

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/ACNB/2011/200200_OV

Zaaknummer: 10.0414.37

Datum: 22 februari 2011

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit tot het opleggen van een boete ter zake van overtreding van de regels voor telemarketing bepaald in artikel 11.7, twaalfde lid, van de Telecommunicatiewet.

1 Samenvatting

1. In dit besluit stelt het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit vast dat door of in ieder geval namens BankGiro Loterij N.V. en door of in ieder geval namens Nationale Postcode Loterij N.V., in gezamenlijkheid met de Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V., artikel 11.7, twaalfde lid, van de Telecommunicatiewet is overtreden bij telemarketingactiviteiten in de periode 1 oktober 2009 tot 1 november 2009. Het college legt voor deze overtreding een boete op van in totaal € 160.000.
2. In dit besluit wordt in het navolgende eerst ingegaan op de achtergrond en verloop van de procedure (paragraaf 2), de inhoud van het onderzoeksrapport (paragraaf 3) en de feiten (paragraaf 4). Vervolgens wordt ingegaan op de zienswijze van de loterijen (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 van de overtredingen alsmede de vaststelling van de hoogte van de boete (paragraaf 8 en 9). In paragraaf 10 staan de overwegingen van het college ten aanzien van de publicatie van onderhavig besluit. Ten slotte volgt het dictum (paragraaf 11).

2 Achtergrond en verloop van de procedure

3. Sinds 1 oktober 2009 ontving het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) klachten van consumenten over de telemarketingactiviteiten van BankGiro Loterij N.V. (hierna: BGL) en Nationale Postcode Loterij N.V. (hierna: NPL).¹ Naar aanleiding hiervan heeft het college informatie gevorderd van BGL en NPL over de telemarketingactiviteiten van beide partijen.² In eerste instantie heeft het college beide partijen afzonderlijk benaderd. BGL en NPL hebben daarop aangegeven dat zij een gezamenlijke reactie zouden geven.³ Het college heeft daarop besloten het onderzoek naar beide partijen samen te voegen. Dit onderzoek heeft geresulteerd in een onderzoeksrapport dat een medewerker van het college (hierna: de rapporteur) op 23 november 2010⁴ aan BGL en NPL heeft gestuurd.
4. BGL en NPL hebben tijdens de hoorzitting van 4 januari 2011 ten kantore van het college gezamenlijk een mondelinge zienswijze naar voren gebracht op het onderzoeksrapport.

¹ Randnummer 30 van het onderzoeksrapport.

² Randnummer 31 van het onderzoeksrapport.

³ Verslag van hoorzitting d.d. 4 januari 2011, p. 25.

⁴ Kenmerk OPTA/ACNB/2010/203289.

Besluit Openbaar

3 Het onderzoeksrapport

5. Aanleiding voor het onderhavige besluit vormen de overtredingen zoals vastgesteld in het onderzoeksrapport van 23 november 2010. In dit onderzoeksrapport constateert de rapporteur dat zowel BGL als NPL in de gevoerde telefoongesprekken het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR niet hebben aangeboden.
6. De rapporteur verklaart verder dat BGL en NPL gebruik hebben gemaakt van de gelegenheid om hun zienswijze op het feitencomplex kenbaar te maken. Dit heeft op enkele punten geleid tot aanpassing van het feitencomplex.
7. De rapporteur concludeert dat zowel BGL als NPL artikel 11.7, twaalfde lid, Tw hebben overtreden door het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR niet aan te bieden.
8. De rapporteur merkt tevens de Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V. (hierna: de holding) aan als overtreder.

4 Overige omstandigheden van feitelijke aard

4.1 De rechtspersonen BGL en NPL en de holding

9. De rechtspersonen BGL en NPL zamelen, kort gezegd, geld in voor instellingen van algemeen belang door middel van het organiseren van loterijen.
10. De holding is enig bestuurder en aandeelhouder van BGL en NPL. BGL en NPL hebben gezamenlijke ondersteunende afdelingen die onderdeel uitmaken van de holding. BGL en NPL voeren een gezamenlijke deelnemersadministratie en zijn bij het College Bescherming Persoonsgegevens (hierna: CBP) gezamenlijk aangemeld.⁵ De directie en de managing directors van de holding zijn tevens de directie en managing directors van BGL en NPL.⁶ De directieleden van de holding hebben de dagelijkse leiding over BGL en NPL.⁷ In de openbaarheid treden BGL en NPL gezamenlijk op onder de noemer "goede doelen loterijen".

4.2 Ingeschakelde callcenters

11. Ten behoeve van de werving van deelnemers voor de loterijen maken BGL en NPL onder meer gebruik van telemarketing. Hiervoor hebben BGL en NPL beiden de externe callcenters [VERTROUWELIJK] ingeschakeld. BGL heeft ook het externe callcenter [VERTROUWELIJK] ingeschakeld. BGL en NPL maken ook nog gebruik van de afdeling Telemarketing van de holding.

5 Zienswijze BGL en NPL

12. BGL en NPL stellen dat in het rapport ten onrechte de holding als beleidsbepalend orgaan wordt aangemerkt; BGL en NPL zijn zelfstandig handelende entiteiten en de holding heeft geen

⁵ Verslag hoorzitting d.d. 4 januari 2011, p. 14.

⁶ Verslag van hoorzitting d.d. 4 januari 2011, p. 12.

⁷ Randnummer 70 van het onderzoeksrapport, 5^e bullet.

Besluit Openbaar

invloed op het gevoerde beleid van BGL en NPL. Volgens BGL en NPL zijn de activiteiten die de directie in de holding uitvoert niet dezelfde als de taken die zij uitvoert bij BGL en NPL. BGL en NPL hebben gezamenlijk ondersteunende afdelingen die onderdeel uitmaken van de holding. BGL en NPL hebben ieder een eigen afdeling werving, waarvan het hoofd het telemarketingbeleid bepaald.

13. BGL en NPL zijn van oordeel dat in de door de callcenters gehanteerde introductieteksten voor het automatische bandje waarmee het recht van verzet wordt aangeboden, uitdrukkelijk wordt gesteld dat het door de abonnee af te luisteren bandje gaat om het recht van verzet en het BMNR. BGL en NPL stellen er altijd te goeder trouw vanuit te zijn gegaan dat de introductieteksten overeenkomstig de wet zijn.

Besluit Openbaar

6 Juridisch Kader

6.1 Ten aanzien van de overtreding

14. Artikel 11.7, eerste lid, Tw luidt:

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

15. 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.”

16. Artikel 11.8 Tw, luidt, voor zover relevant:

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

17. Artikel 1.1, aanhef en onder p, Tw luidt:

“abonnee: natuurlijke persoon of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten.”

18. Artikel 1.1, aanhef en onder q, Tw luidt:

“consument: natuurlijke persoon die gebruik maakt van of verzoekt om een openbare elektronische communicatiedienst voor andere dan bedrijfs- of beroepsdoeleinden.”

6.2 Ten aanzien van de bevoegdheid

19. 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.”⁸

⁸ Zie ook: Besluit aanwijzing toezichthoudende ambtenaren OPTA 2009, Staatcourant 2009, nr. 72.

Besluit Openbaar

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

“Het college kan een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 450 000 ter zake van overtreding van de bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde regels, niet zijnde regels bedoeld in het tweede lid, alsmede van artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht.”

21. Artikel 5:48, eerste lid, Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) luidt als volgt:

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

22. 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.”*

23. 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.”

24. Artikel 5:46, tweede lid, Awb, voor zover relevant, luidt als volgt:

“2. Tenzij de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, stemt het bestuursorgaan de bestuurlijke boete af op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.”

6.3 Ten aanzien van de openbaarmaking

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

26. Het verstrekken van informatie ingevolge de Wob blijft op grond van artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, Wob achterwege indien de informatie bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.

Besluit Openbaar

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

6.4 Boetebeleidsregels

29. Met de Boetebeleidsregels⁹ geeft het college invulling aan zijn beleid ten aanzien van het vaststellen van de hoogte van boetes ingevolge artikel 15.4 Tw. Tevens verschaft het college in de Boetebeleidsregels inzicht in de factoren die hij meeweegt bij het bepalen van de hoogte van de boete.

7 Overwegingen van het college

7.1 Beschermd belang

30. De telemarketingregels van artikel 11.7 Tw zijn regels die als algemeen doel hebben consumenten te beschermen tegen ongevraagde telemarketinggesprekken. In het bijzonder is de regelgeving bedoeld om de irritatie bij consumenten over ongevraagde telefoontjes te verminderen. Het college acht de handhaving van deze telemarketingregels voor consumenten van groot belang. Het kenmerk van het handhaven van regels die er op zijn gericht consumentenbelangen te beschermen – dus ook de telemarketingregels – is dat er vaak sprake is van een veelvoud van overtredingen die ieder voor zich een relatief kleine schade betreft. De schade bij consumenten, en daarmee het consumentenbelang, betreft echter een optelsom van al die relatief kleine schades. Het college constateert dat er een brede irritatie in de maatschappij is over ongevraagde telemarketinggesprekken en dat het consumentenbelang voor het handhaven van telemarketingregels in zijn geheel groot is.

7.1.1 Doel van de telemarketinggesprekken

31. Er kan geen twijfel over bestaan dat de telemarketinggesprekken van BGL en NPL een commercieel doel dan wel een charitatief doel hadden. De bedoeling van de gesprekken die namens of door BGL en NPL werden gevoerd was immers om deelnemers te werven voor de loterijen.

⁹ Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA), *Stcrt.* 2008. nr. 50.

Besluit Openbaar

7.1.2 De benaderde abonnees zijn als natuurlijk persoon abonnee

32. BGL en NPL hebben verklaard dat de deelnemers van BGL en NPL hoofdzakelijk particulieren zijn.¹⁰ Logischerwijs richt het werven van deelnemers voor BGL en NPL zich daarom voornamelijk op abonnees die natuurlijke persoon zijn. Dit valt naar het oordeel van het college ook af te leiden uit het feit dat BGL en NPL zelf aangeven “de consument” aan het eind van ieder telemarketinggesprek wijzen op het recht van verzet en het BMNR.¹¹
33. Op grond van het voorgaande stelt het college vast dat BGL en NPL bij het overbrengen van communicatie middels telemarketing zich hoofdzakelijk richtten tot abonnees die natuurlijke persoon zijn. Met voldoende zekerheid is daarmee komen vast te staan dat de door of namens BGL en NPL benaderde personen als natuurlijk persoon abonnee zijn.

7.1.3 Ongevraagde communicatie overbrengen

34. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat het belbestand dat BGL heeft gebruikt in de maand oktober 2009 in totaal 279.262 telefoonnummers bevat.¹² Het belbestand dat NPL heeft gebruikt in de maand oktober 2009 bevat in totaal 80.356 telefoonnummers.¹³
35. BGL en NPL hebben verklaard dat alle abonnees in de aan het college verstrekte belbestanden zijn gebeld door of namens BGL en NPL.¹⁴ Het college is van oordeel dat in alle gevallen dat een abonnee ongevraagd telefonisch is benaderd sprake is van het overbrengen van ongevraagde communicatie, ook in het geval van een onbeantwoorde oproep.

7.2 Overtreding artikel 11.7, twaalfde lid, Tw

7.2.1 Aanbieden recht van verzet en inschrijving BMNR

36. Op grond van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw moet de telemarketeer bij het overbrengen van ongevraagde communicatie aan abonnees, tijdens het gesprek het recht van verzet aanbieden, de abonnee wijzen op het BMNR en de mogelijkheid aanbieden tot inschrijving in het BMNR.
37. BGL en NPL bieden het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR aan via een Interactive Voice Respons bandje (hierna: IVR-bandje) aan het eind van het telemarketinggesprek. Het bandje wordt in het gesprek met de consument als volgt aangekondigd.¹⁵

Afdeling telemarketing Goede Doelen Loterijen

‘Mijnheer De Vries, ik wil u hartelijk danken voor uw tijd. Ik wil u nog even wijzen op uw rechten in Telemarketing. Als u nog even aan de lijn blijft wordt u door middel van een bandje het recht van verzet en het BMNR aangeboden. Prettige dag.’

¹⁰Verslag van hoorzitting d.d. 4 januari 2011, p.8.

¹¹Bijlage 4 bij het onderzoeksrapport, p. 3.

¹²Randnummer 56 van het onderzoeksrapport.

¹³Randnummer 58 van het onderzoeksrapport.

¹⁴Verslag van hoorzitting d.d. 4 januari 2011, p.19.

¹⁵Randnummer 59 van het onderzoeksrapport.

Besluit Openbaar

[VERTROUWELIJK]

'Meneer De Vries, hartelijk bedankt voor uw tijd. Als u nog even aan de lijn blijft wordt u doorgeschakeld naar een bandje met uitleg over het nieuwe BMNR. Ik wens u nog een prettige dag.'

[VERTROUWELIJK]

'Mijnheer De Vries, ik wil u hartelijk danken voor uw tijd. Als u nog even aan de lijn blijft wordt u voorgelicht over uw rechten in telemarketing. Prettige dag.'

[VERTROUWELIJK]

'Als u nog even aan de lijn blijft, krijgt u een voorgelezen menu van ongeveer 6 minuten, waarin wordt uitgelegd wat het BMNR inhoudt en hoe u zich kunt opgeven.'

38. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat de wetgever met artikel 11.7, twaalfde lid, Tw heeft beoogd dat degene die communicatie overbrengt via telemarketing het recht van verzet "uit eigen beweging" aanbiedt aan de abonnee.¹⁶ Degene die belt (de telemarketeer) dient dus het recht van verzet actief aan te bieden aan degene die hij belt. Artikel 11.7, twaalfde lid, Tw stelt verder dat in hetzelfde gesprek de telemarketeer de abonnee dient te wijzen op het BMNR en de mogelijkheid tot onmiddellijke inschrijving in het BMNR moet aanbieden. Hieruit volgt naar het oordeel van het college dat ook inschrijving in het BMNR actief aangeboden moet worden aan de abonnee. Dit blijkt ook uit de wetsgeschiedenis.¹⁷
39. Het college constateert dat de wetgever uitgaat van de mogelijkheid dat telemarketeers voldoen aan artikel 11.7, twaalfde lid, Tw door het gebruik van een IVR-bandje.¹⁸ Het college is van oordeel dat het enkele gebruik van een IVR-bandje niet automatisch naleving van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw betekent. Immers, als het bandje start nadat de verbinding met de gebelde is verbroken, is het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR niet aangeboden tijdens het gesprek. Het aanbieden van het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR door middel van een IVR-bandje na afloop van het gesprek kan niet anders betekenen dan dat daarmee een verplichting voor de beller ontstaat om tijdens het gesprek te wijzen op dit bandje en de inhoud van het bandje. Met andere woorden: de gebelde abonnee moet verteld worden dat na afloop van het gesprek een IVR-bandje wordt gestart en wat dat betekent voor hem. Naar het oordeel van het college kan de gebelde abonnee pas weten wat het bandje voor hem betekent als degene die belt bij de aankondiging van het IVR-bandje alle elementen van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw letterlijk noemt of, aansluitend bij het doel van de telemarketingregelgeving, te weten het terugdringen van consumentenirritatie over ongevraagde telefoontjes, aangeeft dat de abonnee met het IVR-bandje kan regelen dat hij niet meer gebeld wordt. Iedere andere uitleg zou het bestaan van de verplichting om het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR aan te bieden naar het oordeel van het college betekenisloos maken.

¹⁶ TK 2007-2008, 30 661, nr. 8, p.8.

¹⁷ Nota van Toelichting bij het Besluit Bel-me-niet-register, Stb.2009, 129, p.8.

¹⁸ o.a. EK 2007-2008, 30 661, C, p. 9 en Stb. 2009, 129, p. 8 en 17.

Besluit Openbaar

40. Het college constateert dat de introductieteksten die de externe callcenters [VERTROUWELIJK] in de onderzoeksperiode hebben gebruikt bij het telefonisch werven van deelnemers voor BGL en NPL niet voldoen aan het gestelde in artikel 11.7, twaalfde lid, Tw. Met de introductieteksten kondigen de bovengenoemde externe callcenters wel het gebruik van het IVR-bandje aan, en waar het bandje in het algemeen over gaat, maar noemen niet de elementen van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw, noch dat de abonnee met het bandje kan regelen dat hij niet meer gebeld wordt. De door BGL en NPL ingeschakelde externe callcenters hebben dus niet het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR actief aangeboden, terwijl dit wel had moeten. Het college merkt overigens op dat de vermelding van de duur van het IVR-bandje in de introductietekst van het callcenter [VERTROUWELIJK] ("6 minuten") enkel bedoeld lijkt te zijn om de abonnee te ontmoedigen om het bandje af te luisteren.
41. Het college constateert dat de introductietekst dat de afdeling Telemarketing Goede Doelen Loterijen in de onderzoeksperiode heeft gebruikt bij het telefonisch werven van deelnemers voor BGL en NPL wel voldoet aan het gestelde in artikel 11.7, twaalfde lid, Tw. Met deze introductietekst wordt het de gebelde abonnee duidelijk gemaakt dat een IVR-bandje gestart wordt en dat het bandje bestemd is voor de abonnee om te regelen dat hij niet meer gebeld wordt. De afdeling Telemarketing Goede Doelen doet dit door het recht van verzet en het BMNR te noemen en te vermelden dat deze worden "aangeboden".

7.3 Overtreders

42. De telemarketingregelgeving in artikel 11.7 Tw richt zich tot degene die communicatie overbrengt of laat brengen. Dit is zowel degene die de fysieke handeling pleegt (het callcenter of de opdrachtnemer), als degene namens wie de communicatie wordt overgebracht (de adverteerder of de opdrachtgever).¹⁹
43. Als overtreders van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw merkt het college in casu aan BGL en NPL en de holding. Het college overweegt hieromtrent het volgende.
44. Het college beschouwt BGL als overtreder van de in de randnummer 40 door het college geconstateerde overtreding. Voorts beschouwt het college NPL als overtreder van de in de randnummer 40 door het college geconstateerde overtreding. Het college overweegt daartoe het volgende. De opdracht voor het uitvoeren van de telemarketinggesprekken werd door BGL en NPL gegeven aan de door hen ingeschakelde callcenters.
45. BGL en NPL zijn de adverteerders namens wie de callcenters de communicatie overbrengen. De communicatie is gericht op het werven van deelnemers voor BGL en NPL. Ook om die reden merkt het college BGL en NPL aan als overtreders, dat wil zeggen als plegers, althans medeplegers, van de hierboven genoemde overtredingen.
46. Het college constateert dat er een grote verwevenheid bestaat tussen de holding en BGL en

¹⁹ TK 2007–2008, 30 661, nr. 8, p.7.

Besluit Openbaar

NPL. Het college constateert tevens dat de holding haar bestuurstaken feitelijk uitvoert. De directie en de managing directors van de holding zijn tevens de directie en de managing directors van BGL en NPL. De Raad van Commissarissen van de holding vertrouwt aan de leden van de directie van de holding de dagelijkse leiding van BGL en NPL toe. BGL en NPL delen de verschillende afdelingen van de holding met elkaar. BGL en NPL en de holding treden als één entiteit naar buiten door gezamenlijke persberichten uit te brengen, door de holding te registreren bij het BMNR en door de gezamenlijke deelnemersadministratie van BGL en NPL aan te melden bij het CBP.

47. Het college stelt vast dat door de grote verwevenheid tussen BGL en NPL en de holding geen onderscheid is te maken tussen de gedragingen van BGL en NPL enerzijds en de holding anderzijds. Het college acht het aannemelijk dat de holding beslissende invloed heeft op de gedragingen van BGL en NPL, in casu de telemarketingactiviteiten van BGL en NPL, en in staat moet worden geacht hierin in te grijpen. Op grond van het vorenstaande is het college van oordeel dat de holding betrokkenheid heeft gehad bij de gedragingen van BGL en NPL die hebben geleid tot bovengenoemde overtredingen.
48. Het college is van oordeel dat de holding als normadressaat van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw kan worden aangemerkt.
49. Gezien het bovenstaande merkt het college de holding aan als overtreder, dat wil zeggen als pleger, althans medepleger, van de hierboven genoemde overtredingen.

8 Ernst van de overtreding

8.1 Boetebeleid OPTA

50. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt het college op grond van artikel 5:46, tweede lid, Awb in ieder geval rekening met de ernst van de overtreding alsmede met de verwijtbaarheid van de overtreder. Het college houdt daarbij, indien daartoe aanleiding bestaat, rekening met andere omstandigheden, zoals de duur van de overtreding. Bij iedere boetebeschikking moet worden afgewogen hoe hoog de boete in dat concrete geval moet zijn.
51. 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).
52. Het college bepaalt de ernst van de overtreding 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). Deze 'optelsom' bepaalt de definitieve kwalificatie van de overtreding: zeer ernstig, ernstig of minder ernstig.

Besluit Openbaar

53. Bij het bepalen van de zwaarte van de overtredingen neemt het college de doelstellingen van de Telecommunicatiewet, te weten het bevorderen van concurrentie, de ontwikkeling van een interne markt en het bevorderen van de belangen van eindgebruikers, als uitgangspunt. Aan de hand van deze doelstellingen deelt het college in de Boetebeleidsregels de mogelijke overtredingen in abstracto in drie types in: zeer zware, zware en minder zware overtredingen.
54. In zijn Boetebeleidsregels heeft het college een overtreding van artikel 11.7 Tw als minder zwaar aangemerkt. Wat de ernst van de overtreding van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw in concreto betreft overweegt het college het volgende.

8.1.1 Duur van de overtredingen

55. Ten aanzien van de periode van de duur van de overtreding heeft de rapporteur in haar onderzoeksrapport aangegeven dat de duur van de overtreding een maand is, namelijk van 1 oktober 2009 tot 1 november 2009. Het college is van oordeel dat op grond van de aangetroffen gegevens die duur met voldoende zekerheid is vastgesteld. Deze periode van overtreding is naar het oordeel van het college niet erg lang, maar ook niet kort.

8.1.2 Omvang, aantal overtredingen

56. Het college heeft in randnummer 40 vastgesteld dat de door BGL en NPL ingeschakelde externe callcenters het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR niet actief aanbieden. Het college heeft in randnummer 34 vastgesteld dat het belbestand van BGL in totaal 279.262 telefoonnummers bevat. Daarvan zijn 276.226 telefoonnummers gebruikt om abonees te bellen door de externe callcenters.²⁰ Het college constateert dat BGL 276.226 abonees niet actief het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR heeft aangeboden of laten aanbieden, terwijl dit wel had moeten.
57. Het college heeft in randnummer 34 vastgesteld dat het belbestand van NPL in totaal 80.356 telefoonnummers bevat. Daarvan zijn 73.827 telefoonnummers gebruikt om abonees te bellen door de externe callcenters.²¹ Het college constateert dat NPL 73.827 abonees niet actief het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR heeft aangeboden of laten aanbieden, terwijl dit wel had moeten.

²⁰ Bijlage 8 bij onderzoeksrapport (BGL.xlsx): het betreft de belbestanden BGL_upsell15_gratis, BGL_upsell_15_gratis_mobiel, koude werving CDDM, opzeggers.

²¹ Bijlage 8 bij onderzoeksrapport (NPL.xlsx): het betreft de belbestanden koude werving CDDM, npl, npl_06, npl_1tegen100, npl_audi, npl_huis_aan_huis, npl_langdurige_opzeggers, npl_prijswinnaars, npl_sudoku_puzzelbonnen, npl_verhuizers_deelnemers, npl_verhuizers_nd_2008, npl_verjaardagcombi.

Besluit Openbaar

8.1.3 Geschonden belang

58. 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.²²
- 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.²³

59. 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 Overige omstandigheden van het geval

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

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

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

8.3 Conclusie ten aanzien van de ernst van de overtredingen

62. Gelet op het feit dat consumenten klachten indienen bij het college over ongevraagde telefoontjes van BGL en NPL is er sprake van ergernis en overlast bij consumenten over deze telefoontjes.

²² SEO Economisch Onderzoek, *Telemarketing: irritatie geregeld?* (onderzoek in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken), Amsterdam 2007, p. 19.

²³ Zie noot 22, p. 21-22: het betreft 56% van de consumenten.

Besluit Openbaar

63. Voorts heeft het college vastgesteld dat BGL 276.226 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 heeft niet eerder vastgesteld dat BGL artikel 11.7, twaalfde lid, Tw heeft overtreden. Evenmin heeft het college BGL eerder gewaarschuwd wegens overtreding van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw. Van recidive is naar het oordeel van het college geen sprake. Het college vindt het aantal abonnees waaraan BGL niet actief het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR heeft aangeboden een dermate groot aantal dat hij de overtredingen van BGL van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw aanmerkt als ernstig. Dit indiceert een boete van maximaal € 300.000.
64. Voorts heeft het college vastgesteld dat NPL 73.827 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 vindt dit een groot aantal. Het college heeft niet eerder vastgesteld dat NPL artikel 11.7, twaalfde lid, Tw heeft overtreden. Evenmin heeft het college NPL eerder gewaarschuwd wegens overtreding van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw. Van recidive is naar het oordeel van het college geen sprake. Op grond van het voorgaande, en daarbij betrokken het oordeel van het college in randnummer 62 over de schadelijkheid van deze overtreding, merkt het college de overtredingen van NPL van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw aan als minder ernstig. Dit indiceert een boete van maximaal € 100.000.

9 Vaststelling van de hoogte van de boete

9.1 Duidelijkheid norm

65. De norm van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw is duidelijk. In artikel 11.7, twaalfde lid, Tw staat dat tijdens elk gesprek het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR aangeboden moet worden. Zoals hiervoor beschreven heeft het gebruik van een IVR-bandje logischerwijs tot gevolg dat gedurende het gesprek de betreffende abonnee moet worden gewezen op dit bandje en wat het inhoudt.

9.2 Verwijtbaarheid overtreding

66. Over de verwijtbaarheid van BGL en NPL ten aanzien van het niet actief aanbieden van het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR merkt het college het volgende op. BGL en NPL waren zich voortdurend bewust van deze verplichting. In die zin zijn de overtredingen BGL en NPL volledig toe te rekenen.
67. BGL en NPL hebben tijdens de hoorzitting aangegeven dat zij de introductieteksten voor het IVR-bandje hebben opgesteld in samenspraak met de branchevereniging DDMA²⁴. BGL en NPL stellen verder dat zij er te goeder trouw van uit zijn gegaan dat de aldus geformuleerde introductieteksten in overeenstemming zijn met het gestelde in artikel 11.7 Tw.
68. Zoals voor alle wet- en regelgeving geldt, is het de verantwoordelijkheid van degene die abonnees ongevraagd telefonisch wil benaderen, in casu BGL en NPL, om de geldende

²⁴ Branchevereniging voor dialoogmarketing.

Besluit Openbaar

telemarketingregelgeving na te leven. Hiervoor is het nodig om de telemarketingregelgeving te bestuderen en, indien nodig of gewenst, juridisch advies in te winnen. Gezien die eigen verantwoordelijkheid kunnen BGL en NPL zich niet beroepen op de door de branchevereniging gegeven uitleg van de wet. Het college is dan ook van oordeel dat er geen sprake is van een gerechtvaardigd vertrouwen bij BGL en NPL dat de gebruikte introductieteksten voldoen aan artikel 11.7 Tw. Het is het college ook niet gebleken dat BGL en NPL op enig moment het college een uitleg hebben gevraagd van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw.

69. Het college constateert dat BGL en NPL zich enige moeite hebben getroost om de verplichting tot het aanbieden van het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR na te leven. BGL en NPL hebben er voor gekozen om het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR aan te bieden via een IVR-bandje. In de callscripts van de door BGL en NPL ingeschakelde callcenters is voorzien in een introductietekst voor het gebruik van het IVR-bandje. BGL en NPL hebben samenwerking gezocht met derden om de introductietekst van het bandje op te stellen.
70. Het college heeft in randnummer 47 geconstateerd dat de holding in staat moet worden geacht in te grijpen in de gedragingen van BGL en NPL. Gezien de geconstateerde overtredingen heeft de holding dit nagelaten.
71. Gezien al het voorgaande acht het college de overtredingen van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw niet volledig verwijtbaar en rekent deze toe, maar niet volledig, aan BGL en aan NPL en aan de holding.

9.3 Boeteverzwarende of -verlagende omstandigheden

72. Het college acht geen boeteverzwarende of -verlagende 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

73. 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.²⁵
74. In aanmerking genomen de ernst van de overtredingen en de hiervoor besproken mate van verwijtbaarheid van BGL en NPL en de holding, legt het college in totaal een bedrag van € 160.000,- aan boetes op, bestaande uit:
- Een boete van € 100.000 opgelegd aan BGL en de holding gezamenlijk voor het niet aanbieden van het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR.
 - Een boete van € 60.000 opgelegd aan NPL en de holding gezamenlijk voor het niet aanbieden van het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR.
75. Het college merkt nog het volgende op. BGL en de holding en NPL en de holding krijgen in

²⁵ Zie artikel 3:4, tweede lid, Awb.

Besluit Openbaar

casu gezamenlijk boetes opgelegd waarvoor zij hoofdelijk aansprakelijk zijn. De (onrechtmatige) gedragingen van BGL en NPL en de holding zijn niet te scheiden.

10 Besluit tot publicatie

76. Het college publiceert sinds 1999 openbare versies van zijn (handhavings)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.²⁶ 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.²⁷ 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.
77. 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 BGL en NPL en de holding is vastgesteld dat deze in strijd hebben gehandeld met het in artikel 11.7, twaalfde lid, Tw bepaalde en dat aan beide sancties zijn 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.
78. Daarnaast is het ook in het belang van marktpartijen om kennis te nemen van de ten aanzien van andere marktdeelnemers genomen (sanctie)besluiten. Marktpartijen die ook van telemarketing gebruik maken, zowel adverteerders als callcenters, komen zo te weten dat er ter bescherming van hun belang is opgetreden. Ook gaat er een algemeen preventief effect van uit richting potentiële andere overtreders evenals een preventief effect richting de overtreder zelf, die hierdoor meer geprikkeld zal worden om herhaling in de toekomst te voorkomen. Deze belangen dienen naar het oordeel van het college zwaarder te wegen dan het belang van BGL en NPL en de holding. Van overige belangen of omstandigheden, op grond waarvan zou moeten worden afgezien van publicatie, is het college niet gebleken.

²⁶ Beleidsregels openbaarmaking OPTA van 1 april 2009, *Stcrt* 2009, nr. 63, tevens gepubliceerd op www.opta.nl.

²⁷ www.rechtspraak.nl, LJN:BO3468; AB 2010, 319 en JB 2010, 276.

Besluit Openbaar

11 Dictum

79. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit:

a) stelt vast dat BankGiro Loterij N.V. artikel 11.7, twaalfde lid, van de Telecommunicatiewet heeft overtreden doordat zij in de periode 1 oktober 2009 tot 1 november 2009 276.226 keer het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR niet heeft aangeboden, dan wel laten aanbieden, waar dat wel had moeten.

b) rekent de onder a) bedoelde overtredingen toe, maar niet volledig, aan BankGiro Loterij N.V. en aan de Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V.

c) stelt vast dat Nationale Postcode Loterij N.V. artikel 11.7, twaalfde lid, van de Telecommunicatiewet heeft overtreden doordat zij in de periode 1 oktober 2009 tot 1 november 2009 73.827 keer het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR niet heeft aangeboden, dan wel laten aanbieden, waar dat wel had moeten.

d) rekent de onder c) bedoelde overtredingen toe, maar niet volledig, aan Nationale Postcode Loterij N.V. en aan de Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V.

80. Op grond van het bovenstaande legt het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit aan BankGiro Loterij N.V. en de Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V. gezamenlijk de navolgende boete op:

- Een boete van in totaal € 100.000 voor de overtreding genoemd in randnummer 79, sub a).

81. Op grond van het bovenstaande legt het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit aan Nationale Postcode Loterij N.V. en de Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V. gezamenlijk de navolgende boete op:

- Een boete van in totaal € 60.000 voor de overtreding genoemd in randnummer 79, sub c).

82. De hierboven in randnummers 80 en 81 vastgestelde boetes dienen 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.

Besluit Openbaar

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

(w.g.) mr. C.A. Fonteyn, Voorzitter van het college

Bezwaar

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

*Het postadres is:
College van de OPTA
Postbus 90420
2509 LK Den Haag*

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

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