

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/COL/2011/202690

Zaaknummer: 11.0089.37.1.01

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit inzake het bezwaarschrift van Sell-it CV tegen zijn besluit van 30 juni 2011 tot oplegging van boetes voor het overtreden van de telemarketingregels zoals die in artikel 11.7, van de Telecommunicatiewet zijn opgenomen.

1 Samenvatting

1. Op 30 juni 2011 heeft het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) een besluit genomen waarin aan de rechtspersoon Sell-it CV, [A] en [B] (hierna gezamenlijk aan te duiden als: Sell-it) gezamenlijk boetes zijn opgelegd wegens overtreding van artikel 11.7, negende en tiende lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw), in samenhang gelezen met artikel 11.7, vijfde lid, Tw, en artikel 11.7, dertiende lid, Tw, in samenhang gelezen met artikel 14, eerste lid, van het Besluit bel-me-niet-register (hierna: Besluit BMNR).
2. Sell-it heeft op 7 september 2011 bezwaar gemaakt tegen dit besluit. Het college verklaart in dit besluit de bezwaren van Sell-it ongegrond.

2 Verloop van de procedure

3. Het college heeft vanaf 1 oktober 2009 via ConsuWijzer klachten ontvangen van consumenten over de telefonische verkoop van de Hotelgoldcard. Deze klachten zijn voor het college een signaal geweest om een onderzoek te starten naar de telemarketingactiviteiten waarbij de Hotelgoldcard wordt aangeboden. Gedurende het onderzoek is gebleken dat onder meer Sell-it de Hotelgoldcard via telemarketing heeft aangeboden.¹
4. Op 7 april 2011 heeft een toezichthoudend ambtenaar van het college (hierna: de rapporteur) een onderzoeksrapport inzake telemarketingactiviteiten aan Sell-it verstuurd.² Bij besluit van 30 juni 2011 (hierna: het boetebesluit) heeft het college aan Sell-it boetes opgelegd wegens het overtreden van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw, en artikel 11.7, dertiende lid, Tw, in samenhang met artikel 14, eerste lid, Besluit BMNR.³

¹ Uit het onderzoeksrapport blijkt dat ook [C] sinds 4 januari 2010 de Hotelgoldcard middels telemarketing aanbiedt, omdat dit buiten de onderzoeksperiode ligt, is deze partij niet verder betrokken in het onderzoek. Zie onderzoeksrapport, randnummer 4.

² OPTA/ACNB/2011/200833.

³ OPTA/ACNB/2011/201360.

Besluit Openbaar

5. Bij brief van 2 augustus 2011 heeft Sell-it bezwaar ingediend tegen het boetebesluit.⁴ Bij brief van 5 augustus 2011 heeft het college Sell-it in de gelegenheid gesteld de gronden van haar bezwaar aan te vullen.⁵ Bij brief van 7 september 2011 (hierna: het bezwaarschrift) heeft Sell-it de gronden van haar bezwaar aangevuld.⁶
6. Bij brief van 15 september 2011 heeft het college Sell-it uitgenodigd om haar zienswijze mondeling naar voren te brengen tijdens een hoorzitting in de zin van artikel 7:2 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb).⁷
7. Bij brief van 23 september 2011 heeft het college de beslissing op bezwaar op grond van artikel 7:10, derde lid, Awb met zes weken verdaagd.⁸
8. Op 6 oktober 2011 heeft ten kantore van het college een hoorzitting plaatsgevonden waarin Sell-it in de gelegenheid is gesteld haar bezwaar mondeling toe te lichten. Van de hoorzitting is een woordelijk verslag gemaakt. Dit verslag is als bijlage bij dit besluit toegevoegd.

3 Het bestreden besluit

3.1 Inhoud van het besluit

9. Het college heeft in het bestreden besluit een aantal overtredingen vastgesteld, waarvoor hij boetes heeft opgelegd. De boetes zijn gezamenlijk opgelegd aan de rechtspersoon Sell-it CV, en haar feitelijk leidinggevenden [A] en [B]. Voor de opgelegde boetes zijn zij hoofdelijk aansprakelijk.
10. De gedragingen van Sell-it, die in het bestreden besluit als overtredingen zijn gekwalificeerd, hebben betrekking op de naleving van de telemarketingregels. Het college heeft vastgesteld dat Sell-it artikel 11.7, negende en tiende lid, Tw, in samenhang gelezen met artikel 11.7, vijfde lid, Tw, heeft overtreden, doordat zij in de periode 1 oktober 2009 tot en met 31 december 2009 abonnees ongevraagd telefonisch heeft benaderd, dan wel heeft laten benaderen, terwijl deze abonnees stonden ingeschreven in het Bel-me-niet-register (hierna: BMNR). Daarnaast heeft Sell-it de belbestanden, die zij gebruikte voor de telefonische verkoop van de Hotelgoldcard, niet of niet juist ontdubbeld met het BMNR.
11. Het college heeft daarnaast vastgesteld dat Sell-it artikel 11.7, dertiende lid, Tw, in samenhang gelezen met artikel 14, eerste lid, Besluit BMNR heeft overtreden. Sell-it heeft in de periode 1 oktober 2009 tot en met 31 december 2009 abonnees, die telefonisch te kennen hebben gegeven dat zij opgenomen wilden worden in het BMNR, niet tijdig aangeboden aan het BMNR.

⁴ Kenmerk Sell-it/OPTA (1000301).

⁵ OPTA/ACNB/2011/201751.

⁶ Kenmerk 1000301.

⁷ OPTA/ACNB/2011/202153.

⁸ OPTA/ACNB/2011/202240.

Besluit Openbaar

12. Met het bestreden besluit heeft het college in totaal een bedrag van € 15.000 aan boetes opgelegd aan Sell-it, bestaande uit:
 - a. een boete van € 10.000 voor de geconstateerde van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen met artikel 11.7, vijfde lid, Tw;
 - b. een boete van € 5.000 voor de geconstateerde van artikel 11.7, dertiende lid, Tw, in samenhang gelezen met artikel 14, eerste lid, Besluit BMNR.

3.2 Herstel van het primaire besluit

13. In haar bezwaarschrift heeft Sell-it gesteld dat het college onterecht Hotel Express International heeft aangemerkt als de partij die de Hotelgoldcard uitgeeft. De Hotelgoldcard wordt niet door deze partij uitgegeven, maar door Hotel Gold Card AG.⁹ Het college erkent deze vergissing. Het college is van oordeel dat deze vergissing verder geen materiële invloed heeft op haar primaire besluit.
14. Verder herstelt het college ambtshalve een kennelijke verschrijving in het primaire besluit. Op een aantal plaatsen in het primaire besluit¹⁰ heeft hij verwezen naar artikel 11.7, twaalfde lid, Tw. Het college bedoelde te verwijzen naar artikel 11.7, dertiende lid, Tw. In de voorgaande randnummers van het primaire besluit heeft het college wel naar het juiste lid verwezen. Uit het bezwaar van Sell-it blijkt dat zij heeft begrepen dat het hier om een kennelijke verschrijving ging, of dat zij in ieder geval het besluit begrepen heeft zoals dat oorspronkelijk door het college bedoeld was, nu zij in haar bezwaarschrift steeds is uitgegaan van artikel 11.7, dertiende lid, Tw. Sell-it is hierdoor kennelijk niet geschaad in haar procesbelang.

4 Bezwaren

15. Kort en zakelijk weergegeven voert Sell-it de volgende bezwaren aan. Allereerst voert Sell-it aan dat zij begin oktober 2009 een belbestand heeft overgenomen van Stichting Kinderthuis Afrika (hierna: SKA), van wie Sell-it de Hotelgoldcard afneemt. Sell-it is van mening dat zij er terecht vanuit is gegaan dat zij dit belbestand kon gebruiken zonder deze te ontdebellen met het BMNR. Volgens Sell-it hoefde zij het belbestand niet te ontdebellen, omdat de telefoonnummers zouden zijn voortgekomen uit vroegere klantrelaties van SKA. Sell-it is daarom er vanuit gegaan dat dit belbestand onder de uitzondering van artikel 11.7, elfde lid, Tw, viel.

⁹ Zie bezwaarschrift, randnummers 3 en 15 tm 17.

¹⁰ Namelijk: randnummers 116, 123, 125, 126, 128, 129, 130, 137, 140, 142, 144

Besluit Openbaar

16. Sell-it is van mening dat het college zich ten onrechte heeft gefocust op de fysieke kaart bij de beoordeling of er sprake was van eigen contacten. Volgens Sell-it had het college zich moeten concentreren op de dienst die achter deze kaart hing, want de fysieke kaart zou slechts de belichaming zijn van de overeenkomst die tot stand komt tussen Hotel Gold Card AG en de consument op het moment dat deze de algemene voorwaarden accepteert bij het activeren van de Hotelgoldcard. Sell-it is van mening dat het college door de gemaakte afspraken en de gekozen juridische constructie heen had moeten kijken. Het college had moeten concluderen dat er in feite sprake was van een distributieovereenkomst. Dit zou ook moeten blijken uit het feit dat gebruikers bij verlenging van de Hotelgoldcard het lidmaatschapsgeld direct aan Hotel Gold Card AG dienen te voldoen, hetgeen in de ogen van Sell-it eveneens betekent dat daadwerkelijk sprake was van eigen klanten in het belbestand dat gebruikt werd in oktober en begin november 2009.
17. Ook stelt Sell-it dat het college had moeten bewijzen dat dit belbestand niet uit bestaande klanten van SKA bestond. Het is volgens Sell-it niet aan haar om aan te tonen dat deze abonnees ook daadwerkelijk onder de uitzondering van artikel 11.7, elfde lid, Tw, vallen.
18. Voor het overgebleven aantal dubbelingen is Sell-it van mening dat dit aantal dusdanig laag is dat er nauwelijks nog sprake is van een boetewaardige overtreding. Dit geldt volgens Sell-it nog meer omdat vervuiling onvermijdelijk is. Een belbestand mag vier weken gebruikt worden en het duurt twaalf werkdagen voordat de contactgegevens van een abonnee verwerkt zijn in het BMNR. Ook is Sell-it van mening dat het college slechts de bereikte abonnees in aanmerking had mogen nemen, nu abonnees die de telefoon niet hebben opgenomen geen hinder hebben ondervonden van de telefonische verkoop. Er is dan immers geen sprake van tweeweg-communicatie.
19. De tweede overtreding gaat over het niet tijdig aanbieden van de contactgegevens aan het BMNR van abonnees die daar tijdens de verkoopgesprekken om gevraagd hadden. Sell-it is van mening dat deze overtreding haar niet volledig te verwijten is, omdat zij niet tijdig de slotbestanden heeft ontvangen van de door haar ingeschakelde callcenters. Daarom heeft zij niet met opzet artikel 11.7, dertiende lid, Tw, in samenhang gelezen met artikel 14, eerste lid, Besluit BMNR overtreden. Ook benadrukt Sell-it dat het college onvoldoende rekening heeft gehouden met de acties die zij heeft ondernomen om wel aan de regelgeving te voldoen.
20. Ook in het geval er wel sprake zou zijn van overtredingen van de Tw, is Sell-it van mening dat de overtredingen haar niet verweten mogen worden nu de regelgeving op 1 oktober 2009 van kracht is geworden en het college direct na deze datum handhavend heeft opgetreden. Het college had in de ogen van Sell-it met een coulanceperiode rekening moeten houden.
21. Sell-it heeft tot slot op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb om vergoeding van de kosten van externe professionele rechtsbijstand verzocht.

Besluit Openbaar

5 Feiten

5.1 Het BMNR

22. Vóór 1 oktober 2009 konden abonnees zich inschrijven bij het toenmalige Infofilter van Stichting Infofilter om aan te geven dat zij niet meer ongevraagd gebeld wilden worden door bedrijven en organisaties, en/of geen ongevraagde post meer wilden ontvangen van bedrijven en organisaties. Infofilter was een zelfreguleringsinitiatief van de direct-marketingbranche.
23. Op 1 oktober 2009 is het BMNR in werking getreden. Bedrijven en organisaties die ongevraagd telefonisch abonnees benaderen moeten sindsdien het BMNR raadplegen voordat zij abonnees bellen. Abonnees die met hun telefoonnummers in het BMNR zijn opgenomen mogen niet ongevraagd voor telemarketingdoeleinden gebeld worden. Stichting Infofilter is door de staatssecretaris van (destijds) Economische Zaken aangewezen als beheerder van het BMNR.
24. Bedrijven en organisaties die toegang willen hebben tot het BMNR moeten zich laten registreren bij het BMNR. Na registratie kan een bedrijf of organisatie tegen betaling licenties aanvragen. Er zijn drie typen licenties:
 - a. met een downloadlicentie kan een bedrijf of organisatie het totale blokkadebestand van het BMNR downloaden en de belbestanden zelf opschonen (ontdubbelen);
 - b. met een markeerlicentie kan een bedrijf of organisatie belbestanden uploaden en door het BMNR laten ontdubbelen met het totale blokkadebestand van het BMNR;
 - c. met een uploadlicentie kan een bedrijf of organisatie de contactgegevens van abonnees die opgenomen willen worden in het BMNR doorgeven aan het BMNR, zodat zij niet meer gebeld worden door bedrijven en organisaties.

5.2 Telemarketingactiviteiten Sell-it

25. De Hotelgoldcard wordt uitgegeven door het Zwitserse Hotel Gold Card AG. De kaart geeft de gebruiker recht op een gratis overnachting in de aangesloten hotels. De gebruiker dient hierbij een minimaal bedrag te besteden aan ontbijt en diner in het betreffende hotel. Voor de Hotelgoldcard moet de gebruiker jaarlijkse contributie betalen.
26. Voor de verkoop van de Hotelgoldcard heeft Sell-it met SKA een overeenkomst gesloten, waarin staat dat Sell-it de gehele campagne zou verzorgen. Sell-it is verantwoordelijk voor het op naam stellen en het uitleveren van verkochte Hotelgoldcards. Daarvoor heeft Sell-it de kaarten op voorraad genomen tegen betaling van een zeker bedrag per kaart. Bij de verkoop van een Hotelgoldcard incasseert Sell-it de verkoopprijs bij de gebruiker.
27. Voor de verkoop van de Hotelgoldcards heeft Sell-it in de periode van 1 oktober tot en met 31 december 2009 contracten met vijf callcenters gesloten. Sell-it verzorgde trainingen bij de callcenters en leverde verkoopscripts en belbestanden aan.

Besluit Openbaar

28. Voor het naleven van de telemarketingregels heeft Sell-it contractuele afspraken gemaakt met de callcenters.

6 Juridisch Kader

6.1 Ten aanzien van de overtreding

29. Artikel 11.7, eerste lid, Tw, luidt:
“Het gebruik van automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden aan abonnees is uitsluitend toegestaan, mits de verzender kan aantonen dat de desbetreffende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend, onverminderd hetgeen is bepaald in het tweede en derde lid.”
30. Artikel 11.7, vijfde lid, Tw, luidt:
“Het gebruik van andere dan de in het eerste lid bedoelde middelen voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden aan abonnees is toegestaan met inachtneming van het bepaalde in het zesde tot en met twaalfde lid, tenzij de abonnee op de in het zesde lid bedoelde wijze dan wel anderszins te kennen heeft gegeven dat hij de ongevraagde communicatie niet wenst te ontvangen.”
31. Artikel 11.7, negende lid, Tw, luidt:
“Het is verboden om communicatie als bedoeld in het vijfde lid over te brengen aan een abonnee die door opname van zijn contactgegevens in het register te kennen heeft gegeven deze ongevraagde communicatie niet te willen ontvangen.”
32. Artikel 11.7, tiende lid, Tw, luidt:
“Degene die communicatie als bedoeld in het vijfde lid overbrengt, gebruikt voor het overbrengen van ongevraagde communicatie uitsluitend bestanden waaruit de contactgegevens die in het register zijn opgenomen, zijn geblokkeerd of verwijderd.”
33. Artikel 11.7, elfde lid, Tw, luidt:
“Het negende en tiende lid zijn niet van toepassing op het overbrengen van communicatie als bedoeld in het vijfde lid voor zover de contactgegevens zijn verkregen in het kader van de verkoop van een product of dienst of in het kader van schenking aan een ideële of charitatieve organisatie en deze worden gebruikt voor het overbrengen van communicatie als bedoeld in het vijfde lid met betrekking tot eigen gelijksoortige producten of diensten of schenkingen aan de ideële of charitatieve organisatie.”

Besluit Openbaar

34. Artikel 11.7, twaalfde lid, Tw, luidt:

“Tijdens elk 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 abonnees 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.

35. Artikel 11.7, dertiende lid, Tw, luidt:

“Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld ten aanzien van:

- a. het blokkeren of verwijderen van contactgegevens van abonnees uit bestanden die gebruikt worden om communicatie over te brengen als bedoeld in het vijfde lid, het beschikbaar stellen van contactgegevens van abonnees uit het register en de periode gedurende welke de bestanden bewaard blijven en gebruikt kunnen worden;
- b. de taken, inrichting en verantwoording van de beheerder van het register;
- c. de toegang tot het register alsmede de inrichting en het gebruik van het register;
- d. de mogelijkheid van verzet als bedoeld in het twaalfde lid;
- e. de mogelijkheid van onmiddellijke opname in het register als bedoeld in het twaalfde lid.”

36. 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.”

37. 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.”

38. 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.”

39. Artikel 14, eerste lid Besluit BMNR luidt:

“Indien de abonnee bij degene die de communicatie als bedoeld in artikel 11.7, vijfde lid, Tw, overbrengt, heeft aangegeven dat hij in het register opgenomen wil worden, worden de gegevens, bedoeld in artikel 15, eerste en tweede lid, zo snel mogelijk, doch ten hoogste binnen tien werkdagen bij het register aangeboden”.

Besluit Openbaar

40. Artikel 15, eerste en tweede lid, Besluit BMNR luidt:

“1. In het register worden, ongeacht de wijze waarop en de vraag door wie de gegevens worden opgegeven ter opname in het register, over een abonnee ten minste de volgende gegevens opgenomen:

- a. het telefoonnummer;
- b. de vier cijfers van de postcode;
- c. het huisnummer; en
- d. de datum en het tijdstip van inschrijving.

2. Indien de gegevens van de abonnee door degene die de communicatie als bedoeld in artikel 11.7, vijfde lid, van de wet, overbrengt, worden opgegeven ter opname in het register, worden naast de gegevens, bedoeld in het eerste lid, over een abonnee eveneens opgenomen:

- a. de naam;
- b. het volledig adres;
- c. de woonplaats; en
- d. gegevens ter identificatie van degenen die de opgave heeft verricht.”

6.2 Ten aanzien van de bevoegdheid

41. Artikel 15.1, derde lid, Tw, luidt:

“Met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens andere bepalingen van deze wet dan bedoeld in het eerste en tweede lid zijn belast de bij besluit van het college aangewezen ambtenaren.”¹¹

42. Artikel 15.4, vierde lid, Tw, voor zover relevant, luidt:

“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.”

43. Artikel 5:48, eerste lid, Awb luidt:

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

44. 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.”

¹¹ Zie ook: Besluit aanwijzing toezichthoudende ambtenaren OPTA 2009, Staatcourant 2009, nr. 72.

Besluit Openbaar

45. Artikel 5:41 Awb luidt:
“Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten.”
46. Artikel 5:46, tweede lid, Awb, voor zover relevant, luidt:
“2. Tenzij de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, stemt het bestuursorgaan de bestuurlijke boete af op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.”
47. Artikel 7:2 Awb luidt:
“1. Voordat een bestuursorgaan op het bezwaar beslist, stelt het belanghebbenden in de gelegenheid te worden gehoord.

2. Het bestuursorgaan stelt daarvan in ieder geval de indiener van het bezwaarschrift op de hoogte alsmede de belanghebbenden die bij de voorbereiding van het besluit hun zienswijze naar voren hebben gebracht.”
48. Artikel 7:10, derde lid, Awb luidt:
“3. Het bestuursorgaan kan de beslissing voor ten hoogste zes weken verdagen.”

6.3 Ten aanzien van de openbaarmaking

49. Op grond van artikel 8 van de 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.
50. Het verstrekken van informatie ingevolge de Wob blijft op grond van artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob achterwege indien de informatie bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.
51. Ingevolge artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, van de Wob blijft openbaarmaking achterwege indien het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.
52. Op grond van artikel 18.7, vijfde lid, van de 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

Besluit Openbaar

en met 9 en 11 van de Tw, opgelegde verplichtingen. Van gegevens als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel c, van de Wob wordt geen mededeling gedaan.

7 Overwegingen

7.1 Ten aanzien van de overtreding van artikel 11.7, negende en tiende lid, Tw, in samenhang gelezen met artikel 11.7, vijfde lid, Tw

53. Kort en zakelijk weergegeven geeft Sell-it in haar bezwaarschrift aan dat er sprake was van een distributieketen die het mogelijk maakte dat Sell-it kon handelen in opdracht en naam van SKA. Omdat Sell-it handelde in opdracht en naam van SKA, kon Sell-it gebruik maken van de belbestanden van SKA. Immers zou de uitzondering van artikel 11.7, elfde lid, Tw, dan van toepassing zijn.
54. Het college zal hierna ingaan op de onderdelen van dit bezwaarschrift die betrekking hebben op artikel 11.7, negende en tiende lid, Tw, in samenhang gelezen met artikel 11.7, vijfde lid, Tw. Eerst komen zijn overwegingen voor de distributieketen en het handelen in opdracht aan bod in onderdeel 7.1.1. Over het van toepassing zijn van de uitzondering van artikel 11.7, elfde lid, Tw, wordt in onderdeel 7.1.2 zijn oordeel gegeven. In onderdeel 7.1.3 wordt ingegaan op de ingekochte belbestanden.

7.1.1 De distributieketen en het handelen in opdracht

55. Sell-it geeft in haar bezwaarschrift aan dat Sell-it en SKA met de door hen gemaakte afspraken eigenlijk hadden bedoeld dat Sell-it in opdracht en voor rekening van SKA zou handelen. Uit onwetendheid zouden Sell-it en SKA hun onderlinge rechtsverhouding verkeerd hebben vormgegeven in de overeenkomst die hun samenwerking invult.¹²
56. Daarbij geeft Sell-it in haar bezwaarschrift aan dat het college ten onrechte geconcludeerd heeft dat Sell-it en SKA de Hotelgoldcard aan elkaar doorverkochten.¹³ Sell-it is van mening dat het plastic kaartje eigenlijk alleen maar de belichaming is van de contractuele relatie tussen de gebruiker en Hotel Gold Card AG.¹⁴ Die relatie zou verder ook blijken uit de aanvaarding van de algemene voorwaarden van Hotel Gold Card AG door de gebruiker van de kaart. Dat er desondanks sprake is van geld- en goederenstromen tussen Sell-it en SKA verklaart Sell-it door er op te wijzen dat de betalingen tussen de schakels van de distributieketen het doel hadden borg te stellen voor de voorraad blanco kaarten.¹⁵ Ook zou daarmee de aanbrengvergoeding te verrekenen zijn geweest. De vergoeding bestond uit het verschil tussen inkoopprijs en

¹² Zie bezwaarschrift, randnummer 26 tot en met 29.

¹³ Zie bezwaarschrift, randnummer 18.

¹⁴ Zie bezwaarschrift, randnummer 21.

¹⁵ Zie bezwaarschrift, randnummer 24.

Besluit Openbaar

verkoopprijs.¹⁶ Tijdens de hoorzitting van 6 oktober 2011 heeft Sell-it haar bezwaar ten aanzien van dit punt met dezelfde strekking herhaald.¹⁷

57. Het college overweegt dat door het accepteren van de algemene voorwaarden door de gebruiker een overeenkomst ontstaat tussen Hotel Gold Card AG en de gebruiker van de Hotelgoldcard. De overeenkomst bestaan eruit dat Hotel Gold Card AG toegang tot hotelovernachtingen tegen bepaalde voorwaarden aan de gebruiker van de Hotelgoldcard verzorgt, en de gebruiker van de Hotelgoldcard kan gebruik maken van de kaart volgens diezelfde algemene voorwaarden.
58. Vervolgens overweegt het college dat het tot stand komen van de overeenkomst tussen de gebruiker en Hotel Gold Card AG alleen te maken heeft met hun onderlinge rechtsverhouding in het kader van het *gebruik* van de Hotelgoldcard.
59. Het college merkt op dat het gebruik van de diensten die Hotel Gold Card AG levert in het kader van Hotelgoldcard alleen toegankelijk is voor de geregistreerde gebruiker van de Hotelgoldcard. Maar, anders dan het bezwaarschrift stelt, is het juist wel belangrijk dat de *toegang* tot de dienstverlening van Hotel Gold Card AG beschikbaar is gemaakt in een goed, in dit geval de Hotelgoldcard. Daarmee verkrijgt de Hotelgoldcard een los verhandelbare waarde, namelijk de toegang tot de achterliggende dienstverlening. Omdat de Hotelgoldcard deze waarde heeft kan de kaart op de gebruikelijke manier van koop en verkoop worden overgedragen.
60. Het college concludeert daarmee dat het verhandelen van het goed en het leveren van de achterliggende dienstverlening twee afzonderlijke overeenkomsten betreft. Elke overeenkomst kent zijn eigen rechtsverhouding en betrokkenen. Het zelfstandig verhandelen van de Hotelgoldcard is dus wel degelijk mogelijk.
61. Naar het oordeel van het college is hetgeen hij geconcludeerd heeft in randnummer 60 ook zichtbaar in dit geval. Uit het onderzoek blijkt dat de verplichting voor de gebruiker tot betaling aan Sell-it voor de Hotelgoldcard meteen tot stand komt op het moment dat Sell-it telefonisch de overeenkomst met de gebruiker sluit. De overeenkomst tussen de gebruiker en Hotel Gold Card AG komt pas tot stand op het moment dat de gebruiker de algemene voorwaarden aanvaardt en de kaart activeert.
62. Het betoog van Sell-it, zoals weergegeven in randnummers 55 en 56, gaat over de onderlinge relatie met SKA en het distributiemodel. De onderlinge verhouding die Sell-it heeft geschetst, komt niet overeen met dat wat door het college is vastgesteld in de onderzoeksperiode en in de procedure naar het primaire besluit. Sell-it geeft in haar bezwaarschrift deze afwijking toe. Sell-it zegt dat dit komt door haar eigen onvermogen om de situatie en de rechtsverhoudingen juridisch

¹⁶ Idem.

¹⁷ Zie pleitaantekeningen van de gemachtigde, randnummer 2, alsmede het verslag van de hoorzitting.

Besluit Openbaar

op de juiste wijze te begrijpen.¹⁸ Voor zover van belang overweegt het college dat dit voor rekening van Sell-it komt.

63. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat Sell-it voor eigen rekening en risico de Hotelgoldcards inkocht en verkocht aan de consument.¹⁹ Het onderzoeksrapport baseert zich daarbij op het gespreksverslag²⁰ van de hoorzitting van 12 maart 2010. Bij die hoorzitting waren zowel Sell-it als SKA aanwezig.
64. In het feitencomplex heeft de rapporteur de rechtsverhouding uiteengezet.²¹ Daaruit blijkt dat Sell-it voor eigen rekening en risico de kaarten verkocht. Sell-it heeft deze weergave in haar reactie op het feitencomplex niet bestreden. In de reactie op het feitencomplex heeft [B] namens Sell-it ook gezegd dat: “De kaart wordt onder andere verkocht aan de wederverkopers Sell-it en [C].”²²; en “Sell-it rekent de verkochte kaarten af bij Stichting Kindertehuis Afrika.”²³
65. Sell-it heeft wel al eerder aangegeven dat zij niet aangemerkt kan worden als adverteerder, omdat er een overeenkomst tot stand komt tussen de gebruiker en Hotel Gold Card AG.²⁴
66. Voor het deel van het bezwaarschrift zoals dat is samengevat in randnummer 55 en 56, concludeert het college dat de uitleg, die daar wordt gegeven aan de situatie, niet overeenkomt met dat wat eerder door hem is vastgesteld. Er zijn daarnaast geen objectieve argumenten gepresenteerd in het bezwaarschrift die het college zouden moeten overtuigen dat de gang van zaken daadwerkelijk zo was beoogd en uitvoering heeft gehad.
67. Alleen als het inderdaad zo is dat de rechtsverhouding tussen partijen juridisch zou *moeten* bestaan uit een rechtsverhouding waarin Sell-it zou handelen voor rekening en risico van SKA zou het bezwaar van Sell-it zoals nu naar voren gebracht mogelijk slagen.
68. Daarmee komt het college tot het oordeel dat de conclusies uit het bezwaarschrift niet gedragen kunnen worden door de feiten en omstandigheden die in deze procedure bekend zijn geworden. Een overtuigend argument dat hij de situatie anders had moeten beoordelen ontbreekt. Daarom handhaaft college zijn standpunt in het primaire besluit. Het college concludeert dat hij er op juiste gronden van uit is gegaan dat Sell-it in het kader van het vermarkten van de Hotelgoldcard voor eigen rekening en risico handelde, en niet in opdracht van SKA.

¹⁸ Zie bezwaarschrift, randnummer 27 en 28.

¹⁹ Zie onderzoeksrapport, randnummers 33 tot en met 41.

²⁰ Zie bijlage 9 bij het onderzoeksrapport, p. 3 en 4.

²¹ Zie bijlage 10 bij het onderzoeksrapport, randnummer 3.

²² Zie bijlage 11 bij het onderzoeksrapport, randnummer 1.2.

²³ Zie bijlage 11 bij het onderzoeksrapport, randnummer 1.3.

²⁴ Zie bijlage 11 bij het onderzoeksrapport, randnummer 5.22.

Besluit Openbaar

7.1.2 Klantrelaties in het belbestand

69. In het bestreden besluit heeft het college al benadrukt dat de uitzondering van artikel 11.7, elfde lid, Tw, stelt dat het BMNR niet hoeft worden geraadpleegd voor het ongevraagd telefonisch benaderen van abonnees, als er contactgegevens gebruikt worden die zijn verkregen in het kader van de verkoop van een product of dienst, en die contactgegevens worden gebruikt voor het overbrengen van ongevraagde communicatie met betrekking tot eigen gelijksoortige producten of diensten.
70. Het college benadrukt hierbij dat de uitzonderingsgrond van artikel 11.7, elfde lid, Tw, alleen van toepassing is op eigen producten of diensten van dezelfde organisatie, oftewel dezelfde rechtspersoon die de contactgegevens van de abonnee heeft verkregen bij de verkoop van zijn dienst of product.²⁵
71. Het college heeft in onderdeel 7.1.1 geoordeeld dat Sell-it de Hotelgoldcard in eigen naam en voor eigen rekening verkocht. SKA heeft deze contactgegevens verkregen in het kader van verkoop van de Hotelgoldcard. Sell-it en SKA zijn niet aan te merken als dezelfde organisatie of rechtspersoon. Daarom is het college van oordeel dat artikel 11.7, elfde lid, Tw, niet van toepassing is op de contactgegevens die SKA heeft verkregen in het kader van verkoop van de Hotelgoldcard. Sell-it heeft ten onrechte het belbestand van SKA niet ontdebeld met het BMNR.
72. Daarnaast is het college van oordeel dat Sell-it niet of onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat het belbestand van SKA ook daadwerkelijk uit klantenrelaties van SKA bestond die zijn verkregen in het kader van de verkoop van een gelijksoortig product of dienst als de Hotelgoldcard.
73. Volgens het pleidooi van Sell-it is het aan het college om aan te tonen, dat er in alle gevallen geen sprake is van bestaande eigen klantrelaties. Het college deelt dit standpunt niet. Artikel 11.7, elfde lid, Tw, is een uitzondering op de hoofdregel van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen met artikel 11.7, vijfde lid, Tw.²⁶ De adverteerder en het callcenter zijn verantwoordelijk voor de naleving van de Tw, en het is aan hen om te stellen en aannemelijk te maken dat de uitzondering van artikel 11.7, elfde lid, Tw, van toepassing is.

²⁵ Het college heeft dit onlangs bevestigd in haar "Standpunt telemarketing 2011". <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=3476>.

²⁶ Zie pleitaantekeningen van de gemachtigde, p. 2.

Besluit Openbaar

74. Ten overvloede heeft het college reeds in het boetebesluit geconstateerd dat ook op het moment dat de contacten uit het overgenomen belbestand als eigen contacten zouden kunnen worden aangemerkt, dat Sell-it artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen met artikel 11.7, vijfde lid, Tw, heeft overtreden. Sell-it heeft niet gekeken wat de herkomst of de aard van de relaties was die zich in het betreffende belbestand bevonden.²⁷ Ook heeft Sell-it tot nu toe niet kunnen onderbouwen dat het ging om klantgegevens die daadwerkelijk zijn verkregen in het kader van de verkoop van een eigen gelijksoortig product of dienst.
75. Gelet op het bovenstaande concludeert het college dat Sell-it niet aannemelijk heeft gemaakt dat het van SKA gekregen belbestand bestond uit klantrelaties die SKA heeft verkregen in het kader van de verkoop van een eigen gelijksoortig product of dienst. De door Sell-it aangevoerde gronden treffen daarom op dit punt geen doel. Omdat Sell-it de bestanden niet heeft ontdebeld en geen beroep kan doen op artikel 11.7, elfde lid, Tw, heeft Sell-it artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen met artikel 11.7, vijfde lid, Tw, overtreden.

7.1.3 Ingekochte belbestanden

76. Vanaf 13 november 2009 heeft Sell-it bij derden ingekochte belbestanden gebruikt voor de verkoop van de Hotelgoldcard. Volgens Sell-it zijn deze belbestanden ontdebeld met het BMNR. Ondanks de ontdebelling met het BMNR zijn er volgens Sell-it telefoonnummers doorheen geglipt, omdat een ontdebeld belbestand vier weken gebruikt mag worden. Daarnaast kan het hooguit twaalf werkdagen duren voordat een abonnee is opgenomen in het BMNR, wanneer hij aangegeven heeft opgenomen te willen worden in het BMNR. Volgens Sell-it kunnen abonnees, die na ontdebelling opgenomen zijn in het BMNR, daarom nog steeds gebeld worden. Dit is volgens Sell-it onvermijdelijk en niet te wijten aan Sell-it.
77. Het college volgt de redenering en conclusie van Sell-it niet. Sell-it heeft een excelbestand (een belbestand) met telefoonnummers, die gebeld zijn door haar ingeschakelde callcenters, aangeleverd aan het college. De overtreding van artikel 11.7, negende en tiende lid in samenhang gelezen met artikel 11.7, vijfde lid, Tw, zijn door het college vastgesteld door deze aangeleverde belbestanden telkens vergeleken met oudere BMNR-bestanden dan de BMNR-bestanden die Sell-it had moeten gebruiken om haar belbestanden te ontdebelen.
78. Tijdens het onderzoek heeft de rapporteur de door Sell-it gebruikte belbestanden vergeleken met BMNR-bestanden van vier weken voor de beldatum van Sell-it. Zodoende zijn de telefoonnummers waarmee de rapporteur de gebruikte belbestanden van Sell-it heeft vergeleken, ten minste vier weken opgenomen in het BMNR en bevatte de BMNR-bestanden die de rapporteur heeft gebruikt dus geen nummers van abonnees die zich later hebben ingeschreven in het BMNR. Het college concludeert daarom dat door gebruik van deze onderzoeksmethode juist

²⁷ Zie boetebesluit, randnummer 73.

Besluit Openbaar

rekening is gehouden met artikel 13 van het Besluit BMNR, waarin staat dat een ontdubbeld bestand vier weken te gebruiken is.

79. Door de gebruikte belbestanden van Sell-it telkens naast een BMNR-bestand van vier weken eerder te leggen, kan het (oude) BMNR-bestand geen nieuwe abonnees bevatten. De telefoonnummers in de BMNR-bestanden waarmee de rapporteur de belbestanden van Sell-it heeft vergeleken, stonden immers al ten minste vier weken opgenomen in deze BMNR-bestanden. Voor wat betreft de onderzochte belbestanden van Sell-it zijn er geen abonnees - die pas na de ontdubbeling met het BMNR door Sell-it - in het BMNR hebben aangegeven geen ongevraagde telefonische communicatie te willen ontvangen, meegenomen bij de vaststelling van de overtreding.
80. Verder stelt Sell-it zich op het standpunt dat het college onterecht geen onderscheid maakt tussen 'gebelde' en 'bereikte' nummers. Sell-it is van mening dat de bedoeling van de telemarketingregels is dat ergernis bij de consumenten, die in het BMNR hebben aangegeven niet geconfronteerd willen worden met ongevraagde communicatie, wordt voorkomen. Het louter overgaan van de telefoon kan volgens Sell-it niet als communicatie worden gezien. Spraakverkeer via een telefoonnetwerk is volgens Sell-it altijd een telecommunicatie en daarvan is geen sprake als de telefoon aan de ander kant niet wordt opgenomen. Bovendien stelt Sell-it in haar bezwaarschrift dat bij het louter overgaan van de telefoon geen sprake kan zijn van ergernis.²⁸
81. Het college is van oordeel dat de doelstelling van de wetgever om consumentenirritatie te verminderen door telemarketing ook het juist ontdubbelen met het BMNR inhoudt. Het college is van oordeel dat in de belbestanden van Sell-it ook telefoonnummers van abonnees voorkomen die in het BMNR hebben aangegeven geen ongevraagde communicatie via de telefoon te willen ontvangen. Het gebruik van deze bestanden is op zichzelf al niet in overeenstemming is met de doelstelling van de wetgever. Hiermee heeft Sell-it artikel 11.7, tiende lid in samenhang gelezen met artikel 11.7, vijfde lid, Tw, overtreden.
82. Uit de wetsgeschiedenis komt naar voren dat het negende lid van artikel 11.7, Tw, is bedoeld als algemeen verbod en dat de verplichting in het tiende lid van artikel 11.7, Tw, als speciaal gebod dat het verbod in het negende lid aanvult. Het tiende lid van artikel 11.7, Tw, is beoogd de handhaafbaarheid van het verbod in het negende lid van artikel 11.7, Tw, te verbeteren.²⁹ Het college is daarom van oordeel het gebruik van belbestanden waarin telefoonnummers van abonnees voorkomen die in het BMNR hebben aangegeven geen ongevraagde communicatie via de telefoon te willen ontvangen in beginsel tot irritatie leidt. Ongeacht of aan de andere kant van de telefoon opgenomen wordt of niet. Bovendien is het college van oordeel dat Sell-it niet vooraf kan weten of de abonnee de telefoon zou opnemen of niet.

²⁸ Zie bezwaarschrift, randnummer 39.

²⁹ *Kamerstukken II 2007/08, 30661, nr. 8, p. 13.*

Besluit Openbaar

83. De wetgever heeft verder bepaald dat een partij reeds in overtreding is op het moment dat hij gebruik maakt van een belbestand dat niet is ontdebeld met het BMNR.³⁰ Het college is daarom van oordeel dat het niet vereist is dat (alle) abonnees in de belbestanden van Sell-it daadwerkelijk zijn bereikt om de overtreding van artikel 11.7, negende en tiende lid, Tw, in samenhang gelezen met artikel 11.7, vijfde lid, Tw, te kunnen vaststellen.
84. Tot slot stelt Sell-it zich op het standpunt dat niet Sell-it maar SKA de overtreder is van artikel 11.7, negende en tiende lid, Tw, in samenhang gelezen met artikel 11.7, vijfde lid, Tw. Het college deelt dit standpunt niet. Het college stelt vast dat niet SKA, maar Sell-it de opdrachtgever is van de ingeschakelde callcenters om het product Hotelgoldcard via de telefoon aan te bieden. In de wetgeschiedenis staat dat het negende en het tiende lid van artikel 11.7, Tw, zich zowel tot de opdrachtgever als degenen die de telefoongesprekken verrichten richten.

7.1.4 Conclusie ten aanzien van de overtreding van artikel 11.7, negende en tiende lid, Tw, in samenhang gelezen met artikel 11.7, vijfde lid, Tw

85. Gelet op hetgeen hierboven is aangevoerd, blijft het college bij zijn standpunt dat artikel 11.7, negende en tiende lid, Tw, in samenhang gelezen met artikel 11.7, vijfde lid, Tw, overtreden is door Sell-it. Het college acht het bezwaar van Sell-it op dit punt ongegrond.
86. Ten aanzien van het belbestand dat Sell-it van SKA heeft gekregen, is het college tot de conclusie gekomen dat Sell-it in eigen naam en voor eigen rekening- niet in opdracht van SKA - Hotelgoldcards via de telefoon heeft aangeboden. Artikel 11.7, elfde lid, Tw, is alleen van toepassing op het aanbieden van *eigen* vergelijkbare producten of diensten. De contactgegevens in het belbestand van SKA heeft Sell-it niet zelf verkregen in het kader van verkoop van de Hotelgoldcards. De contactgegevens in het belbestand van SKA heeft SKA verkregen in het kader van verkoop van Hotelgoldcards. Sell-it kan daarom geen beroep doen op artikel 11.7, elfde lid, Tw.
87. Ten aanzien van de ingekochte belbestanden is het college tot de conclusie gekomen dat Sell-it de belbestanden niet of niet goed heeft ontdebeld met het BMNR. Tijdens het onderzoek heeft de rapporteur rekening gehouden met artikel 13, eerste lid, Besluit BMNR. De belbestanden van Sell-it zijn telkens naast de BMNR-bestanden van vier weken eerder dan de beldatum van Sell-it gelegd. Daarom kunnen er geen telefoonnummers van abonnees meegenomen worden die pas na de beldatum van Sell-it in het BMNR hebben aangegeven dat zij geen ongevraagde communicatie via de telefoon te willen ontvangen.
88. Tot slot is het college van oordeel dat bij de vaststelling van de overtreding van artikel 11.7, negende en tiende lid, Tw, in samenhang gelezen met artikel 11.7, vijfde lid, Tw, niet vereist is dat (alle) abonnees in de belbestanden van Sell-it daadwerkelijk zijn bereikt.

³⁰ Kamerstukken II 2007/08, 30661, nr. 8, p. 7.

Besluit Openbaar

7.2 Ten aanzien van de overtreding van artikel 11.7, dertiende lid, Tw, in samenhang gelezen met artikel 14, eerste lid, Besluit bel-me-niet-register

7.2.1 Verwijtbaarheid van Sell-it ten aanzien van de nakoming van de verplichting in artikel 14, eerste lid, Besluit BMNR

89. Op grond van artikel 11.7, dertiende lid, Tw, in samenhang gelezen met artikel 14, eerste lid, Besluit BMNR moeten de contactgegevens van een abonnee, die tijdens het telemarketinggesprek heeft aangegeven opgenomen te willen worden in het BMNR, binnen tien werkdagen bij het BMNR aangeboden worden. Dit wordt ook het 'uploaden' genoemd.
90. Het college heeft vastgesteld dat Sell-it niet aan de verplichting van artikel 14, eerste lid, Besluit BMNR heeft voldaan. Sell-it heeft dit oordeel niet betwist. Sell-it is van mening dat deze overtreding haar niet te verwijten is.
91. Sell-it wijst hiervoor naar de contractuele afspraken die zijn gemaakt met de callcenters. Volgens Sell-it is zij met de callcenters overeengekomen dat de callcenters verantwoordelijk zijn voor het uploaden. Hiermee heeft Sell-it beoogd om aan de regelgeving te voldoen. Daarnaast heeft Sell-it in de beginperiode viermaal geprobeerd bestanden te uploaden naar het BMNR. Omdat de ingeschakelde callcenters niet tijdig de 'slotbestanden' aan Sell-it hebben aangeleverd, kon zij niet tijdig de bestanden uploaden naar het BMNR. Bij twee callcenters in het buitenland geeft Sell-it aan niet de mogelijkheid te hebben om de slotbestanden zelf op te halen. Sell-it heeft alleen de mogelijkheid de factuur niet te betalen. Volgens Sell-it is dit het enige drukmiddel en dat heeft Sell-it al ingezet.
92. Het college is van oordeel dat de contractuele afspraken die zijn gemaakt door Sell-it met haar ingeschakelde callcenters over de wijze van uploaden, niets af doen aan de verantwoordelijkheid van Sell-it voor de naleving van de telemarketingregels.³¹
93. Volgens Sell-it hadden de door haar ingeschakelde callcenters niet tijdig de slotbestanden aangeleverd bij Sell-it, waardoor Sell-it niet binnen de gestelde termijn in artikel 14, eerste lid, Besluit BMNR de contactgegevens van abonnees kon uploaden naar het BMNR. Het is het college niet gebleken dat Sell-it toen zij niet tijdig de slotbestanden van de callcenters had ontvangen, adequate maatregelen had getroffen om alsnog tijdig de abonnees in te laten schrijven in het BMNR. Dit heeft zij echter niet gedaan. Zij heeft onvoldoende ingegrepen om de overtreding te doen beëindigen.
94. Sell-it heeft er voor gekozen naast callcenters die in Nederland zijn gevestigd ook gebruik te maken van callcenters die in het buitenland zijn gevestigd. Dat er, volgens Sell-it vanwege de fysieke afstand, beperkingen zijn voor Sell-it om deze callcenters tot nakoming van de afspraken

³¹ Zie ook randnummer 104.

Besluit Openbaar

te dwingen, komt geheel voor rekening van Sell-it. Het bezwaar van Sell-it treft op dit punt geen doel.

7.2.2 Conclusie ten aanzien van de nakoming van de verplichting in artikel 14, eerste lid, Besluit BMNR

95. Het college handhaaft daarom zijn standpunt in het bestreden besluit ten aanzien van de verantwoordelijkheid van Sell-it voor het uploaden van contactgegevens van abonnees naar het BMNR. Sell-it is verantwoordelijk voor de naleving van artikel 11.7, dertiende lid, Tw, in samenhang gelezen met artikel 14, eerste lid, Besluit BMNR.

7.3 Ten aanzien van de hoogte van de boetes

7.3.1 Verwijtbaarheid en het beroep op een hardheidsclausule

96. Sell-it stelt dat het college ten onrechte onvoldoende rekening heeft gehouden met problemen die bij het inwerking treden van nieuwe wetgeving, in casu de uitbreiding van artikel 11.7 Tw, op 1 oktober 2009, verwacht mogen worden in de telemarketingsector. Volgens Sell-it had het college een coulanceperiode moeten aanhouden.
97. Ten aanzien van een coulanceperiode na 1 oktober 2009 is het college van oordeel dat, gezien de voorlichting door het college alsmede door de brancheorganisatie, het ministerie van EL&I en het BMNR zelf over de nieuwe wetgeving sinds begin 2009 de inwerkingtreding, werking en strekking van de aanvullende bepalingen in 11.7 Tw, genoegzaam bekend zijn gemaakt. Het college heeft eveneens een e-mailadres³² publiekelijk ter beschikking gesteld waar ondernemers met vragen over de nieuwe telemarketingregels terecht konden.
98. Tevens merkt het college op dat de wetgever ten aanzien van de ingangsdatum van 1 oktober 2009 geen overgangperiode heeft ingesteld. De aanvullende wetgeving is dus per 1 oktober 2009 in werking getreden.
99. Daarnaast overweegt het college dat eenieder wordt verondersteld de wet te kennen. Als de werking van een (nieuwe) bepaling voor een ondernemer, op wie de bepaling rechtstreeks van toepassing is, onvoldoende duidelijk is, ligt het op de weg van diegene om juridische advies ten aanzien van de werking van de bepaling in te winnen. Het college is van mening dat er geen bijzondere omstandigheden zijn geweest die een coulanceperiode noodzakelijk maken.
100. Sell-it stelt zich eveneens op het standpunt dat het onredelijk zou zijn 60 á 70 overtredingen (die zouden overblijven na het eventueel uitsluiten van de overtredingen die uit het vermeende 'bestand van SKA' voorkomen) aan te merken als overtreding. Dit 'geringe' aantal overtredingen

³²Namelijk: telemarketing@opta.nl.

Besluit Openbaar

zou materieel gezien niet als overtreding mogen gelden, eveneens in het licht van de overgang naar nieuwe wetgeving.

101. Het college overweegt dat niet zonder meer algemeen gesteld kan worden dat bij een aantal van 60 à 70 overtredingen materieel geen sprake zou zijn van een overtreding. De wetgever noch het college heeft een dergelijke grens gesteld. Daarbij is het college van oordeel dat hij in zijn boetebeleidsregels voldoende ruimte heeft gelaten voor de beoordeling van de omvang van de overtreding.

102. Ook is naar het oordeel van het college niet gebleken, dat de specifieke omstandigheden van het geval eraan in de weg staan om tot de conclusie te komen dat hier sprake is van een overtreding.

103. Uiteindelijk stelt Sell-it dat zij de nodige maatregelen heeft genomen om controle op de werkzaamheden van de door haar ingehuurde callcenters, voor zover binnen haar macht, te waarborgen. Ook dit feit is volgens Sell-it door het college onterecht niet meegewogen.

104. Ten aanzien van de controle op de door Sell-it ingeschakelde callcenters verwijst het college naar de volgende overweging van de Rechtbank van Rotterdam:

“De rechtbank merkt daarbij op dat het inschakelen van callcenters niets afdoet aan de verwijtbaarheid van eiseres. Dit ontslaat eiseres niet van haar eigen verantwoordelijkheid voor regelnaleving. Indien en voor zover eiseres zichzelf op grotere of kleinere afstand van haar afstandnemers heeft geplaatst, neemt zij het risico dat er onregelmatigheden kunnen plaatsvinden. Eiseres is opdrachtgever van het callcenter. Ten opzichte van potentiële cliënten treedt het callcenter op als gevolmachtigde van eiseres indien in het telefoongesprek een overeenkomst wordt gesloten.”³³

105. Hieruit concludeert het college dat het feit dat Sell-it een derde heeft ingeschakeld voor het (ongevraagd) benaderen van consumenten haar niet ontslaat van de verantwoordelijkheid dat deze benadering rechtmatig dient te geschieden. Met het inschakelen van callcenters komen de ondernemingsrisico's die dit mogelijk met zich meebrengt onveranderd voor rekening van Sell-it. Dat die callcenters zich fysiek op grote afstand bevinden van Sell-it vergroot het risico, maar dat doet niet af aan de verantwoordelijkheid van Sell-it. Dit geldt volgens het college des te meer omdat de bestuurders van Sell-it te kennen hebben gegeven ervaren ondernemers zijn.

106. De door Sell-it op dit punt aangevoerde gronden, treffen op grond van het vorenstaande geen doel.

³³ Rb. Rotterdam 4 mei 2011, LJV BQ3528.

Besluit Openbaar

7.3.2 De toepassing van de boetebeleidsregels

107. Tot slot is Sell-it van mening dat het college de hoogte van de boete die het college heeft opgelegd ten aanzien van de overtreding van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen met het vijfde lid, Tw, ondeugdelijk, onbegrijpelijk en onvoldoende heeft onderbouwd. Sell-it stelt dat het college ten onrechte is uitgegaan van een periode van drie maanden, nu zij van mening is dat de maand oktober 2009 niet had mogen worden meegerekend en dat het college niet heeft gemotiveerd waarom deze periode relatief lang is.
108. Het college is, gelet op hetgeen hij heeft overwogen in onderdeel 7.1, van oordeel dat hij terecht is uit gegaan van de periode van 1 oktober 2009 tot en met 31 december 2009, hetgeen neerkomt op een totale duur van drie maanden. Gezien het feit dat een belbestand slechts vier weken gebruikt mag worden, betekent dit dat de overtreding verspreid ligt over drie periodes waarin een belbestand gebruikt mocht worden. Het college is van oordeel dat hij dit terecht heeft aangemerkt als een lange duur.
109. Voorts is Sell-it van mening dat het college ten onrechte is uitgegaan van het aantal gebelde telefoonnummers en dat hij had moeten uitgaan van het aantal bereikte nummers. Daarom zou het college zijn uitgegaan van een te grote omvang van de overtreding. Dat zou nog sterker gelden omdat Sell-it van mening is dat de dubbelingen die zijn aangetroffen in het bestand dat Sell-it heeft overgenomen van SKA niet als overtreding kon worden aangemerkt.
110. Het college heeft reeds onder randnummer 86 geconcludeerd dat hij de dubbelingen die zijn aangetroffen in het belbestand, dat Sell-it heeft overgenomen van SKA, terecht heeft aangemerkt als overtreding. Voorts heeft het college onder randnummer 81 tot en met 83 reeds uiteengezet dat hij terecht is uitgegaan van het aantal telefoonnummers dat is gebeld. Daarom concludeert het college dat hij de omvang van de overtreding terecht heeft vastgesteld op 1540 overtredingen.
111. Met het bovenstaande is het college van oordeel dat hij bij de berekening van de hoogte van de boete is uitgegaan van de juiste gegevens. Het college concludeert daarom dat Sell-it geen gronden heeft kunnen aanvoeren waar uit zou blijken dat het college de boetehoogte zou moeten aanpassen. De door Sell-it op dit punt aangevoerde gronden treffen daarom geen doel.
112. Ook voor de overtreding van artikel 11.7, dertiende lid, Tw, in samenhang gelezen met artikel 14, eerste lid, Besluit BMNR, is Sell-it van mening dat het college de boete te hoog heeft vastgesteld. Het college zou niet hebben meegewogen dat Sell-it wel de bedoeling heeft gehad om aan de nieuwe regelgeving te voldoen. Dat dit niet is gelukt, komt door de door haar ingehuurde callcenters. Ook zou Sell-it meteen actie hebben ondernomen op het moment dat duidelijk werd dat niet aan de regelgeving werd voldaan.

Besluit Openbaar

113. Het college volgt Sell-it niet in haar redenering. Onder de randnummer 105 heeft het college al geconcludeerd dat het risico voor de activiteiten bij Sell-it blijft, ook als die activiteiten zij uitbested. De overtreding is volledig aan Sell-it te wijten, en heeft het college de boetehoogte terecht vastgesteld.

114. De door Sell-it op dit punt aangevoerde gronden, treffen op grond van het vorenstaande geen doel.

7.4 Conclusie

115. Gezien het feit dat de door Sell-it aangevoerde gronden geen doel treffen, concludeert het college dat het bezwaarschrift ongegrond dient te worden verklaard.

116. Sell-it heeft tot slot op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb verzocht om vergoeding van de kosten van externe professionele rechtsbijstand

117. Op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb heeft een belanghebbende recht op een forfaitaire vergoeding van kosten die hij gemaakt heeft in verband met de behandeling van het bezwaar. Dit recht bestaat alleen indien de heroverweging in beslissing op bezwaar leidt tot een herroeping van het primaire besluit en indien er sprake is van een aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid.

118. De heroverweging door het college in onderhavige beslissing op bezwaar leidt niet tot herroeping van het boetebesluit. Daarmee is niet voldaan aan de voorwaarde van artikel 7:15, tweede lid, Awb. Het college wijst daarom het verzoek van Sell-it tot vergoeding van de kosten van juridische bijstand af.

8 Besluit tot publicatie

119. 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.³⁴ 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.³⁵ 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.

³⁴ Beleidsregels openbaarmaking OPTA van 1 april 2009, *Stcrt* 2009, nr. 63, tevens gepubliceerd op <http://www.opta.nl>.

³⁵ ABRvS 10 november 2010, *LJN* BO3468.

Besluit Openbaar

120. 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 abonnees om kennis te nemen van het feit dat ten aanzien Sell-it is vastgesteld dat zij in strijd heeft gehandeld met het in artikel 11.7 Tw, bepaalde en dat aan haar een sanctie is opgelegd. Abonnees worden zo gewaarschuwd voor dit soort overtredingen. Abonnees 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.
121. Daarnaast is het ook in het belang van marktpartijen om kennis te nemen van de ten aanzien van andere marktdeelnemers genomen (sanctie)besluiten. Afnemers van de diensten van Sell-it 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 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 Sell-it. Van overige belangen of omstandigheden, op grond waarvan zou moeten worden afgezien van publicatie, is het college niet gebleken.

9 Dictum

122. Het college verklaart het bezwaar van de rechtspersoon Sell-it CV en haar feitelijk leidinggevenden, [A] en [B], tegen zijn besluit van 30 juni 2011, inzake de oplegging van boetes voor overtredingen van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang gelezen met artikel 11.7, vijfde lid van de Telecommunicatiewet en artikel 11.7, dertiende lid, van de Telecommunicatiewet, in samenhang gelezen met artikel 14, eerste lid, van het Besluit Bel-me-niet-register, ongegrond.
123. Het college wijst het verzoek op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb, tot vergoeding van de kosten van juridische bijstand in de bezwaarschriftprocedure af.
124. Het college zal dit besluit publiceren op zijn website, met inachtneming van zijn publicatiebeleid.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,

w.g.
prof. dr. M.W. de Jong, plv. voorzitter

Besluit Openbaar

Beroepsmogelijkheid

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij de Rechtbank Rotterdam.

Het postadres is:

Rechtbank Rotterdam,
sector Bestuursrecht,
Postbus 50951,
3007 BM Rotterdam.

Het beroepschrift 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 beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden.

Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van de Rechtbank, telefonisch bereikbaar op (010) 297 12 34.

U kunt ook digitaal beroep instellen bij genoemde rechtbank via <http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht>. Daarvoor moet u wel beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). Kijk op genoemde site voor de precieze voorwaarden.