksrapport, bijlage I-8, paragraaf 1.4, p. 68.

Besluit Openbaar

115. Het college beschouwt [A] als degenen die leiding heeft gegeven aan de verboden gedragingen in de zin van *artikel 51, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht*. [A] staat in het handelsregister geregistreerd als algemeen directeur en hij was zelfstandig bevoegd om op te treden als vertegenwoordiger van All4Call.⁹⁹ Voorts blijkt uit de oprichtingsakte van All4Call dat [A] voor 49% aandeelhouder was van All4Call en dat hij tijdens de oprichting van All4Call op 8 juli 2009 gevolmachtigd was om namens [B], de enige andere aandeelhouder van All4Call, te handelen.¹⁰⁰ Tijdens de hoorzitting van 31 augustus 2011 heeft [A] verklaard dat het geld voor de aandelen die hij in bezit had, ook afkomstig was van [B].¹⁰¹ Het college is van oordeel dat dit juridisch geen afbreuk doet aan de verantwoordelijkheid van [A] voor de handelingen van All4Call.
116. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat [A] de dagelijkse leiding had binnen All4Call. Zodoende acht het college het aannemelijk dat [A] bevoegd was eigenstandig beslissingen te nemen. De rol van [C] en [D] was beperkt tot een sturende en faciliterende rol.¹⁰² [A] stuurde zelfstandig zijn medewerkers aan. Voorts vervaardigde en vertaalde hij de belscripts en het trainingsmateriaal voor de callcenteragents.¹⁰³ In deze belscripts heeft [A] bovendien bewust een passage opgenomen, waarin wordt ontkend dat er gebruik is gemaakt van een bandje bij eerdere oproepen.¹⁰⁴
117. Voorts is gebleken dat [A] de overtreding ook heeft gefaciliteerd door de teksten voor het bandje te vertalen en in te spreken. Bovendien heeft hij de geluidsopnames in oktober 2009 verbeterd en nogmaals ingesproken.¹⁰⁵ Daarnaast heeft hij diverse malen aangegeven dat hij het automatisch oproepsysteem een “nifty”, oftewel een vernuftige applicatie vond.¹⁰⁶ Bovendien heeft [A] de naam Rudi Hurkmans bedacht om te gebruiken voor het automatisch oproepsysteem.¹⁰⁷
118. Uit dit alles concludeert het college dat [A] niet alleen als feitelijk leidinggevende van All4Call verantwoordelijk was voor de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, twaalfde lid, Tw, maar ook dat hij een actieve rol heeft gespeeld in het tot stand brengen van de overtreding. [A] wist of had als feitelijk leidinggevende moeten weten dat All4Call een overtreding beging¹⁰⁸ en heeft onvoldoende gedaan om deze overtreding te doen stoppen.¹⁰⁹

⁹⁹ Onderzoeksrapport, bijlage I-2a, p. 36.

¹⁰⁰ Onderzoeksrapport, bijlage I-2c, p. 56-57.

¹⁰¹ Verslag hoorzitting, p.16.

¹⁰² Onderzoeksrapport, randnummer 112.

¹⁰³ Onderzoeksrapport, randnummer 114.

¹⁰⁴ Onderzoeksrapport, randnummer 106. Zie ook: Onderzoeksrapport, bijlage I-15c, p. 117.

¹⁰⁵ Onderzoeksrapport, randnummers 109 tot en met 111.

¹⁰⁶ Onderzoeksrapport, bijlage II-2, p. 33-34. Zie ook: Verslag hoorzitting, p. 14.

¹⁰⁷ Onderzoeksrapport, randnummer 117.

¹⁰⁸ Onderzoeksrapport, randnummer 177. Zie ook: Onderzoeksrapport, bijlage I-23 en Verslag hoorzitting, p. 2 en 14.

¹⁰⁹ Onderzoeksrapport, bijlage I-23, p. 139.

Besluit Openbaar

7.4.3 Conclusie ten aanzien van de overtreder

119. Gelet op al het bovenstaande merkt het college All4Call aan als overtreder van de hierboven genoemde overtredingen, met dien verstande dat het college tevens constateert dat [A] feitelijk leiding heeft gegeven aan de verboden gedragingen en dat de overtreding hem is toe te rekenen.

8 Boete

8.1 Boetebeleid OPTA

120. 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. Blijkens de parlementaire geschiedenis van de Telecommunicatiewet kunnen afhankelijk van het geval ook andere factoren een rol spelen, zoals mogelijke recidive, de bereidheid van de betrokken ondernemers 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.
121. 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).
122. 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.
123. 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.

Besluit Openbaar

124. Aan elke kwalificatie is voorts een boetecategorie met een maximumboete verbonden. Binnen de bandbreedte per boetecategorie dient met inachtneming van de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder de hoogte van de boete te worden vastgesteld. Hierdoor kan de boete worden gedifferentieerd naar gelang de ernst van de overtreding. Ter bepaling van de uiteindelijke hoogte van de boete kunnen nog boeteverhogende en/of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking worden genomen. 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

125. Bij het bepalen van de zwaarte van de overtredingen¹¹⁰ 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 zijn Boetebeleidsregels de mogelijke overtredingen in abstracto in drie types in: zeer zware, zware en minder zware overtredingen.

8.2.1 Zwaarte van de overtredingen

126. Het college typeert een overtreding van artikel 11.7, Tw naar haar aard als een minder zware overtreding van de Telecommunicatiewet aangezien door een dergelijke overtreding de belangen van eindgebruikers weliswaar worden geschaad, maar in de regel niet in die (aanzienlijke) mate dat deze als zware of zeer zware overtreding kan worden aangemerkt. Wat de ernst van de overtreding van het eerste en twaalfde lid van artikel 11.7 Tw in concreto betreft overweegt het college het volgende.

8.2.2 Ten aanzien van de overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw

8.2.2.1 Economische context en bijzondere omstandigheden van het geval

127. 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 de beleidsregels is voor overtredingen van het spamverbod bepaald dat de ernst van de overtreding mede wordt bepaald op basis van de volgende criteria:

- Het aantal klachten;
- Herhaalde overtreding (recidive);
- Meerdere overtredingen;
- De bijzondere schadelijkheid van het bericht volgens eindgebruikers;
- Veroorzaakte schade door het bericht volgens Internet Service Providers en/of hostingproviders;
- Het aantal verzonden berichten;

¹¹⁰Boetebeleidsregels OPTA 2008, *Stcrt.* 2008 Nr. 50, 11 maart 2008, p. 27 e.v., paragraaf 3.

Besluit Openbaar

- De gebruikte methode of middelen dan wel de mate waarin gebruik is gemaakt van technieken (voor de verzending van ongevraagde elektronische berichten) die op zichzelf genomen een inbreuk op de privacy vormen of anderszins onrechtmatig zijn;
- Het ten gevolge van de overtreding verkregen voordeel.

128. 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.

8.2.2.2 *Het aantal klachten*

129. Uit de bevindingen van de onderzoekers blijkt dat in de periode van 29 juli 2009 tot en met 30 juni 2010 in totaal 882 klachten zijn ingediend via www.spamklacht.nl betreffende de activiteiten die zijn uitgevoerd om het product Swiss Condial Nederland te verkopen. Daarnaast blijkt uit de bevindingen van de onderzoekers dat er 641 klachten via ConsuWijzer zijn ingediend. Dit is naar het oordeel van het college een groot aantal klachten.

8.2.2.3 *Het aantal verzonden berichten*

130. Aangezien de voor het onderzoek gevorderde informatie geen aantallen bevat, beschikt het college niet over het werkelijke aantal van de verzonden berichten. Het college stelt dit aantal daarom vast door middel van een berekening.¹¹¹ Het college stelt op basis van deze berekening vast dat, gelet op het uiteindelijke aantal van de geworven leden en het aantal geplaatste oproepen (het zogenaamde leadchecken), ten minste 378.000 automatische oproepen zijn verzonden¹¹², waarmee artikel 11.7, eerste lid, Tw is overtreden. All4Call heeft dit aantal in zijn mondelinge zienswijze niet weersproken of betwist. Gelet op de aard van de gehanteerde methode voor het overbrengen van ongevraagde communicatie is het college van oordeel dat dit een groot aantal is.

8.2.2.4 *De bijzondere schadelijkheid van de berichten*

131. Het college stelt op basis van het onderzoek vast dat de overtredingen van art. 11.7, eerste lid, Tw vanwege hun vorm en inhoud als extra schadelijk zijn aan te merken.

132. Het bellen met een computergestuurde bandopname door abonnees wordt als bijzonder hinderlijk ervaren. Veel klagers hebben niet door dat zij door een computer gebeld zijn en schrikken als zij dit later vernemen. Ook heerst bij abonnees regelmatig de angst dat er zonder toestemming geld van hun rekening wordt afgeschreven.

¹¹¹ Zie voor de berekeningen: Onderzoeksrapport, randnummers 145 tot en met 155.

¹¹² Tussen de 378.276 en 395.576 abonnees.

Besluit Openbaar

133. Daarnaast is de inhoud van de automatische oproep misleidend. Tijdens de automatische oproep wordt niet de werkelijke identiteit van de beller of de daadwerkelijke identiteit van de organisatie waarvoor gebeld wordt genoemd. De stem in de automatische oproep stelt zich voor als Rudi Hurkmans, een fictief persoon die is bedacht door [A].¹¹³ Voorts geeft deze Rudi Hurkmans aan dat hij belt namens de Zwitserse consumentenvereniging uit Zürich.¹¹⁴
134. Ook de inhoud van het aangeboden product kan als misleidend worden aangemerkt. De in de automatische oproep genoemde sponsors¹¹⁵ zijn geen werkelijke sponsors van het product. De rapporteurs melden dat verschillende bedrijven, die tijdens de automatische oproepen zijn genoemd, hebben aangegeven dat zij niets met de telefoongesprekken te maken hebben.¹¹⁶ Een aantal daarvan heeft zelfs de wens geuit gerechtelijke stappen te ondernemen tegen degene die verantwoordelijk is voor de automatische oproepen.
135. Hoewel niet is vastgesteld dat er daadwerkelijk sprake is van oplichting, is op zijn minst bij abonnees het gevoel gewekt dat zij opgelicht worden. Dit heeft bij de abonnees geleid tot onrust en angst. Het college acht dit bijzonder schadelijk voor de abonnees.

8.2.3 Ten aanzien van de overtredingen van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw

8.2.3.1 Omvang van de overtredingen

136. Om de omvang van de overtreding van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw te kunnen bepalen, dient te worden opgemerkt dat dit artikellid op 1 oktober 2009 in werking is getreden. Hoewel artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud), dat voor 1 oktober 2009 gold, reeds bepaalde dat het recht van verzet actief aangeboden diende te worden, is in het rapport geen overtreding van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud) vastgesteld. Derhalve is het college van oordeel dat de omvang van de overtreding van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw dient te worden beperkt tot de periode van 1 oktober 2009 tot 30 juni 2010.
137. All4Call heeft voor Swiss Condiat Nederland ten minste 2996 leden geworven in de periode 1 oktober 2009 tot en met 30 juni 2010 middels de verkoopgesprekken.¹¹⁷

¹¹³ Onderzoeksrapport, randnummer 17.

¹¹⁴ Onderzoeksrapport, digitale bijlage 4 (Audiobestanden Hurkmans\alle saetze hurkmans\ 100[464073]).

¹¹⁵ Onderzoeksrapport, digitale bijlage 4 (Audiobestanden Hurkmans\alle saetze hurkmans\ 104[464152]).

¹¹⁶ Onderzoeksrapport, randnummer 133. Zie ook: Onderzoeksrapport, bijlage I-29, p. 247.

¹¹⁷ Onderzoeksrapport, bijlage I-40b: Provisieoverzichten All4Call. De aantallen geworven klanten staan op deze overzichten genoemd. De som van deze geworven klanten bedraagt 2996. Hierbij heeft het college slechts de maanden oktober 2010 tot en met mei 2010 in aanmerking genomen.

Besluit Openbaar

138. De verkoopgesprekken blijken een verkoopperscentage of succesrate van 3%¹¹⁸ te hebben. Derhalve zijn de voornoemde 2996 verkopen gelijk aan 3% van het totaal aantal positieve leads welke voortkomen uit het automatische oproepsysteem. Hieruit concludeert het college dat er in bovengenoemde periode in totaal 99.867 abonnees gebeld zijn vanuit All4Call voor een verkoopgesprek. Onder randnummer 102 heeft het college reeds geconcludeerd dat All4call tijdens deze verkoopgesprekken heeft nagelaten om actief het recht van verzet aan te bieden. Zodoende concludeert het college dat all4call bij 99.867 abonnees heeft nagelaten om deze abonnees, tijdens het telefonisch verkoopgesprek, de mogelijkheid te bieden verzet aan te tekenen tegen het verdere gebruik van zijn elektronische contactgegevens en de mogelijkheid te bieden tot onmiddellijke opname in het BMNR.

8.2.3.2 *Geschonden belang*

139. 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 cold calling) als storend ervaren.¹¹⁹
- 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.¹²⁰

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

8.2.3.3 *Overige omstandigheden van het geval*

141. Bij het bepalen van de ernst van de overtredingen houdt het college, naast de hiervoor vastgestelde zwaarte van de 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 stelt het college de ernst van de overtreding vast mede op basis van navolgende criteria:

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

¹¹⁸ Onderzoeksrapport, digitale bijlage 11: inzicht1. Uit dit document blijkt dat de conversie in de maand september 2009 3% betrof. Het college heeft deze 3% aangehouden voor het totaal aantal gevoerde gesprekken over de gehele periode.

¹¹⁹ SEO Economisch Onderzoek, *Telemarketing: irritatie geregeld?* (Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, Amsterdam 2007, p. 19.

¹²⁰ SEO Economisch Onderzoek, *Telemarketing: irritatie geregeld?* (Onderzoek in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken, Amsterdam 2007, p. 21-22: het betreft 56% van de consumenten.

Besluit Openbaar

142. 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.

8.2.3.4 De bijzondere schadelijkheid van het telefoongesprek volgens eindgebruikers

143. Tijdens de verkoopgesprekken werden wederom dezelfde sponsors genoemd als in de automatische oproep. Daar de rapporteurs hebben vastgesteld dat deze sponsors geen echte sponsors van Swiss Con dial Nederland zijn en de bedrijven in kwestie hebben aangegeven niets met Swiss Con dial Nederland te maken te hebben, worden ook de verkoopgesprekken als misleidend aangemerkt.¹²¹ Bovendien blijkt uit niets dat er ook daadwerkelijk prijzen worden gewonnen of uitgekeerd.¹²²

8.2.4 Het ten gevolge van de overtreding verkregen voordeel

144. De inkomsten die voortvloeiden uit de overtredingen bestaan enerzijds uit een provisie van in totaal [VERTROUWELIJK] uitgekeerd door [E], op basis van de door All4Call verkochte Swiss Con dial Nederland lidmaatschappen. Tevens werd maandelijks door [G] een bedrag van [VERTROUWELIJK] op de rekeningen van All4Call en [A] gestort. Daarnaast had All4Call geen bedrijfsmatige onkosten daar deze door [E] werden vergoed.¹²³

145. Op basis van het bovenstaande concludeert het college dat de overtredingen ten bate van All4Call inkomsten hebben gegenereerd van minstens [VERTROUWELIJK].

8.3 Conclusie ten aanzien van de ernst van de overtredingen

146. Het college heeft vastgesteld dat All4Call automatische oproepen heeft verzonden aan tenminste 378.000 abonnees, die daarvoor geen toestemming hadden gegeven. Het college is van oordeel dat er sprake is van bijzondere schadelijkheid van de automatische oproepen, in die zin dat de inhoud van de automatische oproepen door abonnees als schadelijk zijn ervaren vanwege het misleidende karakter van de oproepen. Op grond van het voorgaande merkt het college de overtredingen van All4Call van artikel 11.7, eerste lid, Tw aan als ernstig. Dit indiceert een boete van maximaal € 300.000.

147. Het college heeft verder vastgesteld dat All4Call 99.867 abonnees niet actief het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR heeft aangeboden of laten aanbieden, terwijl dit wel had moeten. Het college merkt de overtredingen van All4Call van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw conform zijn beleid aan als minder ernstig. Dit indiceert een boete van maximaal € 100.000.

¹²¹ Onderzoeksrapport, randnummer 133. Zie ook: Onderzoeksrapport, bijlage I-29, p. 247.

¹²² Onderzoeksrapport, randnummer 136.

¹²³ Onderzoeksrapport, randnummer 161.

Besluit Openbaar

9 De vaststelling van de hoogte van de boete

148. In de voorgaande paragraaf heeft het college vastgesteld dat de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw moeten worden aangemerkt als een ernstige overtreding. Daarnaast heeft het college geconcludeerd dat de overtreding van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw moeten worden aangemerkt als een minder ernstige overtreding. 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

149. Het college heeft vastgesteld dat de overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw zijn begaan in de periode van 29 juli 2009 tot en met 30 juni 2010.¹²⁴ Daarnaast heeft het college vastgesteld dat de overtredingen van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw zijn begaan in de periode van 1 oktober 2009 tot en met 30 juni 2010.¹²⁵ Het college concludeert dat de overtredingen van artikel 11.7, eerste lid, Tw bijna elf maanden herhaaldelijk zijn begaan. De overtredingen van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw zijn negen maanden herhaaldelijk begaan. Het college vindt dit een lange periode.

9.2 Verwijtbaarheid van de overtreders

9.2.1 Kenbaarheid van de wettelijke bepalingen

150. Het spamverbod, dat is neergelegd in artikel 11.7, eerste lid is sinds mei 2004 in de Telecommunicatiewet opgenomen. Voorafgaand aan de inwerkingtreding van dit artikel zijn de gevolgen ervan voor onder meer (potentiële) overtreders uitgebreid voor het voetlicht gebracht. Zo is de nieuwe wetgeving belicht in brochures, in persberichten en dergelijke. Los daarvan zijn en worden door het Ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie¹²⁶, Postbus 51¹²⁷ en ConsuWijzer¹²⁸ ook concrete vragen beantwoord. OPTA heeft ook de website www.spamklacht.nl ingesteld, waarop veel informatie te vinden is. Tevens geeft OPTA voorlichting op congressen, seminars en dergelijke. Kortom, een ieder heeft via zeer veel verschillende kanalen de gelegenheid om kennis te nemen van het regime en om de nodige maatregelen te treffen om aan de wettelijke eisen te voldoen. Het is stand beleid van het college om een openbare versie van zijn boetebesluiten tevens op de website van OPTA te publiceren. Het college gaat er in het algemeen dan ook van uit dat (toekomstige) overtreders de overtreding willens en wetens begaan, tenzij het tegendeel blijkt.

¹²⁴ Onderzoeksrapport, randnummer 125.

¹²⁵ Zie randnummer 136.

¹²⁶ Zie <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/veilig-ondernemen/vraag-en-antwoord/wat-is-spam-en-gelden-er-regels-voor-het-versturen-van-spam.html>.

¹²⁷ Zie: <http://www.postbus51.nl>.

¹²⁸ Zie: <http://www.consuwijzer.nl>.

Besluit Openbaar

151. De norm van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw laat niets aan duidelijkheid te wensen over. Artikel 11.7, twaalfde lid, Tw staat ongevraagde communicatie voor de daar genoemde doelen toe, tenzij de desbetreffende abonnee te kennen heeft gegeven dat hij dergelijke 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, twaalfde lid, Tw is bepaald. De verplichting tot het aanbieden van het recht van verzet vloeit voort uit het in artikel 11.7, twaalfde lid, 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.¹²⁹
152. Voorts heeft het college begin april 2009 op zijn website een brief en een informatiebrochure gepubliceerd over de nieuwe telemarketingwetgeving, die per 1 oktober 2009 in werking zou treden.¹³⁰ In deze brief wordt ook melding gemaakt van de mogelijkheid om vragen aan het college te stellen via het e-mailadres telemarketing@opta.nl.
153. Gelet op het bovenstaande concludeert het college dat de wettelijke bepalingen die in het onderhavige geval zijn overtreden, door het college voldoende kenbaar zijn gemaakt en dat van een professionele partij verwacht mag worden deze kennis tot zich te nemen.

9.2.2 Verwijtbaarheid

154. Dat All4Call en [A] ook daadwerkelijk op de hoogte waren van de betreffende regelgeving blijkt onder meer uit het feit dat All4Call eind 2009 aan [C] een brief heeft geschreven.¹³¹ In deze brief geeft [A] aan dat hij met bloed, zweet en tranen All4Call heeft opgericht en dit als een kaartenhuis in zou storten, mocht OPTA een sanctie opleggen. Hieruit concludeert het college dat [A] zich realiseerde dat All4Call mogelijk in strijd met de regelgeving handelde.
155. Ook uit de belscripts en het trainingsmateriaal blijkt dat All4Call zich bewust was van de overtreding. Zo heeft All4Call aan het trainingsmateriaal een passage toegevoegd, waarin het gebruik van het automatisch oproepsysteem werd ontkend¹³² en werden callcenteragents erop gewezen dat zij tijdens de opname, waarmee de feitelijke koop op afstand werd gesloten, niet meer mochten ingaan op de sponsors en wat er precies te winnen was.
156. Tevens gaf All4Call tijdens de gesprekken met het college herhaaldelijk aan, dat zij zich bewust was van het feit dat zij niet verantwoord te werk ging. Daarnaast was All4Call zich ervan bewust, dat de wijze waarop telefoonnummers werden verzameld niet was toegestaan en het gebruik van het automatisch oproepsysteem evenmin.¹³³ Voorts heeft All4Call verklaard, dat zij het automatisch

¹²⁹ Definitief standpunt telemarketing, 16 mei 2006, zie: <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=1985>.

¹³⁰ Zie: <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=2909>.

¹³¹ Onderzoeksrapport, bijlage I-23.

¹³² Onderzoeksrapport, bijlage II-15c.

¹³³ Onderzoeksrapport, bijlage II-2, p. 19 en 33-35. Zie ook: Verslag hoorzitting, p. 11.

Besluit Openbaar

oproepsysteem een vernuftig systeem vond en dat zij daarom geïnteresseerd was om deel te nemen aan het product Swiss Condial Nederland.¹³⁴ All4Call was bekend met de telemarketingregels en heeft onvoldoende maatregelen genomen om aan deze regelgeving te voldoen. All4Call heeft hierover verklaard dat zij pas een poging heeft gedaan om aan de regelgeving te voldoen, nadat het college op 30 juni 2010 een controle op locatie heeft uitgevoerd.¹³⁵

157. [A] heeft tijdens de hoorzitting van 31 augustus 2011 verklaard dat hij niet de intentie had om de consument te belazeren en dat hij voornemens was om een eerlijk callcenter te besturen. Voorts heeft hij aangegeven, dat hij uit enthousiasme met het product Swiss Condial Nederland betrokken is geraakt. Daarnaast geeft hij aan dat hij gedwongen was om met dit product door te gaan, omdat hijzelf en zijn medewerkers afhankelijk waren van het werk dat dit product opleverde.
158. Het college is van oordeel dat het feit, dat medewerkers mogelijk hun baan zouden kwijt raken, geen rechtvaardiging kan zijn voor het in stand houden van een overtreding. All4Call was vanaf zijn oprichting bekend met de methode, die werd gebruikt om klanten te werven voor Swiss Condial Nederland. All4Call heeft actief meegewerkt aan het realiseren van het automatisch oproepsysteem en heeft gedurende de overtreding geen daadwerkelijke stappen ondernomen om de overtreding te doen staken. Pas op het moment dat het college op 30 juni 2010 een controle op locatie heeft uitgevoerd, is het besluit genomen om de overtreding te staken en All4Call te ontbinden. Daarmee is het college van oordeel, dat de werkzaamheden voor het product Swiss Condial in feite de enige functie van All4Call was.
159. Voorts is het college van oordeel dat [A] bewust de samenwerking is aangegaan met zijn medebestuurders en dat hij geheel uit vrije wil als algemeen directeur en aandeelhouder heeft gefunctioneerd voor All4Call. Het feit dat zijn mede aandeelhouders het automatisch oproepsysteem hebben bedacht en technisch mogelijk hebben gemaakt, doet geen afbreuk aan de verantwoordelijkheid die [A] droeg voor All4Call. Het had op de weg van All4Call gelegen haar bedrijfsvoering zodanig in te richten, dat overtredingen werden voorkomen en daarvoor was [A] als feitelijk leidinggevende medeverantwoordelijk. Dat All4Call thans is ontbonden en de medebestuurders zich in het buitenland bevinden, doet niet af aan de ernst en verwijtbaarheid van de overtredingen.¹³⁶

9.2.3 Conclusie ten aanzien van de verwijtbaarheid

160. Gelet op het voorgaande acht het college de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw en de overtreding van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw volledig verwijtbaar aan All4Call. Daarnaast concludeert het college, dat het feitelijk leidinggeven aan de overtreding van zowel artikel 11.7, eerste lid, Tw als artikel 11.7, twaalfde lid, Tw [A] volledig verweten kan worden.

¹³⁴ Verslag hoorzitting, p.14.

¹³⁵ Verslag hoorzitting, p.7.

¹³⁶ ABRvS 28 september 2011, LJN: BT2852, r.o. 2.6.2.

Besluit Openbaar

9.3 Boeteverzwarende of -verlagende omstandigheden

161. Het college acht geen boeteverlagende of boeteverzwarende omstandigheden aanwezig die betrokken moeten worden bij de vaststelling van de hoogte van de boete.

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

162. In beginsel kan het college in voorkomende gevallen voor iedere overtreding afzonderlijk een boete van maximaal € 450.000 per overtreding opleggen. Het college kan evenwel - indien er sprake is van meerdere overtredingen - in plaats van elke overtreding afzonderlijk te beboeten, een boete opleggen voor het geheel van deze overtredingen.¹³⁷ Nu het in deze zaak gaat om een groot aantal overtredingen, die in hoge mate vergelijkbaar zijn en die in hun onderling verband moeten worden beschouwd, ligt het niet in de rede per overtreding een aparte boete op te leggen. Bij de vaststelling van de boete is het college er van uitgegaan dat de overtredingen in de gestelde periode zijn aan te merken als één voortdurende, samenhangende overtreding. Met toepassing van dit uitgangspunt stelt het college afzonderlijk de op te leggen boetes vast voor het geheel van de overtredingen van respectievelijk artikel 11.7, eerste lid, Tw met betrekking tot de automatische oproepen en artikel 11.7, twaalfde lid, Tw met betrekking tot de het niet bieden van het recht van verzet en de mogelijkheid tot onmiddellijke opname in het BMNR.

163. 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, er in het geval van de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw sprake is van een ernstige overtreding van de Telecommunicatiewet. De bandbreedte van de boetecategorie bestrijkt in dat geval maximaal € 300.000. In het geval van de overtreding van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw heeft het college geconcludeerd dat er sprake is van een minder ernstige overtreding van de Telecommunicatiewet. De bandbreedte van de boetecategorie bestrijkt in dat geval maximaal € 100.000. De zienswijze die All4Call op 31 augustus 2011 mondeling heeft gegeven, geeft geen aanleiding om de overtreeders geen of minder verwijt te maken van de overtredingen of op grond waarvan de overtredingen anderszins niet aan hen kunnen worden toegerekend.

164. Het college overweegt tevens dat bij de vaststelling van de hoogte van de boete in acht moet worden genomen dat de boete All4Call en [A] van toekomstige overtredingen dienen te weerhouden en tevens potentiële overtreeders dienen af te schrikken (speciale en generale preventie).

165. 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.¹³⁸

¹³⁷ Zie Boetebeleidsregels OPTA 2008, *Stcr.* 2008 Nr. 50, 11 maart 2008, p. 27 e.v. 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).

¹³⁸ Zie artikel 3:4, tweede lid, Awb.

Besluit Openbaar

166. De voorgaande bevindingen leiden tot vaststelling van een aantal overtredingen waarvoor het college, met inachtneming van de ernst van de overtreding, de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder en zijn feitelijk leidinggevende, All4Call en [A] gezamenlijk een boete oplegt van € 200.000 voor de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw. Daarnaast legt het college aan zowel All4Call als [A] gezamenlijk een boete op van € 80.000 voor de overtreding van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw in de periode van 1 oktober 2009 tot en met 30 juni 2010. Het college komt daarmee uit op een boete van totaal € 280.000 voor de overtreding van artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, twaalfde lid, Tw in de periode van in de periode van 29 juli 2009 tot en met 30 juni 2010.
167. Het college merkt nog het volgende op. All4Call en [A] krijgen deze boetes gezamenlijk opgelegd en zij zijn hiervoor hoofdelijk aansprakelijk. De (onrechtmatige) gedragingen van All4Call en het feitelijk leidinggeven aan deze overtreding door [A] zijn niet of zeer moeilijk te scheiden.

10 Besluit tot publicatie

168. Het college publiceert sinds 1999 openbare versies van zijn (handhaving)besluiten op zijn 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.¹³⁹ Verder neemt het college in aanmerking dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State 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.¹⁴⁰ 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.
169. 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 All4Call en [A] is vastgesteld dat deze in strijd hebben gehandeld met het in artikel 11.7, eerste lid, Tw en artikel 11.7, twaalfde lid, Tw bepaalde en dat aan hen 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.

¹³⁹ Beleidsregels openbaarmaking OPTA van 1 april 2009, *Stcrt 2009 nr. 63* (tevens gepubliceerd op www.opta.nl).

¹⁴⁰ ABRvS 10 november 2010, *LJN: BO3468*.

Besluit Openbaar

170. Daarnaast is het ook in het belang van marktpartijen om kennis te nemen van de ten aanzien van andere marktdeelnemers genomen (sanctie)besluiten. Handelspartners worden zo gewaarschuwd en concurrenten komen zo te weten dat er ter bescherming van hun belang is opgetreden. Ook gaat er een algemeen preventief effect vanuit 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 de belangen van All4Call en [A]. Van overige belangen of omstandigheden, op grond waarvan zou moeten worden afgezien van publicatie, is het college niet gebleken.

11 Dictum

171. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit stelt vast dat de rechtspersoon All4Call B.V. artikel 11.7, eerste lid van de Telecommunicatiewet heeft overtreden doordat zij in de periode van 29 juli 2009 tot en met 30 juni 2010 met gebruikmaking van automatische oproepen zonder menselijke tussenkomst, ongevraagde communicatie voor commerciële doeleinden heeft overgebracht aan abonnees die tevens natuurlijke personen waren en die daarvoor geen voorafgaande toestemming hebben verleend.

172. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit stelt tevens vast dat de rechtspersoon All4Call B.V. artikel 11.7, twaalfde lid van de Telecommunicatiewet heeft overtreden doordat zij in de periode van 1 oktober 2009 tot en met 30 juni 2010 heeft nagelaten de abonnees, tijdens het telefonisch verkoopgesprek, de mogelijkheid te bieden verzet aan te tekenen tegen het verdere gebruik van zijn elektronische contactgegevens en de mogelijkheid te bieden tot onmiddellijke opname in het BMNR.

173. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit stelt tevens vast dat [A], [VERTROUWELIJK], feitelijk leiding heeft gegeven aan de in randnummer 171 en 172 vastgestelde overtredingen.

174. Op grond hiervan legt het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit aan de besloten vennootschap All4Call en aan [A] gezamenlijk een boete op van in totaal € 280.000 voor de overtredingen genoemd in randnummers 171 en 172, waarvoor zij hoofdelijk aansprakelijk zijn. Deze boete bestaat uit:

- een boete van € 200.000 voor de overtreding van artikel 11.7, eerste lid van de Telecommunicatiewet;
- een boete van € 80.000 voor de overtreding van artikel 11.7, twaalfde lid van de Telecommunicatiewet.

Besluit Openbaar

175. De hierboven in randnummer 174 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.

176. 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.
prof. dr. M.W. de Jong, plv. 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.