

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/ACNB/2012/203195_OV

Zaaknummer: 12.0099.37

Datum: 20 december 2012

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit tot het opleggen van boetes aan BankGiro Loterij N.V., Nationale Postcode Loterij N.V., VriendenLoterij N.V. en de Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V. ter zake van overtredingen van de telemarketingregels zoals bepaald in artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, en 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 BankGiro Loterij N.V., Nationale Postcode Loterij N.V., VriendenLoterij N.V. en de Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V. in de periode van 1 november 2009 tot 1 november 2010 herhaaldelijk ongevraagd abonnees hebben gebeld met een commercieel doel, terwijl zij stonden ingeschreven in het Bel-me-niet Register. Ook hebben BankGiro Loterij N.V., Nationale Postcode Loterij N.V., VriendenLoterij N.V. en de Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V. het recht van verzet en inschrijving in het BMNR in een deel van de gevoerde gesprekken niet naar behoren aangeboden. Hiermee is door of namens BankGiro Loterij N.V., Nationale Postcode Loterij N.V., VriendenLoterij N.V. en de Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V., artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, en artikel 11.7, twaalfde lid, van de Telecommunicatiewet overtreden. Het college legt voor deze overtredingen boetes op van in totaal € 845.000.
2. In dit besluit wordt in het navolgende eerst ingegaan op de achtergrond en het verloop van de procedure (paragraaf 2), de inhoud van het onderzoeksrapport (paragraaf 3) en de feiten (paragraaf 4). Vervolgens wordt ingegaan op de zienswijze van voornoemde partijen (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 ontvangt het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) signalen 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 over de maand oktober 2009 een onderzoek ingesteld naar

¹ Zie: Onderzoeksrapport, randnummer 25.

Besluit Openbaar

BGL, NPL en de Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V. (hierna: de Holding),² hetgeen heeft geresulteerd in een boetebesluit.³ Het bezwaar⁴ tegen dit boetebesluit heeft het college op 24 augustus 2011 ongegrond verklaard.⁵ Hiertegen hebben BGL, NPL en de Holding beroep ingesteld bij de Rechtbank Rotterdam.⁶ De Rechtbank Rotterdam heeft hierop uitspraak gedaan op 6 december 2012.⁷

4. Na oktober 2009 bleef het college signalen van consumenten ontvangen via ConsuWijzer⁸ over de telemarketingactiviteiten van BGL, NPL, alsook van de VriendenLoterij N.V.⁹ (hierna: VL). Naar aanleiding hiervan is het college een nieuw onderzoek gestart naar BGL, NPL, VL en de Holding, gezamenlijk beter bekend als de 'Goede Doelen Loterijen' (hierna gezamenlijk: GDL). Het college heeft hiertoe op een viertal momenten informatie gevorderd.¹⁰ Het onderzoek heeft geresulteerd in een onderzoeksrapport dat een toezichthoudend ambtenaar verbonden aan het college (hierna: de rapporteur) op 26 april 2012 aan GDL heeft gestuurd.¹¹
5. In verband met verzocht uitstel door GDL is de wettelijke termijn van dertien weken voor het nemen van het besluit in kwestie door het college, met instemming van GDL, opgeschort geweest van 10 mei 2012 tot 14 juni 2012.¹² Op 14 juni 2012 hebben GDL tijdens een hoorzitting ten kantore van het college gezamenlijk een mondelinge zienswijze naar voren gebracht op het onderzoeksrapport. Ten behoeve van deze hoorzitting, hebben GDL vooraf een aantal stukken ingediend bij het college.¹³
6. Tijdens voornoemde hoorzitting hebben GDL verzocht de besluitvorming in kwestie op te schorten tot nadat de Rechtbank Rotterdam uitspraak heeft gedaan op het door BGL, NPL en de Holding ingestelde beroep tegen de eerder aan hen opgelegde telemarketingboetes.¹⁴ Daarnaast hebben GDL het college verzocht in de gelegenheid te worden gesteld aanvullende informatie aan te leveren in aanvulling op de eerder in het kader van het onderzoek verstrekte informatie.¹⁵ In reactie hierop heeft het college bij brief van 27 juni 2012¹⁶ aan GDL kenbaar gemaakt dat zij het op dat moment niet opportuun achtte om op de door GDL gedane verzoeken in te gaan.

² Onderzoeksrapport toegezonden aan BGL, NPL en de Holding per brief van 23 november 2010 met kenmerk OPTA/ACNB/2010/203289.

³ Zie: Besluit van 22 februari 2011 met kenmerk OPTA/ACNB/2011/200200.

⁴ Zoals door BGL, NPL en de Holding is ingediend per brief van 4 april 2011 met kenmerk 45.002.503.

⁵ Zie: Besluit van 24 augustus 2011 met kenmerk OPTA/COL/2011/201663.

⁶ Beroep met procedurenummer AWB 11 / 4135 G103.

⁷ Zie: Rb. Rotterdam 6 december 2012, *LJN*: BY5391.

⁸ ConsuWijzer is het informatieloket van OPTA, NMA en de Consumentenautoriteit.

⁹ Voorheen heette deze rechtspersoon nog Sponsor Bingo Loterij B.V. (hierna: SBL). Op 1 januari 2011 heeft er een naamswijziging plaatsgevonden. Overal in dit besluit waar wordt bedoeld op SBL zal, wegens deze naamswijziging, worden gesproken van VriendenLoterij N.V. (ook wel: VL).

¹⁰ Zie: Onderzoeksrapport, Bijlagen I, VI, IX en XV.

¹¹ Brief van 26 april 2012 met kenmerk OPTA/ACNB/2012/201251. Het onderzoeksrapport is tevens op deze datum aan de gemachtigde van GDL toegestuurd per brief met kenmerk OPTA/ACNB/2012/201211.

¹² De op 10 mei 2012 telefonisch gemaakte afspraak is per brief van 11 mei 2012 met kenmerk OPTA/ACNB/2012/201333 door een medewerkster van het college bevestigd.

¹³ Zie: Brief van 7 juni 2012 met kenmerk 45.002.503.

¹⁴ Zie: randnummer 3 van dit besluit.

¹⁵ Zie: brief van 4 april 2012 met kenmerk 45.002.503. Deze brief is tevens opgenomen als bijlage XVI bij het onderzoeksrapport.

¹⁶ Zie: Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2012/201764.

Besluit Openbaar

7. Op 3 juli 2012 hebben GDL desalniettemin uit eigen beweging per brief aanvullende informatie aan het college toegezonden inzake ex-deelnemers van de loterijen die GDL organiseren.¹⁷ Het college heeft deze aanvullende informatie doorgeleid naar één van zijn toezichthoudend ambtenaren, om deze informatie te onderzoeken en daaromtrent een aanvullend onderzoeksrapport op te stellen. GDL is hiervan op 11 juli 2012 schriftelijk in kennis gesteld.¹⁸
8. Op 17 augustus 2012 is het aanvullende onderzoeksrapport toegezonden aan GDL.¹⁹ Op 31 augustus 2012 hebben GDL per e-mail kenbaar gemaakt geen gebruik te willen maken van een hoorzitting om hun zienswijze mondeling kenbaar te maken. Wel hebben GDL op 13 september 2012 schriftelijk hun (aanvullende) zienswijze omtrent het aanvullende onderzoeksrapport kenbaar gemaakt.²⁰
9. Op 16 oktober 2012 heeft het college, op meermaals verzoek van GDL, per brief²¹ ingestemd met een opschorting van de onderhavige besluitvorming tot uiterlijk 1 december 2012 in verband met de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam in het door BGL, NPL en de Holding ingestelde beroep tegen de eerder opgelegde boete aan hen.²²
10. Nadat de Rechtbank Rotterdam voornoemde uitspraak heeft uitgesteld, heeft het college per brief aan GDL kenbaar gemaakt dat zij onderhavige besluitvorming nader opschort tot eind december 2012.²³

3 Het onderzoeksrapport

3.1 Oorspronkelijk rapport

11. Aanleiding voor het onderhavige besluit vormen de overtredingen zoals vastgesteld in het onderzoeksrapport van 26 april 2012. In dit onderzoeksrapport constateert de rapporteur dat zowel BGL, NPL, als VL in de periode van 1 november 2009 tot 1 november 2010 abonnees ongevraagd hebben benaderd of hebben laten benaderen die ingeschreven stonden in het Bel-me-niet Register (hierna: BMNR). Voorts constateert de rapporteur dat zowel BGL, NPL, als VL in een deel van de gevoerde telefoongesprekken het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR niet of onvoldoende hebben aangeboden. De rapporteur merkt naast BGL, NPL en VL, tevens de Holding aan als overtreder.
12. Gelet op het voorgaande is de rapporteur van oordeel dat GDL artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, en artikel 11.7, twaalfde lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) hebben overtreden.

¹⁷ Zie: Brief van 3 juli 2012 met kenmerk 45.002.503.

¹⁸ Zie: Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2012/201914. In dit schrijven is tevens schriftelijk bevestigd dat gemachtigde van GDL en een medewerkster van het college telefonisch overeen zijn gekomen dat de wettelijke besluytermijn wordt opgeschort van 11 juli 2012 tot nadat het aanvullend rapport is opgesteld en GDL daaromtrent hun zienswijze kenbaar hebben gemaakt.

¹⁹ Zie: Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2012/202242.

²⁰ Zie: Brief van 13 september 2012 met kenmerk 45.002.503.

²¹ Zie: Brief van 16 oktober 2012 met kenmerk OPTA/ACNB/2012/202688.

²² Zie: Randnummer 3 van dit besluit.

²³ Zie: Brief van 8 november 2011 met kenmerk OPTA/ACNB/2012/202904.

Besluit Openbaar

13. De rapporteur verklaart verder dat GDL voorafgaand aan het opmaken van het onderzoeksrapport 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.

3.2 Aanvullend rapport

14. Op 17 augustus 2012 heeft de rapporteur een aanvullend onderzoeksrapport toegezonden aan GDL. In dit aanvullend onderzoeksrapport constateert de rapporteur dat de telefoonnummers van de abonnees die GDL het college aanvullend heeft toegezonden,²⁴ niet alle door GDL zijn verkregen in het kader van de verkoop van een product of dienst.
15. Gelet op het voorgaande is de rapporteur van oordeel dat de door GDL aanvullend toegezonden telefoonnummers van abonnees niet vallen onder de uitzondering van artikel 11.7, elfde lid, Tw. Hiermee handhaaft de rapporteur zijn stelling zoals weergegeven in het oorspronkelijk rapport en blijft hij derhalve van mening dat GDL artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid en artikel 11.7, twaalfde lid, Tw hebben overtreden bij het bellen van de telefoonnummers zoals vermeld in randnummer 110 van het onderzoeksrapport.

4 Overige omstandigheden van feitelijke aard

4.1 De rechtspersonen BGL, NPL, VL en de Holding

16. De rechtspersonen BGL, NPL en VL zamelen, kort gezegd, geld in voor instellingen van algemeen belang door middel van het organiseren van loterijen.
17. De aandelen van BGL, NPL en VL worden gehouden door de Holding. BGL, NPL en VL vallen direct onder de Holding.²⁵ De directie (het bestuur) van de Holding is belast met het bestuur van BGL, NPL en VL. De bestuurs- en managementstructuur is voor BGL, NPL en VL hetzelfde. Afgezien van de wervingsafdelingen, delen BGL, NPL en VL alle diensten. De Holding en BGL, NPL en VL zijn statutair gevestigd, en houden allen kantoor, op hetzelfde adres.
18. De Raad van Commissarissen (hierna: RvC) van de Holding houdt toezicht op de directie (het bestuur) van de Holding en vertrouwt aan de leden daarvan de dagelijkse leiding van BGL, NPL en VL toe. De RvC van de Holding is verder verantwoordelijk voor het toezicht op het gebruik van de vergunningen die door de overheid zijn verstrekt aan BGL, NPL en VL. Ook wordt onder meer (het toezicht op) de naleving van wet- en regelgeving door BGL, NPL en VL tot de taak van de RvC gerekend.²⁶
19. De directie (het bestuur) van de Holding bestaat uit drie personen. Direct daaronder fungeert een team van drie managing directors voor BGL, NPL en VL. Zij geven leiding aan BGL, NPL

²⁴ Zie: Brief van 3 juli 2012 met kenmerk 45.002.503.

²⁵ Zie: Onderzoeksrapport, randnummer 140.

²⁶ Zie: artikel 2, paragraaf 2.2, van het reglement van de RvC van de Holding d.d. 5 september 2007 (<http://www.postcodeloterij.nl/Organisatie/CorporateGovernance.htm>).

Besluit Openbaar

en VL en sturen het Management Team aan.²⁷ De Holding bepaalt in overwegende mate het beleid en publiceert de gezamenlijke beleidsplannen van BGL, NPL en VL.²⁸ In de pers treedt de Holding op als woordvoerder voor BGL, NPL en VL.²⁹ De deelnemersadministratie van BGL, NPL en VL wordt tezamen gevoerd.

20. De Holding is als enige rechtspersoon/onderneming als adverteerder aangemeld en geregistreerd bij het BMNR. Ook is de deelnemersadministratie van BGL, NPL en VL gezamenlijk aangemeld bij het College bescherming persoonsgegevens.³⁰

4.2 Ingeschakelde callcenters

21. Ten behoeve van de werving van deelnemers voor hun loterijen maken GDL onder meer gebruik van telemarketing. Hiervoor schakelen GDL diverse in- en externe callcenters in die in opdracht en uit naam van GDL de telemarketinggesprekken voeren. In de onderzochte periode hebben GDL gebruik gemaakt van zes externe callcenters en één intern callcenter. Het betreft hier [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en de Afdeling Telemarketing Goede Doelen Loterijen.³¹

4.3 Het BMNR

22. Voor 1 oktober 2009 konden consumenten die niet langer ongevraagd voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden door bedrijven en organisaties gebeld wilden worden, zich inschrijven bij het zogenaamde Infofilter van Stichting Infofilter. Door deze inschrijving maakten zij kenbaar dat zij niet langer door de in het Infofilter deelnemende bedrijven en organisaties gebeld wilden worden (een zogenaamde opt-out). Ook GDL waren aangesloten bij het Infofilter.
23. Het Infofilter had geen wettelijke status, maar was tot stand gekomen op basis van een initiatief van de direct marketing branche in het kader van zelfregulering. Het gevolg daarvan was dat er geen harde sanctie stond op het bellen van consumenten die in het Infofilter waren opgenomen. Raadpleging van het Infofilter vond daarmee feitelijk louter op vrijwillige basis plaats en had bijgevolg slechts een beperkt effect. Dit beperkte effect was, mede gelet op de (toenemende) mate waarin telemarketing door consumenten als storend werd en wordt ervaren, voor de wetgever uiteindelijk de aanleiding om telemarketing aan (nadere) wettelijke regulering te onderwerpen.

²⁷ Zie: Jaarverslag 2009 PCL p. 54 en Jaarverslag 2009 BGL p. 46 (<http://www.postcodeloterij.nl/Organisatie/Jaarverslagen.htm> en <http://www.bankgiroloterij.nl/Organisatie/Jaarverslag.htm>).

²⁸ Zie: Samenvatting Beleidsplannen Goede Doelen Loterijen, Amsterdam april 2006 (<http://www.postcodeloterij.nl/Organisatie/Pers/Beleidsplannen.htm> en <http://www.bankgiroloterij.nl/Organisatie/Informatie/Beleidsplannen.htm>).

²⁹ Zie: persbericht van 8 juli 2010 (<http://www.bankgiroloterij.nl/Organisatie/Persberichten/College-van-toezicht-op-de-kansspelen-in-de-fout.htm> en <http://www.postcodeloterij.nl/StandaardMediabankpagina/CollegeVanToezichtOpDeKansspelenInDeFout.htm>).

³⁰ Zie: artikel 1, vijfde lid, van het Reglement NPL van 15 juni 2010 (<http://www.postcodeloterij.nl/Reglement.htm>) en artikel 1 zesde lid van het reglement BGL (<http://www.bankgiroloterij.nl/Organisatie/Reglement.htm>). Het Wbp-meldingenregister bevat de meldingen met betrekking tot de verwerkingen van persoonsgegevens die bij het College bescherming persoonsgegevens zijn aangemeld (http://www.cbweb.nl/Pages/ind_reg_meldreg.aspx).

³¹ Zie: Onderzoeksrapport, randnummer 113.

Besluit Openbaar

24. Per 1 oktober 2009 is het BMNR van start gegaan. Dit register heeft, anders dan het Infofilter, wel een wettelijke status (zie artikel 11.7, zesde lid, Tw) en het gebruik daarvan is derhalve wettelijk verplicht. Het college is belast met de handhaving van de regels met betrekking tot het BMNR bij en krachtens artikel 11.7 Tw.

5 Zienswijze GDL

5.1 Zienswijze op oorspronkelijke rapport

25. Naar aanleiding van het oorspronkelijke onderzoeksrapport hebben GDL tijdens de hoorzitting op 14 juni 2012 het volgende mondeling naar voren gebracht.
26. GDL zijn van oordeel dat de onderzoekperiode onzorgvuldig is gekozen en bovendien onnodig lang. Pas bij de ontvangst van het eerdere boetebesluit,³² was er voor GDL aanleiding om hun werkwijze aan te passen.
27. Ook stellen GDL thans dat, ondanks het eerder door hen aangeleverde overzicht met ex-deelnemers,³³ niet valt uit te sluiten dat bij nog zorgvuldiger en gedetailleerder onderzoek door GDL, meer ex-deelnemers zullen worden aangetroffen in de betreffende belbestanden. Hiermee kan naar het oordeel van GDL niet met zekerheid worden geconcludeerd dat alle telefoonnummers in het onderzoeksrapport daadwerkelijk ten onrechte zijn gebeld.
28. Verder stellen GDL dat de belbestanden die zijn gebruikt voor de in randnummer 77 van het onderzoeksrapport genoemde campagnes niet ontdubbeld hoefden te worden met het BMNR aangezien er geen sprake was van ongevraagde communicatie. Ook het belbestand dat is gebruikt voor de in randnummer 100 van het onderzoeksrapport genoemde campagne behoefde volgens GDL niet ontdubbeld te worden met het BMNR nu dit een marktonderzoek betrof.
29. Tot slot zijn GDL van mening dat de gehanteerde introductieteksten ter aankondiging van het Interactive Voice Response-bandje (hierna: IVR-bandje) in overeenstemming zijn met de wet. Naar eigen zeggen wordt het recht van verzet en inschrijving in het BMNR wel op de juiste wijze aan abonnees aangeboden. Bovendien zijn GDL van oordeel dat zij gedurende de onderzoeksperiode geen rekening hebben kunnen houden met de zeer strenge uitleg die het college gaf aan de regelgeving hieromtrent, nu deze uitleg pas voor het eerst uit voornoemd boetebesluit van 22 februari 2011 bleek.

5.2 Zienswijze op aanvullend rapport

30. Naar aanleiding van het aanvullend onderzoeksrapport hebben GDL een aanvullende zienswijze kenbaar gemaakt.³⁴ In aanvulling op hun voorgaande zienswijze hebben GDL naar voren gebracht dat door de rapporteur ten onrechte geen rekening is gehouden met het feit dat de (door GDL aangeleverde) belbestanden, behorende bij de 31 campagnes waarop het

³² Zie: Besluit van 22 februari 2011 met kenmerk OPTA/ACNB/2011/200200.

³³ Zie: Onderzoeksrapport, Bijlage XVI.

³⁴ Zie: Brief van 13 september 2012 met kenmerk 45.002.503.

Besluit Openbaar

oorspronkelijke rapport ziet, telefoonnummers van deelnemers en ex-deelnemers van de betreffende loterijen bevatten.

31. Bedoelde telefoonnummers zouden volgens GDL buiten beschouwing moeten worden gelaten, omdat daarop – in tegenstelling tot hetgeen de rapporteur daaromtrent concludeert – de uitzonderingsgrond van artikel 11.7, elfde lid, Tw van toepassing is. GDL wijzen erop dat de betreffende telefoonnummers weliswaar zijn verkregen met gebruikmaking van eerdergenoemde campagnes, maar dat dit niet wegneemt dat GDL deze telefoonnummers al op een eerder moment hebben verkregen in het kader van de verkoop van een eigen en gelijksoortig(e) product of dienst, te weten: deelname aan de betreffende loterijen.
32. GDL menen dan ook dat de rapporteur ten onrechte tot de conclusie is gekomen dat voornoemde uitzonderingsgrond niet van toepassing is omdat de betreffende contactgegevens (de telefoonnummers) op een andere wijze (via één van de campagnes) zijn verkregen dan in het kader van de verkoop van een product of dienst. GDL stellen zich op het standpunt dat niet deugdelijk is gemotiveerd hoe de rapporteur tot deze conclusie is gekomen en menen dat de betreffende telefoonnummers van (ex-)deelnemers buiten beschouwing moeten worden gelaten bij het vaststellen van de omvang van de betreffende overtreding(en).
33. Voorts verzoeken GDL het college nogmaals om zijn besluitvorming op te schorten tot nadat de Rechtbank Rotterdam uitspraak heeft gedaan op het door GDL ingestelde beroep tegen de eerder aan hen opgelegde telemarketingboetes.³⁵ Naar het oordeel van GDL zou, gelet op de in dit beroep aan de orde zijnde vrijwel identieke werkwijze van GDL ten aanzien van het aanbieden van het recht van verzet en inschrijving in het BMNR, het opleggen van een sanctie in dit dossier - zonder de uitspraak op genoemd beroep af te wachten - in strijd zijn met het ne bis in idem-beginsel.

6 Juridisch Kader

34. Voor het juridisch kader verwijst het college korthedshalve naar bijlage 1. Deze bijlage bevat de relevante wetsartikelen uit de Tw over de telemarketingregelgeving, de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) over de bevoegdheden van het college en de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob), over openbaarmaking.

7 Overwegingen

7.1 Beschermd belang

35. 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 strikte handhaving van deze telemarketingregels voor consumenten van groot belang.³⁶ Het kenmerk van het handhaven van regels die er op zijn

³⁵ Zie: randnummer 3 van dit besluit. Zie ook randnummer 6 van dit besluit voor het eerdere verzoek van GDL hiertoe.

³⁶ Het college heeft reeds in april 2009 aangekondigd de handhaving van de nieuwe regels voor telemarketing onmiddellijk na inwerkingtreding van de wet te zullen starten. Zie <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=2909>.

Besluit Openbaar

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.

7.2 Overtreding 1: overtreding betreffende het herhaaldelijk ongevraagd bellen van abonnees met een commercieel doel, terwijl zij stonden ingeschreven in het Belme-niet Register³⁷

36. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat GDL 66 belbestanden aan het college heeft toegezonden die door of namens hen zijn gebruikt in de onderzoeksperiode en niet zijn ontdubbeld met het BMNR.³⁸ Hiervan vielen acht belbestanden echter geheel buiten de onderzoeksperiode,³⁹ betroffen 22 belbestanden volgens GDL campagnes die enkel gericht waren op (ex-)deelnemers van GDL⁴⁰ en was één belbestand dubbel aangeleverd.⁴¹ Ook waren vier campagnes geen voorwerp van het onderzoek nu deze belbestanden volgens GDL niet door of namens hen zijn gebruikt.⁴² Het college heeft bij de vraag of artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw is overtreden bijgevolg enkel de overige 31 belbestanden in zijn besluitvorming betrokken.⁴³ Ten aanzien van (het gebruik van) deze 31 belbestanden overweegt hij als volgt.

7.2.1 Samenhang tussen de leden van artikel 11.7 Tw

37. Op grond van artikel 11.7, negende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw is het verboden om ongevraagde communicatie over te brengen aan abonnees die middels een inschrijving in het BMNR te kennen hebben gegeven deze ongevraagde communicatie niet te willen ontvangen.
38. Artikel 11.7, tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw stelt dat voor het overbrengen van ongevraagde communicatie uitsluitend gebruik gemaakt mag worden van bestanden waaruit de contactgegevens die in het BMNR zijn opgenomen, zijn geblokkeerd of verwijderd (hierna: ontdubbelen).
39. Uit de wetsgeschiedenis komt naar voren dat er een samenhang is in artikel 11.7 Tw tussen het verbod van het negende lid om kort gezegd abonnees die ingeschreven staan in het BMNR

³⁷ Zie: artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw.

³⁸ Zie: Onderzoeksrapport, randnummer 31 en Bijlage III.

³⁹ Zie: Onderzoeksrapport, Bijlage III: Overzicht geleverde campagnes, campagnes 1, 17, 18, 22, 26, 57, 59 en 63. Hierbij merkt het college op dat campagne 1 zowel buiten de onderzoeksperiode valt, als enkel gericht was op (ex-)deelnemers van GDL. Deze campagne is in het onderzoeksrapport benoemd en meegerekend bij de belbestanden die enkel gericht waren op (ex-)deelnemers van GDL (zie: Onderzoeksrapport, randnummer 46).

⁴⁰ Zie: Onderzoeksrapport, Bijlage III: overzicht geleverde campagnes, campagne 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 50, 53, 64, 65 en 66. Hierbij merkt het college op dat campagne 1 zowel buiten de onderzoeksperiode valt, als enkel gericht was op (ex-)deelnemers van GDL. Nu deze campagne al is meegerekend bij de campagnes die buiten de onderzoeksperiode vallen, wordt deze campagne niet in deze groep benoemd en meegerekend.

⁴¹ Zie: Onderzoeksrapport, Bijlage III: Overzicht geleverde campagnes, campagne 11.

⁴² Zie: Onderzoeksrapport, randnummers 61-73.

⁴³ Hierbij merkt het college overigens op dat campagne 52 en 61 gedeeltelijk buiten de onderzoeksperiode vielen. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat deze campagnes zijn ontdaan van de telefoonnummers die buiten de aangegeven periode zijn gebeld (zie: onderzoeksrapport, randnummer 47). Het resterende deel van de telefoonnummers in deze belbestanden is in de besluitvorming van het college betrokken.

Besluit Openbaar

ongevraagd te bellen en de verplichting van het tiende lid om hierbij alleen bestanden te gebruiken die zijn ontdudd met het BMNR. Het tiende lid is een speciaal gebod dat het verbod van het negende lid aanvult en die de handhaafbaarheid van het negende lid verbetert.⁴⁴ In de praktijk zal een bedrijf of organisatie die middels telemarketing abonnees wil benaderen, kort gezegd, eerst zijn belbestanden dienen te ontdudden met het BMNR voordat dit bedrijf of deze organisatie abonnees ongevraagd gaat bellen.

40. Voornoemde samenhang tussen artikel 11.7, negende lid, Tw en artikel 11.7, tiende lid, Tw neemt echter niet weg dat beide leden van artikel 11.7 Tw een afzonderlijk te overtreden verbod, respectievelijk gebod bevatten. Beide bepalingen kunnen derhalve los van elkaar worden overtreden.

7.2.2 Doel van de telemarketinggesprekken

41. Er kan geen twijfel over bestaan dat de telemarketinggesprekken van BGL, NPL en VL een commercieel, dan wel charitatief doel hadden. De bedoeling van de gesprekken die door of namens BGL, NPL en VL werden gevoerd was immers om deelnemers te werven voor GDL door loten te verkopen of aan te prijzen, waarvan de opbrengst gedeeltelijk is bedoeld voor goede doelen. Voor het merendeel van de campagnes hebben GDL bovendien zelf verklaard dat de gesprekken werden gevoerd 'om loten te verkopen'.⁴⁵

7.2.3 De benaderde consumenten zijn abonnee

42. Het BMNR is alleen bedoeld voor abonnees - in de zin van artikel 1.1, onderdeel p, Tw - die natuurlijk persoon zijn. Naar het oordeel van het college is het echter slechts van belang dat voldoende vaststaat dat door GDL (in strijd met artikel 11.7, negende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw) in het BMNR geregistreerde nummers zijn gebeld.
43. Ten aanzien van de abonneestatus van de door GDL gebelde personen wijst het college er op dat de verificatie van de abonneestatus niet noodzakelijk is om de overtredingen in casu vast te stellen. De wetgever heeft namelijk expliciet en zonder uitzondering in artikel 11.7, tiende lid, Tw bepaald dat alle in het BMNR ingeschreven nummers uit de gebruikte belbestanden moeten worden verwijderd.⁴⁶
44. Het is in het kader van de handhaving van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw niet relevant of via het ingeschreven nummer de abonnee of een andere gebruiker wordt bereikt. Het college behoeft slechts aan te tonen dat de gebruikte belbestanden telefoonnummers bevatten die in het BMNR staan ingeschreven.⁴⁷ Indien de abonnee heeft aangegeven dat hij dergelijke communicatie niet wenst te ontvangen, wordt het betreffende

⁴⁴ Zie: Kamerstukken II 2007/08, 30 661, nr. 8, p. 13.

⁴⁵ Zie: Onderzoeksrapport, Bijlage IV, p. 47.

⁴⁶ Zie: Kamerstukken II 2007/08, 30 661, nr. 8, p. 7.

⁴⁷ Zie: Kamerstukken II 2007/08, 30 661, nr. 7, p. 7: "Dit wetsvoorstel regelt de instelling van een wettelijk verplicht centraal register, waar abonnees zich kunnen aanmelden als zij niet meer gebeld wensen te worden. Door het gebruik van dit register te verplichten en deze verplichting te handhaven, wordt ervoor gezorgd dat iedereen die abonnees benadert voor telemarketingdoeleinden hiervan gebruik maakt. Vanaf het moment van effectivering van de aanmelding, moet het opgegeven nummer geblokkeerd worden voor verder gebruik voor telemarketing. Alle gebruikers van het opgegeven nummer worden daarmee gevrijwaard van telemarketing." (onderstreping college)

Besluit Openbaar

telefoonnummer niet gebruikt voor dergelijke communicatie, ook niet om communicatie aan anderen dan de abonnee over te brengen.⁴⁸

45. Het college vindt steun voor dit standpunt in een recente uitspraak van de Rechtbank Rotterdam, waarin – onder verwijzing naar de in voorgaand randnummer aangehaalde parlementaire geschiedenis – wordt overwogen slechts van belang is of een in het BMNR geregistreerd nummer is gebeld en niet wie er via dit nummer wordt bereikt.⁴⁹
46. Bovendien blijkt ook uit een brief van de minister van Economische zaken, Landbouw en Innovatie d.d. 16 april 2012 gericht aan de Tweede Kamer,⁵⁰ dat het de bedoeling was van de wetgever om naast abonnees, ook overige gebruikers die zich hebben ingeschreven in het BMNR te vrijwaren van ongewenste telefoontjes.
47. Het college heeft ook verder geen reden om aan te nemen dat de rapporteur in casu ten onrechte heeft geoordeeld dat sprake is geweest van in het BMNR geregistreerde nummers die door GDL (in strijd met artikel 11.7, negende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw) zijn gebeld.
48. Op grond van het voorgaande is met voldoende zekerheid komen vast te staan dat GDL zich bij het overbrengen van communicatie middels telemarketing gebruik heeft gemaakt van in het BMNR geregistreerde nummers.

7.2.4 Ongevraagde communicatie overbrengen

49. Naar het oordeel van het college staat voldoende vast dat GDL de betreffende belbestanden niet heeft ontdudd met het BMNR. BGL, NPL en VL hebben immers op verzoek van het college alle gebruikte belbestanden in de periode van 1 november 2009 tot 1 november 2012 die niet zijn ontdudd, toegestuurd.⁵¹ In de begeleidende brief hierbij is door GDL nogmaals (herhaaldelijk) bevestigd dat de toegestuurde belbestanden niet zijn ontdudd met het BMNR.⁵²
50. GDL hebben verder verklaard dat alle abonnees in de aan het college verstrekte belbestanden ook daadwerkelijk zijn gebeld door of namens BGL, NPL of VL.⁵³ Dit blijkt ook uit de door GDL aangeleverde belbestanden.⁵⁴ Per bestand is duidelijk aangegeven op welke datum en op welk tijdstip door of namens GDL naar de telefoonnummers is gebeld. Bij een aantal belbestanden is daarnaast opgenomen welk callcenter het gesprek heeft gevoerd namens GDL. Ook is er bij één bestand - te weten het bestand voor campagne 61 - aanvullende informatie opgenomen, zoals bijvoorbeeld welke callcenteragent het telemarketinggesprek heeft gevoerd en wat het resultaat was van het gesprek.

⁴⁸ Zie: *Kamerstukken II* 2007/08, 30 661, nr. 7, p. 12.

⁴⁹ Zie: Rb. Rotterdam 6 december 2012, *LJN*: BY 5391, r.o. 7.3.

⁵⁰ Zie: *Kamerstukken II* 2011/12, 27 879, nr. 42, p. 3. GDL hebben overigens ook naar deze brief verwezen (productie 3, p. 3, bij de brief van 7 juni 2012 met kenmerk 45.002.503).

⁵¹ Zie: Onderzoeksrapport, Bijlage II, p. 40.

⁵² Zie: Onderzoeksrapport, Bijlage II, p. 41.

⁵³ Zie: Onderzoeksrapport, Bijlage II, p. 41.

⁵⁴ Zie: Onderzoeksrapport, Digitale bijlage, 1. GDL telemarketing campagnes.

Besluit Openbaar

Gevraagde communicatie

51. Ten aanzien van 30 belbestanden⁵⁵ geven GDL aan dat zij deze niet hebben ontdebeld met het BMNR alvorens de belbestanden te gebruiken, aangezien er sprake zou zijn van toestemming of een opt-in na deelname aan een spelletje, prijsvraag, joint promotion of enquête.⁵⁶ Het college overweegt hieromtrent als volgt.
52. De telemarketingregels strekken zich uit tot ongevraagde communicatie. Er mag gebeld worden naar een abonnee die ingeschreven staat in het BMNR indien die abonnee uitdrukkelijk en ondubbelzinnig verzoekt om communicatie. Enkel in dat geval is sprake van gevraagde communicatie, zodat artikel 11.7, vijfde lid, Tw (en daarmee dus ook artikel 11.7, negende en tiende lid, Tw) niet van toepassing is.
53. Slechts belbestanden die volledig bestaan uit contactgegevens van consumenten die uitdrukkelijk en ondubbelzinnig hebben gevraagd om communicatie hoeven niet te worden ontdebeld met het BMNR. Naar het oordeel van het college betekent dit ten eerste dat de consument zelf en op eigen initiatief voor iedere afzonderlijke communicatie moet verzoeken om gebeld te worden. Ten tweede betekent dit dat het verzoek van de consument voldoende duidelijk moet zijn, dus tenminste de naam van het bedrijf of de organisatie en het onderwerp van het gesprek moet bevatten.⁵⁷
54. Naar het oordeel van het college houden de termen 'uitdrukkelijk' en 'ondubbelzinnig' concreet in dat er pas sprake is van gevraagde communicatie als de abonnee (i) op eigen initiatief vraagt om telefonische benadering door een benoemd bedrijf of organisatie. In deze vraag van de abonnee moet vastliggen (ii) wie de communicatie zal overbrengen, (iii) hoe de communicatie overgebracht zal worden en (iv) waarover de communicatie zal gaan.
55. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat de rapporteur de 30 campagnes waaruit de belbestanden in kwestie zijn verkregen heeft beoordeeld aan de hand van voornoemde vier criteria. Volgens de rapporteur voldoet geen van de campagnes aan alle criteria. Voor een uitgebreide motivering per campagne verwijst het college naar het onderzoeksrapport.⁵⁸
56. Het college overweegt dat, om van gevraagde communicatie te spreken, het onvoldoende is dat de abonnee zijn telefoonnummer invult en middels het aanvinken van een vakje akkoord gaat met algemene voorwaarden of een privacy statement, zonder verdere uitleg over de betekenis hiervan.⁵⁹ In dat geval kan naar het oordeel van het college niet worden gesproken van een uitdrukkelijk en ondubbelzinnig verzoek om communicatie. Het zal voor de abonnee, nadat hij

⁵⁵ Zie: Onderzoeksrapport, randnummer 77.

⁵⁶ Zie: Onderzoeksrapport, Digitale bijlage bij het onderzoeksrapport, 1. GDL telemarketing campagnes. Hierin staat door GDL aangeleverde tekst, beeld en uitleg van de verschillende campagnes waaruit de persoonsgegevens zijn verkregen die zich in de gebruikte belbestanden bevinden.

⁵⁷ Zie: brief van het college van 7 december 2009 (<http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=3089>). Zie ook Standpunt Telemarketing 2011, d.d. 15 september 2011, gepubliceerd op <https://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=3476>.

⁵⁸ Zie: Onderzoeksrapport, tabel 1, p. 18 e.v.

⁵⁹ Zie bijvoorbeeld: Onderzoeksrapport, figuur 1, p. 16.

Besluit Openbaar

een vakje heeft aangevinkt, immers doorgaans niet duidelijk zijn dat hij gebeld kan worden, laat staan door wie dit gebeurt en waarvoor hij gebeld wordt.

57. Ook is het naar het oordeel van het college onacceptabel als alleen wordt aangegeven dat men door 'GDL' – dat wil zeggen door één of meer van de loterijen – benaderd kan worden.⁶⁰ Het is het college niet duidelijk of dit betekent dat de abonnee eenmalig door één van de organisaties handelend onder de naam GDL gebeld kan worden, of mogelijk door meerdere organisaties handelend onder de naam GDL, en daarmee dus automatisch meerdere malen. Daarnaast is het voor het college tevens niet duidelijk hoe (met gebruikmaking van welk communicatiemiddel) de consument vervolgens wordt benaderd. Naar het oordeel van het college kan dit ook voor abonnees niet duidelijk zijn geweest, zodat niet te spreken is van een uitdrukkelijk en ondubbelzinnig verzoek om communicatie.
58. Daarnaast kan een vakje dat de consument kan aanvinken met daarachter de tekst '*houd mij op de hoogte van nieuws en acties van de Goede Doelen Loterijen*',⁶¹ geen gevraagde communicatie opleveren. Ook bij deze wijze van gegevensverzekrijging weet de abonnee niet wat hij kan verwachten, van wie en in welke vorm (post, telefoon, sms, email, fax) en met welk doel. Van een uitdrukkelijk en ondubbelzinnig verzoek om communicatie is derhalve, ook bij het aanvinken van een dergelijke tekst, geen sprake.
59. Uit het onderzoeksrapport blijkt verder dat GDL gebruik maken van enquêtes en/of prijsvragen waarbij de abonnee zijn contactgegevens moet noteren om door te gaan, vervolgens aangeeft toestemming te geven voor telefonische benadering door 'participerende adverteerders', en bij positieve beantwoording van bepaalde door GDL opgestelde enquêtevragen in een belbestand van GDL terecht komt.⁶²
60. Hieromtrent merkt het college op dat er geen uitzondering op de wettelijke verplichtingen bestaat indien 'toestemming' voor ongevraagde communicatie van de ontvanger is verkregen.⁶³ Toestemming is gedefinieerd in de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp) en de Tw⁶⁴ als "*elke vrije, specifieke en op informatie berustende wilsuiting waarmee betrokkene aanvaardt dat hem betreffende persoonsgegevens worden verwerkt.*" Eventuele toestemming ziet derhalve primair op de eventuele verwerking van de contactgegevens voor telemarketingdoeleinden, maar maakt daarmee ongevraagde communicatie nog geen gevraagde communicatie. De regels uit artikel 11.7, vijfde tot en met twaalfde lid, Tw zijn dus van toepassing ook al heeft de abonnee toestemming gegeven voor de ontvangst van ongevraagde communicatie.⁶⁵

⁶⁰ Zie bijvoorbeeld: Onderzoeksrapport, figuur 2, p. 16.

⁶¹ Zie bijvoorbeeld: Onderzoeksrapport, figuur 3, p. 17.

⁶² Zie: Onderzoeksrapport, randnummers 90 en 91.

⁶³ Toestemming is ingevolge artikel 11.7, eerste lid, Tw vereist voor het gebruik van automatische oproepsystemen, faxen en elektronische berichten voor het overbrengen van ongevraagde communicatie, zoals spam.

⁶⁴ Zie: artikel 11.1, aanhef en onderdeel g, Tw j^o artikel 1, aanhef en onderdeel i, en artikel 8, aanhef en onderdeel a, Wbp.

⁶⁵ Zie: Standpunt Telemarketing 2011, d.d. 15 september 2011, gepubliceerd op <https://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=3476>.

Besluit Openbaar

61. Het college heeft er overigens ook – al ruim voor de inwerkingtreding van het huidige wettelijke regime inzake telemarketing – publiekelijk op gewezen dat belbestanden die (deels) voortkomen uit enquêtes en/of prijsvragen ook dienen te worden opgeschoond met gebruikmaking van het BMNR.⁶⁶ Naast de uitingen van het college was het, gelet op de tekst van artikel 11.7, eerste lid, Tw en de definitie van het begrip toestemming, voldoende duidelijk, concreet en kenbaar wat onder gevraagde communicatie moest worden verstaan en dat toestemming niet hetzelfde is als gevraagde communicatie.
62. Voor zover GDL zich bij de door haar gebruikte enquêtes en/of prijsvragen beroepen op het feit dat er sprake is van geldige toestemming, is het college derhalve van oordeel dat dit niet relevant is voor de vraag of er sprake is van gevraagde communicatie, en of de belbestanden dus gebruikt hadden mogen worden zonder voorafgaande ontduubeling met het BMNR. Nu het voor de abonnee onduidelijk is door wie en waarvoor hij gebeld wordt, behelzen de enquêtes en/of prijsvragen geen uitdrukkelijk en ondubbelzinnig verzoek om communicatie.
63. Gelet op het voorgaande onderschrijft het college de constatering van de rapporteur. Het college concludeert dat de abonnees die zich in de 30 belbestanden bevinden die GDL hebben gebruikt, niet uitdrukkelijk en ondubbelzinnig om deze communicatie hebben verzocht. Door deze belbestanden te gebruiken en niet voorafgaand te ontduubelen met het BMNR, hebben GDL in strijd gehandeld met artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw.

Marktonderzoek

64. Ten aanzien van één belbestand⁶⁷ geven GDL aan dat het een belbestand betreft dat door BGL is ingezet voor 'marktonderzoek op deelnemers en prospects' en om die reden niet ontduubeld hoefde te worden met het BMNR. Het betreft hier een campagne waarin het belbestand van BGL werd gebruikt om abonnees, die eerder per post een aanbod van BGL hadden ontvangen, na te bellen. Volgens GDL werd daarmee beoogd om de effectiviteit van de postreclame te meten en werd in beginsel geen nieuw aanbod gedaan.⁶⁸ In reactie hierop overweegt het college als volgt.
65. De wetgever heeft - niet in de wet maar in de toelichting hierop - gesteld dat een redelijke interpretatie van de term 'commerciële, ideële en charitatieve' tot de slotsom kan leiden dat markt- en verkiezingsonderzoek, mits dit niet gecombineerd wordt met het aanbieden van goederen of diensten, of het maken van reclame daarvoor, niet valt aan te merken als een oproep van commerciële, ideële of charitatieve aard. Het gaat hier dan volgens de wetgever om oproepen met het doel informatie te verkrijgen, op vrijwillige basis, met inachtneming van de regels voor de bescherming van persoonsgegevens en zonder dat die informatieverwerking

⁶⁶ Zie: de bijlage van de voorlichtingsbrief inzake de nieuwe regels voor telemarketing met kenmerk OPTA/ACNB/2012/200652, gepubliceerd (op 9 april 2009) op <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=2909>. De informatie in deze bijlage is overigens op 23 juni 2009 tevens in een verkorte folder openbaar gemaakt op <https://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=2961>.

⁶⁷ Zie: Onderzoeksrapport, Bijlage IV, p. 47, campagne nr. 58.

⁶⁸ Zie: gespreksverslag van de hoorzitting d.d. 14 juni 2012, p. 7.

Besluit Openbaar

direct gekoppeld of gecombineerd wordt met verkoop of werving. Oproepen met een wervend karakter voor bovengenoemde doeleinden vallen naar de mening van de wetgever in ieder geval wel binnen het bereik van artikel 11.7 Tw.⁶⁹

66. Naar het oordeel van het college dient deze niet wettelijk vastgelegde benadering van markt- en verkiezingsonderzoek beperkt te worden uitgelegd.⁷⁰ Een aan de hand van het telefonische onderzoek opgebouwd bestand mag naar het oordeel van het college niet op enig moment worden ingezet om abonnees een persoonlijk (commercieel, ideëel of charitatief) aanbod of verzoek te doen. Ook moet worden uitgesloten dat de verzamelde informatie voor dat doel ter beschikking kan worden gesteld aan derden of gelieerde (dochter- of moeder)bedrijven of organisaties. Elke directe (dat wil zeggen rechtstreekse) koppeling tussen de vergaarde informatie en verkoop of werving, maakt dat de communicatie niet (louter) kan worden beschouwd als markt- of verkiezingsonderzoek. Overigens is het college van oordeel dat het voor de toepassing van artikel 11.7, vijfde lid, Tw niet van belang is of in een telefoongesprek sprake is van een daadwerkelijke verkoop van enig product of dienst. Relevant is het commerciële, ideële of charitatieve doel van het gesprek.
67. De campagne waarvoor het belbestand in kwestie is gebruikt, heeft volgens het college een duidelijk commercieel dan wel charitatief karakter. Per post is namelijk een ongevraagde aanbieding voor de verkoop van loten verstuurd door BGL. Op het moment dat de abonnee door BGL wordt gebeld over deze brief, wordt hij impliciet nogmaals op de aanbieding gewezen. Door te vragen wat de abonnee van het aanbod vond wordt hij gedwongen nog eens over het aanbod na te denken. Het doel van het telefoongesprek lijkt te zijn om meer mensen op het aanbod van de brief in te laten gaan dan dat met enkel het versturen van de brief gebeurd zou zijn,⁷¹ of in ieder geval de naamsbekendheid of het positieve imago van BGL en/of GDL te vergroten.
68. Bovendien zijn er in het onderhavige geval geen concrete aanknopingspunten om te veronderstellen dat BGL een werkwijze aanhield waarin de informatie die op deze wijze werd verzameld niet op individueel en identificeerbaar niveau werd vastgelegd. BGL selecteerde een specifieke groep abonnees die van haar een bepaalde commerciële uiting had ontvangen. Deze geselecteerde groep abonnees werd vragen gesteld, en de antwoorden daarop werden op abonneeniveau geregistreerd. Ook is het college niet gebleken van een statistische of andere wetenschappelijke methode waarmee het 'marktonderzoek' vervolgens werd uitgevoerd. Beide constateringenvan verdragen zich daarom niet met de definitie van marktonderzoek, zoals die wordt gehanteerd in de Gedragscode voor Onderzoek & Statistiek.⁷²
69. Het college kan niet anders dan concluderen dat het belbestand dat BGL voor campagne 58 heeft gebruikt, niet is gebruikt voor het uitvoeren van een marktonderzoek. Door dit belbestand

⁶⁹ Zie: *Kamerstukken I* 1997/98, 25 533, nr. 309d.

⁷⁰ Zie: Standpunt Telemarketing 2011, d.d. 15 september 2011, gepubliceerd op <https://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=3476>.

⁷¹ Zie: Onderzoeksrapport, randnummer 105.

⁷² Zie: Onderzoeksrapport, randnummer 102, en: Gedragscode voor Onderzoek & Statistiek, zie: http://www.cbweb.nl/downloads_gedragscodes/Gedragscode_OenS.pdf?refer=true&theme=purple.

Besluit Openbaar

te gebruiken en niet voorafgaand te ontdebellen met het BMNR heeft BGL in strijd gehandeld met artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw.

Klantrelatie

70. Ten aanzien van 23 belbestanden geven GDL aan dat deze zijn gebruikt voor campagnes die in het geheel zijn gericht op (en bestonden uit) telefoonnummers van (ex-)deelnemers van GDL.⁷³ Zoals reeds in randnummer 36 van dit besluit is overwogen, zijn deze campagnes (gelet op de uitzondering in artikel 11.7, elfde lid, Tw) door de rapporteur niet in het onderzoek betrokken.
71. GDL geven aan dat er in de 31 belbestanden die het college wel in zijn onderzoek heeft betrokken⁷⁴ ook telefoonnummers van (ex-)deelnemers aanwezig zijn, welke - gelet op dezelfde uitzondering - tevens niet dienen te worden betrokken in het onderzoek. Het betreft hier telefoonnummers die zijn opgenomen in belbestanden ten behoeve van campagnes die niet specifiek zijn gericht op (ex-)deelnemers. Ten aanzien van deze telefoonnummers overweegt het college als volgt.
72. Uit het (oorspronkelijke) onderzoeksrapport⁷⁵ blijkt dat de rapporteur van oordeel is dat, hoewel deze erkent dat dit artikellid onder bepaalde omstandigheden toestaat ongevraagde communicatie over te brengen aan abonnees die (ex-)deelnemer zijn van de desbetreffende loterij, de uitzonderingsgrond zoals neergelegd in artikel 11.7, elfde lid, Tw. in casu echter niet van toepassing is.
73. Daartoe voert de rapporteur aan dat de contactgegevens op een andere manier zijn verkregen dan in het kader van de verkoop van een (eigen gelijksoortig[e]) product of dienst. De rapporteur meent dat het voor de toepasselijkheid van artikel 11.7, elfde lid, Tw bepalend is op welke wijze de contactgegevens zijn verkregen. In casu zijn de betreffende gegevens verkregen in het kader van prijsvragen, spelletjes of enquêtevragen (en dus niet in het kader van de verkoop van een product of dienst), hetgeen de rapporteur tot de conclusie leidt dat het dus niet uitmaakt of een abonnee wel of geen (ex-)deelnemer is. Blijkbaar huldigt de rapporteur de opvatting dat contactgegevens die op een dergelijk wijze zijn verkregen nooit mogen worden gebruikt voor ongevraagde communicatie (in de zin van artikel 11.7, vijfde lid, Tw), ook niet in het geval dat de initiatiefnemer al beschikte over deze contactgegevens omdat die ooit door hem zijn verkregen in het kader van de verkoop van eigen gelijksoortige producten of diensten. In het aanvullend onderzoeksrapport,⁷⁶ volhardt de rapporteur in dit oordeel.
74. Het college volgt de rapporteur niet in de ter zake getrokken conclusie. Dat de gebruikte contactgegevens in dit geval zijn verkregen in het kader van prijsvragen, spelletjes of

⁷³ Zie: Onderzoeksrapport, randnummer 48-51.

⁷⁴ Zie: Randnummer 3633 van dit besluit.

⁷⁵ Zie: Onderzoeksrapport, randnummer 98.

⁷⁶ Zie: Aanvullend onderzoeksrapport. Het college wijst er in dit verband volledigheidshalve op dat dit aanvullende rapport is uitgebracht naar aanleiding van de brief van 3 juli 2012 zijdens GDL, waarin het college wordt verzocht (de telefoonnummers van) ex-deelnemers zoals opgenomen in de bijgaande CD-ROM, buiten beschouwing te laten.

Besluit Openbaar

enquêtevragen, doet niet af aan het feit dat GDL zich er in casu op beroept dat zij al beschikten over deze contactgegevens, omdat die ooit zijn verkregen in het kader van de verkoop van een product of dienst en in dit geval zijn gebruikt voor het overbrengen van ongevraagde communicatie (in de zin van artikel 11.7, vijfde lid, Tw) met betrekking tot eigen en gelijksoortige producten of diensten (het verkopen van loten/deelname aan loterijen). Het college ziet voorshands geen grond aan de juistheid van dit beroep te twifelen. Aangezien het college het aannemelijk acht dat de betreffende contactgegevens (ooit) zijn verkregen in het kader van de verkoop van een product of dienst met betrekking tot eigen en gelijksoortige producten of diensten (in de zin van artikel 11.7, elfde lid, Tw), is hij in casu van oordeel dat het bepaalde in artikel 11.7, elfde lid, Tw wel degelijk van toepassing is op die specifieke contactgegevens.

75. Gelet hierop stond het bepaalde artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw er in dit specifieke geval niet aan in de weg dat GDL bedoelde contactgegevens heeft gebruikt voor haar belcampagnes. Dit geldt overigens uitdrukkelijk niet voor de door GDL gebruikte contactgegevens die niet (ooit) zijn verkregen in het kader van de verkoop van een product of dienst, maar enkel in het kader van prijsvragen, spelletjes, enquêtevragen en dergelijke. In dat geval is de in artikel 11.7, elfde lid, Tw opgenomen uitzonderingsgrond niet van toepassing.
76. Het college is dan ook van oordeel dat, om de omvang van de overtreding van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw te kunnen vaststellen, het aantal gebelde (ex-)deelnemers (in tegenstelling tot wat daaromtrent in het onderzoeksrapport wordt overwogen) in mindering dient te worden gebracht op de totalen die zijn weergegeven het betreffende overzicht van aantallen door of namens GDL gebelde nummers die waren opgenomen in het BMNR in het onderzoeksrapport.⁷⁷
77. Gelet op het voorgaande dienen de in casu gebelde (ex-)deelnemers van de desbetreffende loterijen alsnog te worden afgetrokken van de totalen zoals weergegeven in het (oorspronkelijke) onderzoeksrapport.⁷⁸ Hierbij merkt het college op dat niet alle door GDL overgelegde telefoonnummers van (ex-)deelnemers corresponderen met de geconstateerde overtredingen. Er kan immers sprake zijn geweest van (ex-)deelnemers die niet in het BMNR stonden ingeschreven, waardoor het bellen van die categorie sowieso niet door de rapporteur als overtreding is aangemerkt. Deze categorie telefoonnummers van (ex-)deelnemers kan logischerwijs dan ook niet leiden tot een vermindering van het aantal geconstateerde overtredingen. Het college heeft hiermee rekening gehouden door de telefoonnummers van (ex-)deelnemers te vergelijken met de telefoonnummers die als overtreding zijn aangemerkt in het oorspronkelijk rapport. Dit heeft ertoe geleid dat de uitkomst van de aftrek die door het

⁷⁷ Zie: Onderzoeksrapport, tabel 2, p. 24.

⁷⁸ Zie: Onderzoeksrapport, tabel 2, p. 24. Hierbij merkt het college op dat er drie kennelijke verschrijvingen zijn opgetreden in het oorspronkelijke onderzoeksrapport. In tabel 2 van het onderzoeksrapport staat dat campagne 55 in totaal 1663 overtredingen bevat, campagne 58 in totaal 356 overtredingen bevat en campagne 61 in totaal 27 overtredingen bevat. Uit de digitale bijlage bij het rapport blijkt echter dat deze campagnes na ontdebelling met het BMNR respectievelijk 1063, 367 en 29 overtredingen bevatte. Daar waar in het onderzoeksrapport is uitgegaan van deze foutieve aantallen, dienen voorgaande juiste aantallen gelezen te worden. Zie tabel 1, kolom D, van dit besluit voor de correcte aantallen.

Besluit Openbaar

college is toegepast op het aantal geconstateerde overtredingen, niet noodzakelijkerwijs gelijk hoeft te zijn aan het aantal telefoonnummers van (ex-)deelnemers dat door GDL is overgelegd.

78. Bij de toepassing van het hierboven beschreven uitgangspunt is door het college uitgegaan van de door GDL bij brief van 21 december 2011 kenbaar gemaakte aantallen deelnemers⁷⁹ en de bij brief van 3 juli 2012 kenbaar gemaakte aantallen ex-deelnemers.⁸⁰ Hierbij merkt het college op dat er een overlap aanwezig was in de door GDL aangegeven telefoonnummers die behoorden tot deelnemers en telefoonnummers die behoorden tot ex-deelnemers. Tussen de door GDL aangegeven 63.169 telefoonnummers van deelnemers en 22.035 telefoonnummers van ex-deelnemers, zijn door het college 5.482 dubbelingen geconstateerd. Blijkbaar zien GDL deze abonnees als deelnemers en tegelijkertijd als ex-deelnemers. Alhoewel dit het college bevreemdt, heeft hij de totaallijst van deelnemers en ex-deelnemers (ontdaan van de geconstateerde dubbelingen) gebruikt bij het maken van voornoemde vergelijking.⁸¹
79. Een en ander levert het volgende gecorrigeerde overzicht op van aantallen door of namens GDL gebelde telefoonnummers die waren opgenomen in het BMNR en niet vielen onder de uitzondering van artikel 11.7, elfde lid, Tw:

⁷⁹ Zoals opgenomen in de bij de brief van 21 december 2011 behorende CD-ROM. Ook verwerkt in: Tabel 1 (kolom E) van dit besluit.

⁸⁰ Zoals opgenomen in de bij de brief van 3 juli 2012 behorende CD-ROM. Ook verwerkt in: Tabel 1 (kolom F) van dit besluit.

⁸¹ Zie: Tabel 1 van dit besluit. Na optelling van het totaal aantal deelnemers uit kolom E en het totaal aantal ex-deelnemers uit kolom F ($63169 + 22035 = 85.204$), waarna het totaal van de daarin voorkomende dubbelingen daarop in mindering is gebracht (5.482), kwam het totaal aantal (ex-)deelnemers uit op 79.722 .

Besluit Openbaar

Tabel 1

A	B	C	D	E	F	G	H
Cam- pagne nr + betref- fende loterij	Maand	Aantal overtre- dingen zoals geconsta- teerd in tabel 2 van onderzoeks- rapport	Correctie op tabel 2 van onderzoeks- rapport: kennelijke verschrij- vingen	Aantal deel- nemers van de betref- fende loterij	Aantal ex-deel- nemers van de betref- fende loterij	Aantal (ex-)deelnemers van de betreffende loterij dat in BMNR stond en is gebeld door GDL Ontdubbeling van aantallen in tabel 2 van rapport (correcte lijst – kolom D) met totaal aantal (ex-)deelnemers van de betreffende loterij (ontdaan van dubbelingen)	Aantal overtredingen Eerder geconstateerde aantallen in tabel 2 van rapport (correcte lijst – kolom D) min aantal (ex-)deelnemers van de betreffende loterij dat in BMNR stond en is gebeld door GDL (kolom G)
10 VL	Jul	13	13	9	5	4	9
12 VL	Jun	5	5	1232	408	1	4
13 VL	Aug	1206	1206	592	208	242	964
14 VL	Sept	370	370	127	61	60	310
15 VL	Nov	85	85	154	94	10	75
16 VL	Apr	22871	22871	3570	3078	3738	19133
19 VL	Aug	2260	2260	358	291	395	1865
20 VL	Sept	181	181	15	25	26	155
21 VL	Mei	599	599	109	84	105	494
23 VL	Febr	215	215	134	56	41	174
24 VL	Mrt	20356	20356	3709	2907	3509	16847
25 VL	Sept	26013	26013	3522	1859	2676	23337
28 VL	Mei	14638	14638	2219	1927	2403	12235
32 VL	Jul	155	155	52	19	39	116
33 VL	Jun	13	13	10	4	5	8
34 VL	Jun	13	13	10	4	5	8
35 VL	Jul	1320	1320	481	198	300	1020
45 NPL	Mei	11526	11526	3609	826	1747	9779
46 NPL	Sept	19257	19257	13909	1175	8445	10812
47 NPL	Jun	12598	12598	8816	888	5478	7120
48 NPL	Dec	307	307	390	241	69	238
49 NPL	Apr	7267	7267	6084	838	3531	3736
51 BGL	Apr	13472	13472	7539	1740	4018	9454
52 BGL	Jun	7027	7027	1036	2017	903	6124
54 BGL	Apr	807	807	273	138	148	659
55 BGL	Aug	1663	1063	386	99	138	925
56 BGL	Jul	1207	1207	177	1934	969	238
58 BGL	Jun	356	367	442	0	1	366
60 BGL	Aug	14008	14008	2576	27	1675	12333
61 BGL	Mei	27	29	0	878	0	29
62 BGL	Mei	30	30	8	6	4	26
Totaal		179865	179278	63169	22035	40.685	138.593

Besluit Openbaar

Conclusie

80. Het college concludeert dat BGL in de periode van 1 november 2009 tot 1 november 2010 negen niet ontdubbelde belbestanden heeft gebruikt en in totaal 30.154 telefoonnummers heeft gebeld of heeft laten bellen, terwijl deze stonden ingeschreven in het BMNR.⁸² NPL heeft in voornoemde onderzoeksperiode vijf niet ontdubbelde belbestanden gebruikt en in totaal 31.685 telefoonnummers gebeld of laten bellen die stonden ingeschreven in het BMNR.⁸³ VL heeft in deze periode 17 niet ontdubbelde belbestanden gebruikt en in totaal 76.754 telefoonnummers gebeld of laten bellen die stonden ingeschreven in het BMNR.⁸⁴

81. Voor geen van deze gesprekken is aangetoond dat BGL, NPL of VL deze telefoonnummers mocht bellen aangezien er sprake was van gevraagde communicatie of marktonderzoek. Hiermee is vast komen te staan dat GDL in totaal 138.593 telefoonnummers onterecht hebben gebeld. Hiermee hebben zij artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw overtreden.

7.3 Overtreding 2: overtreding betreffende het niet, althans niet op de juiste wijze, aanbieden van het recht van verzet en inschrijving in het BMNR in een deel van de gevoerde gesprekken⁸⁵

82. Uit het onderzoeksrapport blijkt dat GDL 66 belbestanden aan het college hebben toegezonden die door of namens hen zijn gebruikt in de onderzoeksperiode (en niet zijn ontdubbeld met het BMNR).⁸⁶ Hiervan vielen acht belbestanden echter buiten de onderzoeksperiode,⁸⁷ was één belbestand foutief (dan wel dubbel) aangeleverd⁸⁸ en waren vier campagnes geen voorwerp van het onderzoek nu deze belbestanden volgens GDL niet door of namens hen zijn gebruikt.⁸⁹ De overige 53 belbestanden zijn derhalve wel correct aangeleverd en zijn door GDL binnen de onderzoeksperiode gebeld.

83. Ten aanzien van elf van voornoemde 53 belbestanden heeft de rapporteur in het onderzoeksrapport reeds geconcludeerd dat deze zijn gebruikt door de Afdeling Telemarketing Goede Doelen Loterijen.⁹⁰ De introductieteksten die in de onderzoeksperiode worden gebruikt door de Afdeling Telemarketing Goede Doelen Loterijen⁹¹ (bij het telefonisch werven van deelnemers voor VL en BGL), voldoen naar het oordeel van de rapporteur, hoewel minimaal, aan het bepaalde in artikel 11.7, twaalfde lid, Tw. Wat daar ook van zij, nu de rapporteur deze introductieteksten als voldoende heeft aangemerkt, betreft het college ook deze elf belbestanden niet in zijn besluitvorming ten aanzien van de overtreding van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw.

⁸² Zie: Tabel 1 van dit besluit, Kolom H, campagnes 51-62. Optelling van het aantal overtredingen in deze campagnes, levert een totaal aantal overtredingen op van 28.744.

⁸³ Zie: Tabel 1 van dit besluit, Kolom H, campagnes 45-49. Optelling van het aantal overtredingen in deze campagnes, levert een totaal aantal overtredingen op van 30.781.

⁸⁴ Zie: Tabel 1 van dit besluit, Kolom H, campagnes 10-35. Optelling van het aantal overtredingen in deze campagnes, levert een totaal aantal overtredingen op van 75.342.

⁸⁵ Zie: artikel 11.7, twaalfde lid, Tw.

⁸⁶ Zie: Onderzoeksrapport, randnummer 119.

⁸⁷ Zie: Onderzoeksrapport, Bijlage III: Overzicht geleverde campagnes, campagnes 1, 17, 18, 22, 26, 57, 59 en 63.

⁸⁸ Zie: Onderzoeksrapport, Bijlage III: Overzicht geleverde campagnes, campagne 11.

⁸⁹ Zie: Onderzoeksrapport, Bijlage III: Overzicht geleverde campagnes, campagnes 27, 29, 30 en 31.

⁹⁰ Zie: Onderzoeksrapport, Bijlage III: Overzicht geleverde campagnes, campagnes 36, 37, 38, 39, 40, 41, 42, 43, 44, 64, 65.

⁹¹ Zie: Onderzoeksrapport, randnummer 113.

Besluit Openbaar

84. Het college heeft bij de vraag of artikel 11.7, twaalfde lid, Tw is overtreden bijgevolg enkel de overige 42 belbestanden in zijn besluitvorming betrokken.⁹² Derhalve zal het college in het navolgende slechts inhoudelijk ingaan op de in dit verband relevante introductieteksten (die bij het bellen van de telefoonnummers/abonnees die onderdeel uitmaken van die 42 belbestanden door de betreffende callcenters zijn gebruikt). Ten aanzien van (het gebruik van) deze 42 belbestanden overweegt hij als volgt.

7.3.1 Aanbieden van het recht van verzet en inschrijving in het BMNR

85. Op grond van artikel 11.7, twaalfde lid, (in samenhang met het vijfde 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.

86. GDL hebben bij brief van 9 december 2010⁹³ kenbaar gemaakt op welke wijze zij artikel 11.7, twaalfde lid, Tw nakomen door toe te lichten hoe door of in opdracht van GDL bij elke overgebrachte communicatie de abonnee, tijdens het gesprek, wordt gewezen op het BMNR, op welke wijze hem de mogelijkheid wordt geboden verzet aan te tekenen tegen het verdere gebruik van zijn elektronische contactgegevens en op welke wijze hem de mogelijkheid wordt geboden zich te registreren in het BMNR. GDL wijzen in dit verband op het volgende:

“De Goede Doelen Loterijen benadrukken nogmaals dat zij en de callcenters met welke zij samenwerken de Dutch Dialogue Marketing Association (DDMA) richtlijnen hanteren ten behoeve van het aanbieden van het recht van verzet en het BMNR. De werkwijze die vastligt in deze richtlijnen is door de partijen die bij de totstandkoming van het BMNR betrokken zijn geweest akkoord bevonden. De consument wordt aan het einde van ieder telemarketing gesprek door middel van een IVR (Interactive Voice Response) bandje op het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving gewezen. In eerdere instanties zijn reeds de teksten van de IVR bandjes overlegd.[...]”

Wij zijn en blijven van mening dat door de hierboven beschreven werkwijze aan de verplichtingen uit de Telecommunicatiewet is voldaan en gaan er vanuit u hierbij voldoende geïnformeerd te hebben.”

87. De callcenters waarmee GDL samenwerken bieden het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR aan via een IVR-bandje aan het einde van het telemarketinggesprek. Blijkens het onderzoeksrapport⁹⁴ hebben GDL voor het bellen van eerder bedoelde 42 belbestanden gebruik gemaakt van drie externe callcenters.⁹⁵ Omtrent de manier waarop deze callcenters hun IVR-bandje inleiden hebben GDL de volgende informatie aangeleverd:⁹⁶

⁹² Deze 42 campagnes zijn alle uitgevoerd door de door GDL ingeschakelde externe callcenters (zie randnummer 120 van het onderzoeksrapport).

⁹³ Zie: Onderzoeksrapport, Bijlage II: Reactie op de eerste informatie vordering.

⁹⁴ Zie: Onderzoeksrapport, randnummer 120.

⁹⁵ Zie: Onderzoeksrapport, Bijlage III: Overzicht geleverde campagnes, kolom 8 – 13 (campagnes 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13, 14, 15, 16, 19, 20, 21, 23, 24, 25, 28, 32, 33, 34, 35, 45, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 52, 53, 54, 55, 56, 58, 60, 61, 62, 66). Hierbij

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 bel-me-niet register. Ik wens u nog een prettige dag.”

[VERTROUWELIJK]:

“Als u nog even aan de lijn blijft, wordt u doorgeschakeld naar een bandje met uitleg over het bel-me-niet register.”

[VERTROUWELIJK]:

“Als u nog even aan de lijn blijft, krijgt u een voorgelezen menu van ongeveer 6 minuten, waarin wordt uitgelegd wat het bel-me-niet-register inhoudt en hoe u zich kunt opgeven.”

7.3.2 Strekking norm artikel 11.7, twaalfde lid, Tw

88. De wetgever heeft met artikel 11.7, twaalfde lid, Tw willen regelen dat degene die ongevraagde communicatie via telemarketing overbrengt, degene die gebeld wordt tijdens het gesprek actief een effectieve afmeldmogelijkheid (*opt-out*) dient te bieden. Dat gold ook al voor 1 oktober 2009, toen artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud) nog slechts voorschreef dat de abonnee bij elke overgebrachte communicatie de mogelijkheid wordt geboden om (kosteloos) verzet aan te tekenen tegen het verdere gebruik van zijn elektronische contactgegevens.⁹⁷

Actief

89. 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 “tijdens het gesprek” en “uit eigen beweging” aanbiedt aan de abonnee.⁹⁸ 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 op dezelfde actieve wijze de mogelijkheid tot onmiddellijke inschrijving in het BMNR moet aanbieden. Dit blijkt tevens uit de Nota van Toelichting bij het Besluit Bel-me-niet Register,⁹⁹ waarin (ook) wordt overwogen dat een abonnee tijdens een telemarketinggesprek wordt gewezen op het recht van verzet en ook op de mogelijkheid om

merkt het college op dat campagne 52 deels buiten de onderzoeksperiode valt en door twee verschillende callcenters is gebruikt. Enkel de telefoonnummers die in de onderzoeksperiode zijn gebeld, zijn betrokken bij de besluitvorming van het college. Al deze telefoonnummers zijn gebeld door het callcenter [VERTROUWELIJK] (zie: Onderzoeksrapport, Digitale Bijlage, 1. GDL telemarketing campagnes, 52).

⁹⁶ Zie: Onderzoeksrapport, Bijlage II: Reactie op de eerste informatie vordering.

⁹⁷ Zie o.a.: *Kamerstukken I* 2003/04, 28 851, nr. C, p.27 en *Kamerstukken II*, 2004/05, Aangangsels van de Handelingen, 2432, p. 4905 e.v.

⁹⁸ Zie: *Kamerstukken II* 2007/08, 30 661, nr. 8, p.8.

⁹⁹ Zie: *Stb.*2009, 129, p.8.

Besluit Openbaar

zich in te schrijven bij het BMNR. Als de abonnee daar gebruik van wil maken, moet hij ingeschreven kunnen worden.

90. De hiervoor behandelde aspecten van de wetsgeschiedenis van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud) / artikel 11.7, twaalfde lid, Tw komen ook aan de orde in een recente uitspraak van de Rechtbank Rotterdam:¹⁰⁰

“De rechtbank onderschrijft verweerdere standpunt dat het woord “geboden” in artikel 11.7, vierde lid, van de Tw (oud) er reeds op duidt dat een actief handelen wordt verwacht van degene die de abonnee benadert. Ook uit de wetsgeschiedenis kan niet anders worden opgemaakt dan dat de telemarketeer of het callcenter de abonnee per gesprek op de mogelijkheid van verzet dient te wijzen (onder meer uit MvA I, Kamerstukken I, 2003-2004, 28851, C, p. 6-7). De rechtbank wijst tevens op de door verweerder aangehaalde parlementaire stukken, waaronder Aanhangsel van de Handelingen II 2004/05, nr. 2432, p. 4906, waarin de Minister van Economische Zaken op 19 september 2005 aangeeft dat de telemarketeer de consument in elk gesprek actief de mogelijkheid moet bieden om door te geven dat hij niet meer door dat bedrijf gebeld wil worden.”

Uit deze uitspraak blijkt duidelijk dat de telemarketeer de gebelde abonnee in elk gesprek door *actief* handelen op zijn rechten dient te wijzen en hem op dezelfde wijze de mogelijkheid dient te bieden daarvan gebruik te maken (dit houdt dus in: aanbieding, registratie, verwerking en respecteren van het recht van verzet).

Daadwerkelijk / effectief

91. Verder acht het college het van groot belang dat uit de wetsgeschiedenis verder blijkt dat het onvoldoende is een passieve of stilzwijgende mogelijkheid aan te bieden (om het recht van verzet kenbaar te maken of zich in te schrijven in het BMNR). Er moet sprake zijn van daadwerkelijk (effectief) aanbieden.¹⁰¹

92. De uit het voorgaande blijvende visie van het college op de wijze waarop invulling dient te worden gegeven aan de in artikel 11.7, twaalfde lid, Tw (voorheen: artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud)) neergelegde verplichtingen volgt direct uit de bij dat artikellid behorende wetsgeschiedenis, en is niet pas onlangs ingenomen en bekendgemaakt. Al in het in 2006 vastgestelde en bekendgemaakte ‘Definitief standpunt telemarketing’¹⁰² wordt daaromtrent door het college als volgt overwogen:

“Onder “de mogelijkheid bieden” [in de zin van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud)] moet worden verstaan dat per gesprek door de telemarketeer of het telemarketingbureau actief en eigener beweging op de mogelijkheid van verzet of het maken van bezwaar dient te

¹⁰⁰ Zie: Rb. Rotterdam 16 februari 2012, LJV: BV6137, r.o. 2.4.4.

¹⁰¹ Zie: Kamerstukken II 2004/05, Aanhangsel van de Handelingen, 2432, p. 4905 e.v.

¹⁰² Vastgesteld op 16 mei 2006 en bekend gemaakt op de website van OPTA (<https://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=1985>) op 17 mei 2006.

Besluit Openbaar

worden gewezen.¹⁰³ *Een passieve of stilzwijgende mogelijkheid bieden is derhalve onvoldoende; er moet sprake zijn van daadwerkelijk aanbieden.*¹⁰⁴ [toevoeging college]

Gebruik IVR-bandje

93. Het college wijst er verder nog op dat het in beginsel is toegestaan dat telemarketeers voldoen aan artikel 11.7, twaalfde lid, Tw door gebruik te maken van een IVR-bandje.¹⁰⁵ Het enkele gebruik van een IVR-bandje betekent echter niet automatisch dat artikel 11.7, twaalfde lid, Tw naar behoren wordt nageleefd. Immers, als het bandje start nadat de verbinding met de gebelde abonnee is verbroken, is het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR niet actief en daadwerkelijk (effectief) aangeboden – en in elk geval niet *tijdens het gesprek* – hetgeen wel door artikel 11.7, twaalfde lid, Tw wordt voorgeschreven. Indien de abonnee gebruik maakt van zijn recht van verzet of mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR dan dient dat vervolgens door het/de betreffende bedrijf of organisatie adequaat verwerkt en gerespecteerd te worden.¹⁰⁶

94. Gelet op het voorgaande kan 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 niets anders betekenen dan dat daarmee een verplichting ontstaat voor degene die de communicatie overbrengt om tijdens het gesprek te wijzen op het IVR-bandje en de inhoud van het bandje.¹⁰⁷ Dit betekent dat de gebelde abonnee moet worden verteld dat na afloop van het gesprek een IVR-bandje wordt gestart en wat dat betekent voor hem.

95. Het college is van oordeel dat de gebelde abonnee pas kan 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 en daarmee (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 in

¹⁰³ Zie: vraag 2 van 26 augustus 2005 van het lid Van Dam (PvdA) aan de minister van Economische Zaken over telemarketing en het antwoord van 19 september 2005 van minister Brinkhorst (Economische Zaken) (Vragen gesteld door de leden der Kamer, met de daarop door de regering gegeven antwoorden, *Kamerstukken II*, 2004/05, Aanhangsel van de Handelingen, 2432, p. 4905 e.v.): “(...) *Het betrokken bedrijf dient de consument namelijk in elk gesprek actief de mogelijkheid te bieden om door te geven dat hij niet meer door dat bedrijf of die organisatie gebeld wil worden.* (...)”. Zie ook vraag 5 van 17 september 2004 van het lid Van der Laan (D66) aan de ministers van Economische Zaken en van Financiën over het toepassen van het opt-in beginsel door KPN en het antwoord van 26 oktober 2004 van minister Brinkhorst (Economische Zaken), mede namens de minister van Financiën (Vragen gesteld door de leden der Kamer, met de daarop door de regering gegeven antwoorden, *Kamerstukken II*, 2004/05, Aanhangsel van de Handelingen, 228, p. 477 e.v.): “(...) *Artikel 11.7 vierde lid Telecommunicatiewet bepaalt dat aan de consument bij ieder telemarketinggesprek actief de mogelijkheid moet worden geboden om verzet aan te tekenen tegen verder gebruik van zijn elektronische contactgegevens door of namens adverteerder.* (...)”.

¹⁰⁴ Zie: Amendement van het lid Van Dam, *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 851, nr. 14 en zie ook MvA Telecommunicatiewet, *Kamerstukken I*, 2003/04, 28 851, C, p. 23-24. Aanbieden: vrijwillig ter beschikking stellen => *aanreiken, bieden, iem. iets ter hand stellen, lenen, offrenen, presenteren, voorschotelen* (Onlinewoordenboek Van Dale Hedendaags Nederlands).

¹⁰⁵ Zie o.a.: *Kamerstukken I* 2007/08, 30 661, C, p. 9 en Stb. 2009, 129, p. 8 en 17.

¹⁰⁶ De wetsgeschiedenis (zie: *Kamerstukken II* 2007/2008, 30 661, nr. 8, p. 8) is hier heel duidelijk over: “*Indien de abonnee zich inderdaad verzet, dient dit direct door de bellende partij vastgelegd te worden. Het door een abonnee gedane beroep op het recht van verzet tegen het verdere gebruik van de gegevens door deze adverteerder, dient onmiddellijk en zonder voorbehoud gerespecteerd te worden. Dit wordt dan direct in de bestanden/register(s) geëffectueerd. [...] Tevens wordt men in het gesprek gewezen op het bestaan van het centrale wettelijk verplicht register, waar men zich kan aanmelden om in het algemeen niet meer gebeld te worden voor telemarketing.*”

¹⁰⁷ Zie: Definitief standpunt telemarketing 2006: d.d. 16 mei 2006, <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=1985>.

Besluit Openbaar

de toekomst niet meer wordt gebeld (door het/de betreffende bedrijf of organisatie) en de mogelijkheid krijgt aangeboden om opgenomen te worden in het BMNR. 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.

96. De introductieteksten van het IVR-bandje tijdens het gesprek zijn bijgevolg cruciaal. Als het IVR-bandje op een onduidelijke / niet-eenvoudige en/of dubbelzinnige wijze wordt geïntroduceerd (zoals het geval is als daartoe slechts een passieve of stilzwijgende mogelijkheid wordt geboden), ligt het in de rede dat het voor de gemiddelde consument niet duidelijk zal zijn dat hij via het IVR-bandje gebruik kan maken van het recht van verzet en de mogelijkheid om opgenomen te worden in het BMNR. Als het voor de gebelde abonnee niet duidelijk is wat er op het bandje staat en met welk doel er naar geluisterd moet worden, ligt het in de rede dat deze de verbinding zal verbreken voordat het IVR-bandje wordt afgespeeld. Met een duidelijke ondubbelzinnige introductie door de callcenteragent van de IVR-tekst kan de abonnee bewust een keuze maken om aan de lijn te blijven omdat hij gebruik wil maken van het recht van verzet en/of de inschrijving in het register, dan wel de keuze maken om de verbinding te verbreken. Het toepassen van een onduidelijke introductietekst betekent de facto dat artikel 11.7, twaalfde lid jo. vijfde lid, Tw niet wordt nageleefd.¹⁰⁸

97. Er kan – zoals uit het voorgaande ook al blijkt – niet worden volstaan met de enkele mededeling dat de gebelde abonnee, als hij nog even aan de lijn blijft, wordt doorgeschakeld naar een bandje met uitleg over het nieuwe BMNR of woorden van gelijke strekking. Bij een dergelijke gang van zaken is onvoldoende gewaarborgd dat de gebelde abonnee zijn in artikel 11.7, twaalfde lid, Tw neergelegde rechten naar behoren kan effectueren. In dat geval wordt de gebelde abonnee immers niet actief en daadwerkelijk (effectief) – en daarmee naar behoren – de mogelijkheid geboden zich te verzetten tegen het verdere gebruik van zijn elektronische contactgegevens alsmede de mogelijkheid geboden tot onmiddellijke opname in het BMNR in de zin van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw.

98. Een recente uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam¹⁰⁹ biedt verdere ondersteuning van de visie van het college op de wijze waarop aan de in artikel 11.7, twaalfde lid, Tw neergelegde verplichtingen dient te worden voldaan:

“De wetgever gaat uit van de mogelijkheid dat telemarketeers voldoen aan artikel 11.7, twaalfde lid, van de Tw met behulp van het IVR-bandje. Uit de toelichting bij het Besluit BMNR (Stb. 2009, 129, blz. 8) blijkt ook dat het IVR-bandje dient om bij een telefonische inschrijving de inschrijving feitelijk te verrichten. De voorzieningenrechter is echter van oordeel dat het enkele gebruik van dit IVR-bandje niet automatisch naleving van artikel 11.7, twaalfde lid, van de Tw betekent. Wil er sprake zijn van naleving van de bepaling bij gebruikmaking van het IVR-bandje voor het aanbieden van het recht van verzet en de

¹⁰⁸ Zie ook: Standpunt Telemarketing 2011, d.d. 15 september 2011, gepubliceerd op <https://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=3476>.

¹⁰⁹ Zie: Vzr. Rb. Rotterdam 1 juni 2011, reg nr. AWB 11/7153 TELEC, r.o. 2.4.2.4.

Besluit Openbaar

mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR, dan zal de beller tijdens het gesprek moeten wijzen op dit bandje en de inhoud van het bandje, Naar het oordeel van de voorzieningenrechter kan in dat verband dan ook niet worden volstaan met de enkele mededeling dat de betrokkene, als hij nog even aan de lijn blijft, wordt doorgeschakeld naar een bandje met uitleg over het nieuwe BMNR of woorden van gelijke strekking. In dat geval wordt immers niet tijdens het gesprek, maar na het gesprek gewezen op hetgeen in artikel 11.7, twaalfde lid, van de Tw is bepaald.”

99. In een (andere) – reeds eerder aangehaalde – recente uitspraak van de Rechtbank Rotterdam wordt in dit verband als volgt overwogen:¹¹⁰

“De rechtbank is van oordeel dat niet kan worden volstaan met het enkele gebruik van het IVR-bandje. Dit bandje is bedoeld om inschrijving in het BMNR te realiseren. (...)

Wil er sprake zijn van correcte naleving van de in artikel 11.7, twaalfde lid, van de Tw neergelegde norm voor het aanbieden van het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR, dan zal de consument al tijdens het gesprek op de mogelijkheid van verzet en inschrijving in het BMNR moeten worden gewezen om te voorkomen dat de consument het bandje niet verder zal af luisteren. De door de externe callcenters in de onderhavige gevallen gehanteerde introductieteksten, inhoudend dat de abonnee, als hij nog even aan de lijn blijft, wordt doorgeschakeld naar een bandje met uitleg over het nieuwe BMNR of woorden van gelijke strekking, voldoen naar het oordeel van de rechtbank niet aan deze norm. In deze gevallen wordt immers niet reeds tijdens het gesprek, maar pas daarna gewezen op de mogelijkheid van registratie in het BMNR. Bovendien wordt in de introductieteksten van de callcenters het woord verzet in het geheel niet genoemd.”

100. Het college constateert dat de (Voorzieningenrechter van) de Rechtbank Rotterdam de uitleg van het college onderschrijft. Bij gebruikmaking van het IVR-bandje (voor het aanbieden van het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR), kan niet worden volstaan met de enkele mededeling dat de betrokkene, als hij nog even aan de lijn blijft, wordt doorgeschakeld naar een bandje met uitleg over het nieuwe BMNR of woorden van gelijke strekking.

7.3.3 Duidelijkheid van de norm

101. GDL geven in hun zienswijze aan dat voornoemde norm, voornamelijk ten aanzien van het aanbieden van het recht van verzet en de informatie die GDL hierbij hadden moeten geven, ten tijde van de onderzoeksperiode voor hen niet duidelijk was. Naar het oordeel van GDL toonde het college pas in november 2011, met het Standpunt Telemarketing 2011, uitgebreid haar visie op de geldende regelgeving ten aanzien van het recht van verzet. Volgens GDL konden zij hierdoor gedurende de onderzoeksperiode geen rekening houden met deze uitleg.

¹¹⁰ Zie: Rb. Rotterdam 6 december 2012, LJN: BY 5391, r.o. 5.3.

Besluit Openbaar

102. Naar het oordeel van het college heeft zij reeds in mei 2006 duidelijkheid verschaft over de geldende regelgeving. In zijn Definitief Standpunt Telemarketing 2006¹¹¹ heeft het college aangegeven dat het aan de telemarketingbranche zelf is om vorm te geven aan het actief aanbieden van het recht van verzet tijdens het telefoongesprek. Ook is hierbij aangegeven dat dit niet per se aan het begin van het gesprek hoeft te zijn. Mede gelet op de duidelijkheid van het wetsartikel alsook de in paragraaf 7.3.2 geschetste wetsgeschiedenis, levert dit Standpunt geen onduidelijkheid op over de norm van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw.

103. Dat dit wetsartikel in 2011 met het Standpunt Telemarketing 2011 aanvullend is toegelicht, maakt dit niet anders. De norm was duidelijk, althans had duidelijk moeten zijn voor GDL. Het college ziet zich hierin gesteund door voornoemde uitspraak van de Rechtbank Rotterdam.¹¹²

7.3.4 Introductieteksten niet conform norm

104. Gelet op het voorgaande onderschrijft het college de constatering van de rapporteur in het onderzoeksrapport¹¹³ dat de introductieteksten die de externe callcenters [VERTROUWELIJK], [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] in de onderzoeksperiode hebben gebruikt (bij het telefonisch werven van deelnemers voor BGL, NPL en VL) niet voldoen aan het bepaalde in artikel 11.7, twaalfde lid, Tw.

105. Met de introductieteksten kondigen genoemde externe callcenters hoogstens het gebruik van het IVR-bandje aan, en waar het bandje in het algemeen over gaat. In de onderhavige gevallen zijn introductieteksten gehanteerd, inhoudend dat de abonnee, als hij nog even aan de lijn blijft, wordt doorgeschakeld naar een bandje met uitleg over het nieuwe BMNR (of woorden van gelijke strekking). Het college is derhalve van oordeel dat daarmee niet tijdens het gesprek, maar op zijn vroegst pas eventueel daarna (naar behoren) wordt gewezen op zijn rechten.

106. In deze introductieteksten komen niet de elementen van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw aan de orde. Evenmin wordt er duidelijk op gewezen dat de abonnee met het bandje kan regelen dat hij niet meer gebeld wordt en de mogelijkheid krijgt aangeboden om opgenomen te worden in het BMNR. Bovendien wordt in de gebruikte introductieteksten van de genoemde callcenters het woord verzet in het geheel niet genoemd.

107. Van de 42 campagnes (en de daarbij behorende 42 belbestanden) die volgens het onderzoeksrapport¹¹⁴ in dit verband relevant zijn, zijn 29 campagnes uitgevoerd door [VERTROUWELIJK], 12 campagnes door [VERTROUWELIJK] en 1 campagne door [VERTROUWELIJK].¹¹⁵ Aangezien geen van deze door GDL ingeschakelde externe

¹¹¹ Zie: Definitief Standpunt Telemarketing zoals vastgesteld op 16 mei 2006 en bekend gemaakt op de website van OPTA (<https://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=1985>) op 17 mei 2006.

¹¹² Zie: Rb. Rotterdam 6 december 2012, *LJN*: BY 5391, r.o. 5.3.

¹¹³ Zie: Onderzoeksrapport, randnummer 116 e.v.

¹¹⁴ Zie: Onderzoeksrapport, randnummer 118 e.v. en randnummers 82-84 van dit besluit.

¹¹⁵ Zie: Onderzoeksrapport, Bijlage III, kolom 8 – 13 voor een overzicht van welke campagnes door welk callcenter zijn uitgevoerd. Allereerst merkt het college op dat in randnummer 120 van het onderzoeksrapport ten onrechte wordt gesproken van 11 campagnes die door [VERTROUWELIJK] is gebeld. Uit voornoemde bijlage bij het onderzoeksrapport blijkt dat dit er 12 zijn. Het college merkt deze fout in het onderzoeksrapport aan als kennelijke verschrijving. Daarnaast merkt het college op dat het deel van campagne 52 dat zich in de onderzoeksperiode bevindt en dus door het college is meegenomen in zijn besluitvorming, is gebeld door het callcenter [VERTROUWELIJK].

Besluit Openbaar

callcenters introductieteksten hebben gebruikt die voldoen aan het bepaalde in artikel 11.7, twaalfde lid, Tw, zijn het recht van verzet en inschrijving in het BMNR bij deze campagnes niet op juiste wijze door of namens GDL aangeboden.

7.3.5 Conclusie

108. Gelet op al het voorgaande concludeert het college dat bij (ten minste¹¹⁶) 42 campagnes die in opdracht van GDL gedurende de onderzoeksperiode zijn uitgevoerd, het aanbieden van het recht van verzet en inschrijving in het BMNR zoals bedoeld in artikel 11.7, twaalfde lid, Tw niet conform de toepasselijke wettelijke norm heeft plaatsgevonden. In totaal zijn er in het kader van deze 42 campagnes, binnen de aangegeven periode, 546.851 abonnees gebeld.¹¹⁷ Dit levert een overtreding op van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw.¹¹⁸

7.4 Overtreders

7.4.1 De rechtspersonen BGL, NPL en VL

109. De telemarketingregelgeving van artikel 11.7 Tw richt zich tot degene die communicatie overbrengt of over 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).¹¹⁹
110. BGL, NPL en VL hebben de opdracht tot het voeren van de telemarketinggesprekken gegeven aan de door hen ingeschakelde callcenters. De communicatie is gevoerd op initiatief van BGL, NPL en VL, die bovendien de keuze maakten voor het betreffende medium (telefoongesprekken). De telemarketinggesprekken werden vervolgens ten behoeve van BGL, NPL en VL opgezet en uit hun naam uitgevoerd. De communicatie is gericht op het werven van deelnemers voor BGL, NPL en VL. Gelet hierop merkt het college BGL, NPL en VL aan als overtreders, dat wil zeggen als plegers, althans medeplegers, van de in paragraaf 7.2 en 7.3 van dit besluit genoemde overtredingen.
111. Ten aanzien van het overtrederschap van VL merkt het college overigens nog op dat de voormalige rechtspersoon SBL op 1 januari 2011 enkel van naam is veranderd en vanaf die datum als VL zich in het economisch verkeer begeeft. Daaraan heeft geen vorm van rechtsopvolging ten grondslag gelegen.¹²⁰ Deze naamswijziging heeft op het overtrederschap van deze rechtspersoon derhalve geen invloed.

¹¹⁶ GDL hebben immers alleen de belbestanden aangeleverd die door hen zijn gebruikt en niet zijn ontdebeld met het BMNR. Het is goed denkbaar dat GDL in de onderzoeksperiode ook belbestanden hebben gebruikt die wel zijn ontdebeld met het BMNR. Ook ten aanzien van die gebruikte belbestanden kan het zo zijn dat het recht van verzet niet in alle gevallen op de juiste wijze wordt aangeboden. Deze belbestanden zijn in het onderzoek naar overtredingen van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw echter niet betrokken; enkel de 42 correct aangeleverde belbestanden zijn in dit kader beoordeeld door de rapporteur.

¹¹⁷ Hiervan zijn 11 campagnes uitgevoerd in opdracht van BGL, met een totaal van 185.384 gebelde telefoonnummers, 6 campagnes zijn uitgevoerd in opdracht van NPL, met 156.779 gebelde telefoonnummers en 25 campagnes zijn uitgevoerd door VL, in het kader waarvan 204.688 telefoonnummers zijn gebeld.

¹¹⁸ Zie: Onderzoeksrapport, Digitale bijlage: Telefoonnummers lid 12 aanbieden RVV+BMNR, lid 12 gdl.accdb.

¹¹⁹ Zie: *Kamerstukken II* 2007/08, 30 661, nr. 8, p.7.

¹²⁰ Zie: gespreksverslag van de hoorzitting dd. 14 juni 2012, p. 11.

Besluit Openbaar

7.4.2 De Holding

112. Het college constateert dat de (Raad van Commissarissen van de) Holding niet alleen toezicht houdt maar dat de Holding tevens de bestuurstaken van BGL, NPL en VL feitelijk uitvoert. De directie en de managing directors van de Holding zijn namelijk tevens de directie en de managing directors van BGL, NPL en VL. De Raad van Commissarissen van de Holding vertrouwt aan de leden van de directie van de Holding de dagelijkse leiding van BGL, NPL en VL toe. BGL, NPL en VL delen de verschillende afdelingen van de Holding met elkaar. BGL, NPL, VL 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, NPL en VL aan te melden bij het CBP.
113. Gelet op voorgaande feiten en omstandigheden stelt het college vast dat er een grote verwevenheid bestaat tussen BGL, NPL, VL en de Holding. Hierdoor is geen onderscheid te maken tussen de gedragingen van BGL, NPL en VL enerzijds en de Holding anderzijds. Het college acht het op grond hiervan aannemelijk dat de Holding op de hoogte was van de gedragingen van BGL, NPL en VL die een overtreding van de telemarketingregelgeving vormden, althans daar redelijkerwijs van op de hoogte had kunnen zijn. De Holding heeft evenwel op geen enkel moment ingegrepen in deze gedragingen. Daarmee staat naar het oordeel van het college vast dat de gedragingen van NPL, BGL en VL binnen de machtsfeer van de Holding vielen en dat de Holding deze kennelijk heeft aanvaard of in het algemeen placht te aanvaarden.¹²¹ Het college merkt de Holding dan ook – naast NPL, BGL en VL – als (functioneel) dader en dus overtreder aan van de telemarketingregelgeving.
114. Het college ziet zich hierin gesteund door een uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam¹²² waarin de Voorzieningenrechter het standpunt dat de Holding, gelet op haar nauwe betrokkenheid bij de (telemarketing)activiteiten van NPL en BGL, - naast BGL en NPL - als (functioneel) dader moest worden aangemerkt, onderschreef:

“(…) De Voorzieningenrechter merkt hierbij op dat verweerder naast BGL en NPL ook de Holding als overtreder heeft aangemerkt. Verweerder heeft kort gezegd gesteld dat de Holding voldoet aan de criteria van de Hoge Raad zoals die blijken uit het arrest van 21 oktober 2003 (LJN AF7938) en dat in het bestreden besluit en het boeterapport is gewezen op een groot aantal feiten en omstandigheden die niet door verzoeksters zijn bestreden. Naast het gegeven dat de Holding alle aandelen houdt in BGL en NPL en dezelfde personen de rechtspersonen besturen blijkt ook uit de overige feiten en omstandigheden dat de Holding nauw betrokken is bij de telemarketingactiviteiten van de Loterijen. De voorzieningenrechter ziet in hetgeen verzoeksters thans hebben aangevoerd geen reden verweerdens standpunt voor onjuist te houden.”

¹²¹ Zie bijvoorbeeld: HR 21 oktober 2003, LJN: AF7938; Rb. Rotterdam 28 juni 2005, JOR 2005, 214. Vgl. ook: HR 24 januari 2012, LJN: BU5349.

¹²² Zie: V.zr. Rb. Rotterdam, 1 juni 2011, reg. nr. AWB 11/1753 TELEC, r.o. 2.4.2.5. Het betreft de uitspraak inzake het verzoek van BGL, NPL en de Holding aan de Rechtbank Rotterdam tot het treffen van een voorlopige voorziening tegen publicatie van een eerder boetebesluit van het college omtrent geconstateerde overtredingen van de telemarketingregelgeving door BGL, NPL en de Holding (zie randnummer 3 van dit besluit).

Besluit Openbaar

115. Op grond van het voorgaande merkt het college de Holding – naast NPL, BGL en VL – aan als overtreder van de in paragraaf 7.2 en 7.3 van dit besluit genoemde overtredingen.

7.4.3 Conclusie ten aanzien van de overtreders

116. Het college merkt BGL, NPL, VL en de Holding allen aan als overtreder van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw en artikel 11.7, twaalfde lid, Tw.

7.5 De procedure

117. GDL hebben herhaaldelijk aan het college verzocht¹²³ om de besluitvorming volgend op het reeds uitgebrachte onderzoeksrapport in kwestie op te schorten tot nadat de Rechtbank Rotterdam uitspraak heeft gedaan in de aanhangige beroepsprocedure inzake eerder aan GDL opgelegde boetes voor niet naleving van de telemarketingregelgeving.¹²⁴
118. Het college heeft GDL bij brief van 16 oktober 2012¹²⁵ bericht dat hij de onderhavige besluitvorming zal op te schorten tot nadat deze uitspraak bekend zal zijn gemaakt. Daarmee is de wettelijke termijn waarin het college dit besluit diende te nemen – met instemming van GDL – in de tussentijd opgeschort geweest, welke termijn overigens reeds eerder op verzoek van GDL opgeschort is geweest.¹²⁶
119. Het college wijst er volledigheidshalve op dat hij niettemin van oordeel is dat het onderzoeksrapport dat als uitgangspunt heeft gediend voor het besluit waarover nu in beroep door de Rechtbank Rotterdam is geoordeeld (in dit kader hierna: het eerste onderzoeksrapport), en het onderzoeksrapport dat als uitgangspunt dient voor de huidige besluitvorming (in dit kader hierna: het tweede onderzoeksrapport), zijn gestoeld op verschillende feiten en gedragingen.
120. Het eerste onderzoeksrapport, en de daarop volgende besluitvorming van het college, betrof het niet ontdebelen van belbestanden wegens een menselijke fout en het niet correct aanbieden, verwerken of respecteren van het recht van verzet in de periode 1 oktober 2009 tot 1 november 2009 door of namens BGL, NPL en de Holding. Het tweede onderzoeksrapport en het onderhavige besluit zien op het niet ontdebelen van belbestanden wegens (beweerdelijke) gevraagde communicatie en marktonderzoek in de periode 1 november 2009 tot 1 november 2010 door of namens GDL. Hieruit blijkt dat zowel de periode, de betrokken partijen, alsook de feiten en gedragingen verschillend zijn.
121. Het eerste onderzoeksrapport, en de daarop volgende besluitvorming van het college, hadden tevens tot onderwerp dat er sprake was van het niet correct aanbieden, verwerken of respecteren van het recht van verzet in de periode 1 oktober 2009 tot 1 november 2009 door of namens BGL, NPL en de Holding. Het tweede onderzoeksrapport (en het onderhavige besluit) ziet (/zien) op gedraging die tevens zijn te kwalificeren als het niet correct aanbieden,

¹²³ Zie: Randnummer 6 en 33 van dit besluit.

¹²⁴ Zie: Randnummer 3 van dit besluit. Het betreft beroep met procedurenummer AWB 11 / 4135 G103.

¹²⁵ Zie: Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2012/202688.

¹²⁶ Zie: Randnummer 5 en voetnoot 12 van dit besluit.

Besluit Openbaar

verwerken of respecteren van het recht van verzet in de periode 1 november 2009 tot 1 november 2010 door of namens GDL. Ook ten aanzien van het niet naar behoren aanbieden van het recht van verzet is sprake van duidelijke verschillen ten aanzien van de relevante feiten, betrokken partijen en gedragingen in het eerste en het tweede onderzoeksrapport. Zo is er sprake van ander(soortig)e belcampagnes en hebben beide rapporten niet altijd dezelfde callcenters en gebruikte introductieteksten tot onderwerp.¹²⁷

122. Gelet op het voorgaande is het college van oordeel dat – nadat het eerste onderzoeksrapport reeds aanleiding was voor het college om BGL, NPL en de Holding boetes op te leggen – het opnieuw starten van een onderzoek (waarvan het tweede onderzoeksrapport een uitvloeisel is) en als gevolg hiervan wederom opleggen van sancties aan BGL, NPL, VL en de Holding (gezamenlijk:GDL), niet leidt tot schending van het ne bis in idem-beginsel.

8 Ernst van de overtreding

8.1 Boetebeleid OPTA¹²⁸

123. 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 ieder boetebesluit moet worden afgewogen hoe hoog de boete in dat concrete geval moet zijn.
124. 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).
125. Het college bepaalt de ernst van de overtreding door eerst de zwaarte van de overtreding in abstracto te bepalen en deze daarna te bezien in het licht van de omgevingsfactoren (de economische context alsmede de bijzondere omstandigheden van het geval). Deze 'optelsom' bepaalt de definitieve kwalificatie van de overtreding: zeer ernstig, ernstig of minder ernstig.

¹²⁷ In het kader van het besluit dat naar aanleiding het eerste onderzoeksrapport door het college is genomen, is ten aanzien van vier verschillende callcenters (waaronder [VERTROUWELIJK]) geoordeeld dat de door die callcenters gebruikte introductieteksten van IVR-bandjes niet voldoen aan het bepaalde in artikel 11.7, twaalfde lid, Tw. Voor dit besluit zijn echter maar drie callcenters (en de door deze partijen gebruikte introductieteksten in vorenbedoelde zin) relevant. De enige overeenkomst tussen beide besluiten is dat in beide gevallen (ten behoeve van per geval verschillende campagnes) door het college is geoordeeld dat met de door [VERTROUWELIJK] en [VERTROUWELIJK] gebruikte introductieteksten niet wordt voldaan aan artikel 11.7, twaalfde lid, Tw.

¹²⁸ Het college heeft onderzocht of de boetebeleidsregels OPTA 2010 gunstiger voor GDL zijn dan de boetebeleidsregels OPTA 2008 en heeft geconcludeerd dat dit niet het geval is. Zie: *Stcrt.* 2008 nr. 50 van 11 maart 2008 (<http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=2530>) en *Stcrt.* 2010 nr. 5163 van 2 april 2010 (<http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=3164>).

Besluit Openbaar

8.2 Zwaarte van de overtreding

126. 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.
127. In zijn Boetebeleidsregels heeft het college een overtreding van de telemarketingregels zoals neergelegd in artikel 11.7 Tw in abstracto als minder zwaar aangemerkt.¹²⁹ Wat de ernst van de overtreding van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw en de overtreding van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw in concreto betreft overweegt het college het volgende.

8.3 Omgevingsfactoren

128. Bij het bepalen van de ernst van de overtredingen in concreto houdt het college, naast de hiervoor vastgestelde zwaarte van de overtredingen in abstracto, rekening met de omgevingsfactoren (de economische context alsmede de bijzondere omstandigheden van het geval) waarin de overtredingen hebben plaatsgevonden. In lijn met zijn toezicht op de handhaving van het spamverbod (artikel 11.7, eerste en derde lid, Tw)¹³⁰ stelt het college de ernst van de overtreding vast onder meer op basis van navolgende criteria:
- aantal geconstateerde overtredingen;
 - meerdere bepalingen overtreden;
 - bijzondere schadelijkheid van het telefoongesprek volgens eindgebruikers.
129. Bovengenoemde criteria zijn niet uitputtend of cumulatief bedoeld. 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.

8.3.1 Omvang en aantal overtredingen

130. Ten aanzien van de omvang en aantal van de overtredingen overweegt het college het volgende. Voor een aantal van haar telemarketingactiviteiten hebben GDL geen gebruik gemaakt van het BMNR. Zodoende zijn abonnees die in dit register zijn opgenomen ongevraagd, telefonisch benaderd voor commerciële doeleinden. Het college stelt vast dat de door GDL uitgeleverde en gebruikte belbestanden in totaal 138.593 telefoonnummers van abonnees bevatten die ingeschreven stonden in het BMNR. Het college heeft in randnummer 50 vastgesteld dat deze abonnees allemaal door of namens GDL zijn gebeld. GDL hadden deze telefoonnummers niet mogen bellen voor de verkoop van hun loten.

¹²⁹ Het gaat hierbij in de eerste plaats om overtredingen van verplichtingen waarbij in het algemeen de concurrentie in beperkte mate wordt belemmerd of de belangen van eindgebruikers in beperkte mate worden geschaad. Zoals bijvoorbeeld overtreding van de verplichtingen die strekken tot bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer waar artikel 11.7 Tw op ziet.

¹³⁰ Zie: Handhavingsbeleid spam, *Stcr.* 2008, nr. 50, p. 29.

Besluit Openbaar

131. Het college heeft daarnaast in randnummer 108 vastgesteld dat GDL en de door hen ingeschakelde callcenters in totaal voor minstens 546.851 telefoonnummers niet, althans niet op de juiste wijze, het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR hebben aangeboden. Zodoende is abonnees niet, althans niet op de juiste wijze, de mogelijkheid geboden aan te geven dat zij in de toekomst niet meer ongevraagd willen worden gebeld, terwijl dit wel had gemoeten.
132. Meer specifiek overweegt het college ten aanzien van de omvang en het aantal van de overtredingen dat meerdere bepalingen van artikel 11.7 Tw herhaaldelijk zijn overtreden. Een en ander brengt het college tot de volgende vaststellingen.
- Het college stelt vast dat de Holding en BGL in de periode van 1 november 2009 tot 1 november 2010, ieder voor zich en al dan niet gezamenlijk, voor haar telemarketingactiviteiten de bestanden van het BMNR niet hebben gebruikt en dat zij vervolgens in deze periode 30.154 telefoonnummers van abonnees hebben gebeld terwijl deze telefoonnummers opgenomen waren (zijn) in het BMNR. Het college stelt voorts vast dat de Holding en BGL, al dan niet door de door GDL ingeschakelde callcenters, gedurende deze periode, ieder voor zich en al dan niet gezamenlijk, tijdens het gesprek het recht van verzet en de mogelijkheid tot onmiddellijke opname in het BMNR minstens 185.384 keer niet, althans niet op de juiste wijze, aan de abonnee hebben aangeboden.
 - Het college stelt vast dat de Holding en NPL in de periode van 1 november 2009 tot 1 november 2010, ieder voor zich en al dan niet gezamenlijk, voor haar telemarketingactiviteiten de bestanden van het BMNR niet hebben gebruikt en dat zij vervolgens in deze periode 31.685 telefoonnummers van abonnees hebben gebeld terwijl deze telefoonnummers opgenomen waren (zijn) in het BMNR. Het college stelt voorts vast dat de Holding en NPL, al dan niet door de door GDL ingeschakelde callcenters, gedurende deze periode, ieder voor zich en al dan niet gezamenlijk, tijdens het gesprek het recht van verzet en de mogelijkheid tot onmiddellijke opname in het BMNR minstens 156.779 keer niet, althans niet op de juiste wijze, aan de abonnee hebben aangeboden.
 - Het college stelt vast dat de Holding en VL in de periode van 1 november 2009 tot 1 november 2010, ieder voor zich en al dan niet gezamenlijk, voor haar telemarketingactiviteiten de bestanden van het BMNR niet hebben gebruikt en dat zij vervolgens in deze periode 76.754 telefoonnummers van abonnees hebben gebeld terwijl deze telefoonnummers opgenomen waren (zijn) in het BMNR. Het college stelt voorts vast dat de Holding en VL, al dan niet door de door GDL ingeschakelde callcenters, gedurende deze periode, ieder voor zich en al dan niet gezamenlijk, tijdens het gesprek het recht van verzet en de mogelijkheid tot onmiddellijke opname in het BMNR minstens 204.688 keer niet, althans niet op de juiste wijze, aan de abonnee hebben aangeboden.

8.3.2 Geschonden belang

133. Ongevraagde communicatie in de vorm van telefonische oproepen vormt een grote bron van irritatie en veroorzaakt veel overlast bij consumenten. Uit onderzoek is gebleken dat:

Besluit Openbaar

- negen op de tien consumenten telemarketing (waarbij geen sprake is van een klantrelatie, het 'cold calling') als storend ervaren;¹³¹
 - een meerderheid van de consumenten vindt dat telemarketing dusdanig storend is dat zij van plan zijn zich voor telemarketing af te melden.¹³²
134. Dat telemarketing een grote bron van irritatie vormt en veel overlast veroorzaakt bij consumenten blijkt ook uit de signalen en gegevens die het college ontvangt van ConsuWijzer. Ten algemene geldt volgens die signalen dat telemarketing de grootste bron van ergernis is geworden. In het bijzonder loterijen nemen daarbij een belangrijke plaats in. Was in 2010 het aandeel nog 11%, in 2011 hadden veruit de meeste signalen over telemarketing betrekking op loterijen (26%).¹³³
135. De telemarketingregelgeving heeft als doel om consumentenirritatie die ontstaat door telemarketing (ongevraagd gebeld worden voor een commercieel, ideëel of charitatief doel) te doen wegnemen. Abonnees die niet ongevraagd gebeld willen worden is in de eerste plaats niet, althans niet op de juiste wijze, de mogelijkheid geboden om daartegen bezwaar te maken. Bovendien zijn veel abonnees die er bewust voor gekozen hebben om hun telefoonnummers op te laten nemen in het BMNR toch namens GDL gebeld. Het vertrouwen van consumenten in de werking van het BMNR wordt hierdoor geschaad. De doelstelling die de wetgever voor ogen had met de invoering van het BMNR wordt hierdoor ook ondermijnd.
136. In dit verband is de wijze waarop het IVR-bandje tijdens het telefonisch gesprek ter zake van het recht van verzet en inschrijving in het BMNR wordt ingeleid cruciaal. Deze moet duidelijk, eenvoudig en ondubbelzinnig begrijpelijk zijn voor een gemiddelde consument. Een duidelijke, eenvoudige en ondubbelzinnige introductietekst is niet moeilijk te formuleren.¹³⁴ De door GDL ingeschakelde callcenters hanteerden introductieteksten die *de facto* geen recht van verzet en de mogelijkheid tot opname in het BMNR aanbieden. Daardoor hebben GDL consumenten de mogelijkheid ontnomen hun ergernis over telemarketing in het algemeen en over loterijen in het bijzonder te beperken. Immers, GDL heeft door hun werkwijze bewust het risico genomen dat dezelfde consument in de toekomst opnieuw (meerdere keren) ongevraagd telefonisch is benaderd terwijl hij dat had kunnen voorkomen wanneer het recht van verzet op een juiste wijze zou zijn aangeboden.

¹³¹ Zie: SEO Economisch Onderzoek, *Telemarketing: irritatie geregeld?* (onderzoek in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken), Amsterdam 2007, p. 19.

¹³² Zie: SEO Economisch Onderzoek, *Telemarketing: irritatie geregeld?* (onderzoek in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken), Amsterdam 2007, p. 21-22: het betreft 56% van de consumenten.

¹³³ Zie: Jaarverslagen OPTA 2010 en 2011. Zie: <http://jaarverslag2010.opta.nl/download/OPTA%20Jaarverslag%202010%20-%20verkorte%20jaarrekening.pdf> en <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=3577>. Zie ook: Top vijf meldingen bij ConsuWijzer: 1. misleidende en agressieve verkoop, m.n. telefonische werving door o.a. loterijen en goede doelen (<http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=3554>). Zie ook: <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=3345>. Zie verder de brief van de minister van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie aan de Tweede Kamer van 25 januari 2011 (<http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/telefonie/documenten-en-publicaties/kamerstukken/2011/01/25/stand-van-zaken-bel-me-niet-register.html>).

¹³⁴ Bijvoorbeeld door tijdens het gesprek actief, dat wil zeggen uit eigen beweging, te vragen of de betreffende abonnee er bezwaar tegen heeft dat hij in de toekomst nog eenmaal ongevraagd telefonisch wordt benaderd door X met een aanbod voor product(-groep) X.

Besluit Openbaar

137. De hiervoor genoemde feitelijkheden zijn de belangrijkste redenen waarom het college het niet naleven van de telemarketingregels zoals neergelegd in artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw en artikel 11.7, twaalfde lid, Tw (in ruime zin) schadelijk acht.

8.3.3 Economische context

138. Door belbestanden te gebruiken met daarin de contactgegevens van abonnees die staan ingeschreven in het BMNR en deze abonnees ook daadwerkelijk te bellen, hebben GDL een voordeel behaald ten opzichte van haar concurrenten die wel belbestanden ontdebellen met het BMNR. GDL hebben door abonnees te bellen die ingeschreven staan in het BMNR, en dus niet gebeld willen worden, de kring van benaderbare potentiële klanten op onrechtmatige wijze vergroot ten opzichte van concurrenten die zich wel aan de telemarketingregels houden.

8.4 Conclusie ten aanzien van de ernst van de overtreding

139. Gelet op het feit dat veel consumenten via ConsuWijzer klachten indienen bij het college over ongevraagde telefoontjes van GDL is er sprake van ergernis en overlast bij consumenten over deze telefoontjes. Het college heeft in zijn eerdere boetebesluit de verwachting uitgesproken dat het niet respecteren door een adverteerder – in casu GDL – van inschrijving in het BMNR, in vergelijking met het niet aanbieden van het recht van verzet en inschrijving in het BMNR tijdens het gesprek, voor de meeste overlast en irritatie zorgt bij consumenten. Het college achtte om die reden de overtreding van het bellen van abonnees die staan ingeschreven in het BMNR schadelijker dan de overtreding van het niet aanbieden van het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR. Voortschrijdend inzicht, onder meer gebaseerd op de aanhoudende signalen van ConsuWijzer en verscherpte politieke aandacht, heeft er toe geleid dat het college thans van mening is dat de onderhavige overtredingen ten minste evenveel consumentenirritatie oproepen en derhalve ten minste even schadelijk zijn. Immers, indien GDL het recht van verzet alsmede het opnemen in het BMNR niet, althans niet op de juiste wijze, aanbieden en vervolgens dus ook niet verwerken en respecteren, kan dat leiden tot het ten onrechte voortduren van (meerdere) ongevraagde, ongewenste telemarketinggesprekken en navenante ergernis bij de individuele consument.
140. Het college heeft vastgesteld dat de Holding en BGL belbestanden hebben gebruikt/doen gebruiken met daarin 30.154 telefoonnummers van abonnees die ingeschreven stonden in het BMNR en heeft vastgesteld dat deze abonnees allemaal zijn gebeld. Voorts heeft het college vastgesteld dat de Holding en BGL 185.384 abonnees niet, althans niet op de juiste wijze, het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR hebben aangeboden of laten aanbieden, terwijl dit wel had moeten.
141. Het college heeft vastgesteld dat de Holding en NPL belbestanden hebben gebruikt/doen gebruiken met daarin 31.685 telefoonnummers van abonnees die ingeschreven stonden in het BMNR en heeft vastgesteld dat deze abonnees allemaal zijn gebeld. Voorts heeft het college vastgesteld dat de Holding en NPL 156.779 abonnees niet, althans niet op de juiste wijze, het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR hebben aangeboden of laten aanbieden, terwijl dit wel had moeten.

Besluit Openbaar

142. Het college heeft vastgesteld dat de Holding en VL belbestanden hebben gebruikt/doen gebruiken met daarin 76.754 telefoonnummers van abonnees die ingeschreven stonden in het BMNR en heeft vastgesteld dat deze abonnees allemaal zijn gebeld. Voorts heeft het college vastgesteld dat de Holding en VL 204.688 abonnees niet, althans niet op de juiste wijze, het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR hebben aangeboden of laten aanbieden, terwijl dit wel had moeten.
143. Naar het oordeel van het college is er in alle gevallen sprake van een zeer groot aantal overtredingen van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw die, mede gelet op de organisatorische verwevenheid van GDL, in onderlinge verband dienen te worden beschouwd. Er is daarnaast sprake van overtredingen van meerdere bepalingen van artikel 11.7 Tw met een structureel karakter. Op grond van het voorgaande merkt het college de overtredingen van GDL van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw aan als ernstig. Dit indiceert een boete van maximaal € 300.000 per overtreding.
144. Het college beschouwt in alle gevallen het aantal abonnees waaraan GDL structureel niet, althans niet op de juiste wijze, het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR hebben aangeboden als een zeer groot aantal overtredingen die, mede gelet op de organisatorische verwevenheid van GDL, in onderlinge verband dienen te worden beschouwd. Er is daarnaast sprake van overtredingen van meerdere bepalingen van artikel 11.7 Tw met een structureel karakter. Op grond van het voorgaande merkt het college de overtredingen van GDL van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw aan als ernstig. Dit indiceert een boete van maximaal € 300.000 per overtreding.

9 Vaststelling van de hoogte van de boete

9.1 Duidelijkheid norm

145. De normen van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw is duidelijk. Artikel 11.7, vijfde lid, Tw staat ongevraagde communicatie voor de daar genoemde doelen toe met inachtneming van het bepaalde in het zesde tot en met het twaalfde lid. Artikel 11.7, tiende lid, Tw behelst een gebod om belbestanden te ontdebellen met het BMNR en artikel 11.7, negende lid, Tw behelst een verbod op het bellen van abonnees die staan ingeschreven in het BMNR. Het niet of niet juist ontdebellen van belbestanden met het BMNR en het ongevraagd bellen van abonnees die staan ingeschreven in het BMNR zijn daarmee eigenstandige overtredingen van het bepaalde in artikel 11.7, negende onderscheidenlijk het tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw.
146. 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, wil het enige betekenis hebben, logischerwijs tot gevolg dat gedurende het gesprek de betreffende abonnee actief moet worden gewezen op dit bandje en wat het inhoudt.

Besluit Openbaar

147. De gewijzigde Telecommunicatiewet is in werking getreden op 1 oktober 2009. Bij de wijziging is de invoering van het BMNR in artikel 11.7 Tw opgenomen. Voorafgaand aan de inwerkingtreding van de gewijzigde Telecommunicatiewet zijn de gevolgen ervan voor onder meer de telemarketingbranche uitgebreid door het college en het voor het telecommunicatiebeleid verantwoordelijke Ministerie van Economische zaken, Landbouw en Innovatie over het voetlicht gebracht. Zo is de nieuwe wetgeving via haar website belicht in brochures,¹³⁵ standpunten,¹³⁶ brieven,¹³⁷ persberichten¹³⁸ en dergelijke. Verder werden en worden door het college ook concrete vragen beantwoord¹³⁹ en voorlichting gegeven op bijeenkomsten van de branche, et cetera. Kortom, er is veel, zo niet alles, aan gedaan om de betrokken branche de gelegenheid te geven zich gedegen voor te bereiden op het nieuwe (strengere) regime en de nodige maatregelen te treffen om aan de wettelijke eisen te voldoen. Het college kan en mag er dan ook van uit gaan dat (toekomstige) telemarketeers op de hoogte waren, althans hadden moeten zijn, van de telemarketingregels en de uitleg die het college daaraan geeft. Daarbij komt dat het college reeds in april 2009 heeft aangekondigd de handhaving van de nieuwe regels voor telemarketing onmiddellijk na inwerkingtreding van de wet te zullen starten.¹⁴⁰

9.2 Verwijtbaarheid

148. Ten algemene overweegt het college ten aanzien van de verwijtbaarheid dat GDL hebben aangegeven dat zij zich voorafgaand aan de invoering van het BMNR juridisch hebben laten adviseren over de consequenties van de wetgeving en hoe een en ander in haar werkwijze of bedrijfsvoering zou moeten worden geïmplementeerd. De Holding beschikt bovendien over een eigen (juridische) afdeling Politiek en Vergunningen die voor BGL, NPL en VL de vergunningen en bijbehorende reglementen beheert en belast is met juridische zaken en met het volgen van de wet- en regelgeving.¹⁴¹ Tevens hebben GDL bewust gekozen om met callcenters samen te werken die ook betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van het BMNR. Tot slot zijn voorafgaand aan de inwerkingtreding de nieuwe telemarketingregels uitgebreid door het college en het Ministerie van Economische zaken, Landbouw en Innovatie over het voetlicht gebracht. GDL waren derhalve op de hoogte van artikel 11.7 Tw en de daarin vervatte regels inzake telemarketing, althans konden en behoorden dat in elk geval te zijn.

9.2.1 Overtreding 1

149. Over de verwijtbaarheid van GDL ten aanzien van het ongevraagd bellen van abonnees die staan ingeschreven in het BMNR merkt het college het volgende op.

¹³⁵ Zie: <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=2961>.

¹³⁶ Zie: <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=1985>.

¹³⁷ Zie: <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=3089>.

¹³⁸ Zie: <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=2909>.

¹³⁹ Via het e-mailadres telemarketing@opta.nl.

¹⁴⁰ Zie: <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=2909>.

¹⁴¹ Zie bijvoorbeeld: Jaarverslag 2009 NPL p. 54 en Jaarverslag 2009 BGL p. 46 op

<http://www.postcodeloterij.nl/Organisatie/Jaarverslagen.htm> en <http://www.bankgiroloterij.nl/Organisatie/Jaarverslag.htm>. Zie ook bijvoorbeeld: Jaarverslag 2010 NPL p. 59 en Jaarverslag BGL 2010, p. 51 op

<http://www.postcodeloterij.nl/Organisatie/Jaarverslagen.htm> en

http://files.bankgiroloterij.nl/Jaarverslag_2010/magazine.html#/spreadview/52/.

Besluit Openbaar

150. Aangenomen mag worden dat GDL voldoende op de hoogte waren van de geldende regelgeving. Desondanks hebben zij voor 31 campagnes de gebruikte belbestanden niet ontdebeld met het BMNR en de telefoonnummers van abonnees die zich daarin bevonden gebeld.
151. GDL waren zich voortdurend bewust van de verplichting van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw, althans konden en behoorden zich daarvan bewust (te) zijn. In die zin zijn de overtredingen GDL volledig toe te rekenen.
152. Door de betreffende belbestanden niet te ontdebelen en hiertoe ook geen poging te hebben ondernomen hebben GDL abonnees gebeld die staan ingeschreven in het BMNR.
153. Het college heeft in randnummer 113 van het onderhavige besluit reeds geconstateerd dat, naast het gegeven dat de Holding alle aandelen houdt in BGL, NPL en VL en dezelfde personen de rechtspersonen besturen, ook uit de overige feiten en omstandigheden blijkt dat de Holding nauw betrokken is (geweest) bij de telemarketingactiviteiten van BGL, NPL en VL. De Holding moet derhalve in staat zijn (geweest) in te grijpen in de gedragingen van BGL, NPL en VL om eventuele overtredingen te voorkomen. Gezien de geconstateerde overtredingen heeft de Holding dit nagelaten of onvoldoende gedaan.
154. Gelet op het voorgaande acht het college de overtredingen van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw volledig verwijtbaar en rekent deze toe aan BGL, NPL, VL en aan de Holding.

9.2.2 Overtreding 2

155. Over de verwijtbaarheid van GDL ten aanzien van het niet, althans niet op de juiste wijze, aanbieden van het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR merkt het college het volgende op.
156. Aangenomen mag worden dat GDL voldoende op de hoogte waren van de geldende regelgeving. Desondanks hebben GDL bij 42 campagnes tijdens elk gesprek het recht van verzet en de mogelijkheid voor onmiddellijke opname in het BMNR niet, althans niet volledig en op een duidelijke, eenvoudige en ondubbelzinnige manier (dus daadwerkelijk effectief), actief (dat wil zeggen uit eigen beweging) aan de abonnee aangeboden.
157. GDL waren zich voortdurend bewust van deze verplichting, althans konden en behoorden zich daarvan bewust (te) zijn. In die zin zijn de overtredingen GDL volledig toe te rekenen.
158. GDL hebben tijdens de hoorzitting aangegeven dat zij de introductieteksten voor het IVR-bandje zelfstandig hebben ingevuld. GDL 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.

Besluit Openbaar

159. Het is de verantwoordelijkheid van degene die abonnees ongevraagd telefonisch wil benaderen, in casu GDL, om de geldende 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 GDL 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 GDL dat de gebruikte introductieteksten voldoen aan artikel 11.7 Tw. Het is het college ook niet gebleken dat GDL of de branchevereniging op enig moment het college ter zake een uitleg heeft gevraagd van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw of hem hieromtrent anderszins heeft benaderd.¹⁴²
160. Het college heeft in randnummer 113 geconstateerd dat, naast het gegeven dat de Holding alle aandelen houdt in BGL, NPL en VL en dezelfde personen de rechtspersonen besturen, ook uit de overige feiten en omstandigheden blijkt dat de Holding nauw betrokken is (geweest) bij de telemarketingactiviteiten van BGL, NPL en VL. De Holding moet derhalve in staat zijn (geweest) in te grijpen in de gedragingen van BGL, NPL en VL om eventuele overtredingen te voorkomen. Gezien de geconstateerde overtredingen heeft de Holding dit nagelaten of onvoldoende gedaan.
161. Gelet op al het voorgaande acht het college de overtredingen van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw volledig verwijtbaar en rekent deze volledig toe aan BGL, NPL, VL en aan de Holding.

9.3 Duur

162. De periode waarin de overtredingen zijn begaan betreft een volledig jaar, namelijk van 1 november 2009 tot 1 november 2010. Het college is van oordeel dat op grond van de onderliggende gegevens de duur met voldoende zekerheid is vastgesteld. Dit is door partijen ook niet betwist. De duur van de overtredingen is naar het oordeel van het college lang.

9.4 Boeteverzwarende of -verlagende omstandigheden

163. BGL, NPL, VL en de Holding hebben medewerking verleend aan het onderzoek. Deze medewerking ging echter niet daadwerkelijk verder dan waartoe GDL wettelijk was gehouden. Het college acht ook geen overige boeteverzwarende of -verlagende omstandigheden aanwezig die betrokken moeten worden bij de vaststelling van de hoogte van de boete

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

164. 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.¹⁴³
165. In aanmerking genomen de ernst van de overtredingen alsmede de hiervoor besproken duur van de overtredingen en de mate van verwijtbaarheid van BGL, NPL, VL en de Holding, legt het college in totaal een bedrag van € 845.000 aan boetes op, bestaande uit:

¹⁴² Bijvoorbeeld middels het speciaal daarvoor in het leven groepen informatiepunt telemarketing@opta.nl. Een en ander is ook naar de branche gecommuniceerd via de brochure 'Nieuwe regels telemarketing' die OPTA reeds in juni 2009 heeft gepubliceerd. Zie: <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=2961>.

¹⁴³ Zie: artikel 3:4, tweede lid, Awb.

Besluit Openbaar

- Een boete van € 150.000 opgelegd aan BGL en de Holding gezamenlijk voor het ongevraagd telefonisch benaderen van abonnees die staan ingeschreven in het BMNR;
- Een boete van € 150.000 opgelegd aan NPL en de Holding gezamenlijk voor het ongevraagd telefonisch benaderen van abonnees die staan ingeschreven in het BMNR;
- Een boete van € 225.000 opgelegd aan VL en de Holding gezamenlijk voor het ongevraagd telefonisch benaderen van abonnees die staan ingeschreven in het BMNR;
- Een boete van € 105.000 opgelegd aan BGL en de Holding gezamenlijk voor het niet, althans niet op de juiste wijze, aanbieden van het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR.
- Een boete van € 100.000 opgelegd aan NPL en de Holding gezamenlijk voor het niet, althans niet op de juiste wijze, aanbieden van het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR;
- Een boete van € 115.000 opgelegd aan VL en de Holding gezamenlijk voor het niet, althans niet op de juiste wijze, aanbieden van het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR.

166. Het college merkt tot slot nog het volgende op. De rechtspersonen BGL en de Holding, NPL en de Holding en VL en de Holding krijgen in casu gezamenlijk boetes opgelegd waarvoor zij als overtreders hoofdelijk aansprakelijk zijn. De (onrechtmatige) gedragingen van BGL, NPL, VL en de Holding zijn niet te scheiden.

10 Besluit tot Publicatie

167. Het college publiceert sinds 1999 openbare versies van zijn (handhavings)besluiten op haar website www.opta.nl. In zijn Beleidsregels openbaarmaking OPTA (hierna: publicatiebeleid) heeft het college het algemene belang van artikel 8 Wob dat ertoe noopt openbaarheid te betrachten, geconcretiseerd door te wijzen op het belang van transparantie, het gelijkheidsbeginsel en de preventieve werking.¹⁴⁴ 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.¹⁴⁵ 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.
168. Op grond van het voorgaande zal het college overgaan tot publicatie van het onderhavige besluit, zonder vermelding van de namen van natuurlijke personen en bedrijfsvertrouwelijke gegevens. Met inachtneming van het hiervoor genoemde publicatiebeleid acht het college publicatie in dit concrete geval in het belang van consumenten om kennis te nemen van het feit dat ten aanzien van GDL is vastgesteld dat deze in strijd hebben gehandeld met het in artikel

¹⁴⁴ Beleidsregels openbaarmaking OPTA van 1 april 2009, *Stcrt.* 2009, nr. 63, tevens gepubliceerd op <https://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=2900>.

¹⁴⁵ www.rechtspraak.nl, *LJN*: BO3468; *AB* 2010, 319 en *JB* 2010, 276.

Besluit Openbaar

11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, en artikel 11.7, twaalfde lid, Tw bepaalde en dat aan hem een sanctie is opgelegd. Consumenten worden zo gewaarschuwd voor dit soort overtredingen. Consumenten die hierdoor al zijn getroffen of hierover zelfs al hebben geklaagd komen op deze manier te weten dat er effectief is gehandhaafd om hun belang te beschermen. Daarnaast is het ook in het belang van marktloterijen om kennis te nemen van de ten aanzien van andere marktdeelnemers genomen (sanctie)besluiten. Afnemers en leveranciers 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 GDL. Van overige belangen of omstandigheden, op grond waarvan zou moeten worden afgezien van publicatie, is het college niet gebleken.

11 Dictum

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

a) stelt vast dat BankGiro Loterij N.V. en Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V., ieder voor zich en al dan niet gezamenlijk, artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, van de Telecommunicatiewet hebben overtreden doordat zij in de periode 1 november 2009 tot 1 november 2010 negen niet ontdebeldde belbestanden hebben gebruikt en 30.154 abonnees ongevraagd telefonisch hebben benaderd, dan wel in opdracht hebben laten benaderen, terwijl deze abonnees stonden ingeschreven in het Bel-me-niet Register:

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

c) stelt vast dat Nationale Postcode Loterij N.V. en Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V., ieder voor zich en al dan niet gezamenlijk, artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, van de Telecommunicatiewet hebben overtreden doordat zij in de periode 1 november 2009 tot 1 november 2010 vijf niet ontdebeldde belbestanden hebben gebruikt en 31.685 abonnees ongevraagd telefonisch hebben benaderd, dan wel in opdracht hebben laten benaderen, terwijl deze abonnees stonden ingeschreven in het Bel-me-niet Register;

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

e) stelt vast dat VriendenLoterij N.V. en Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V., ieder voor zich en al dan niet gezamenlijk, artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, van de Telecommunicatiewet hebben overtreden doordat zij in de periode 1 november 2009 tot 1 november 2010 17 niet ontdebeldde belbestanden hebben gebruikt voor

Besluit Openbaar

telemarketinggesprekken en 76.754 abonnees ongevraagd telefonisch hebben benaderd, dan wel in opdracht hebben laten benaderen, terwijl deze abonnees stonden ingeschreven in het Bel-me-niet Register;

f) rekent de onder e) bedoelde overtredingen volledig toe aan VriendenLoterij N.V. en aan Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V. gezamenlijk;

g) stelt vast dat BankGiro Loterij N.V. en Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V. , ieder voor zich en al dan niet gezamenlijk, artikel 11.7, twaalfde lid, van de Telecommunicatiewet hebben overtreden doordat zij in de periode 1 november 2009 tot 1 november 2010 185.384 keer het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR niet, althans niet op de juiste wijze, hebben aangeboden, dan wel laten aanbieden;

h) rekent de onder g) bedoelde overtredingen volledig toe aan BankGiro Loterij N.V. en aan Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V. gezamenlijk;

i) stelt vast dat Nationale Postcode Loterij N.V. en Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V., ieder voor zich en al dan niet gezamenlijk, artikel 11.7, twaalfde lid, van de Telecommunicatiewet heeft overtreden doordat zij in de periode 1 november 2009 tot 1 november 2010 156.779 keer het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR niet, althans niet op de juiste wijze, hebben aangeboden, dan wel laten aanbieden;

j) rekent de onder i) bedoelde overtredingen toe, maar niet volledig, aan Nationale Postcode Loterij N.V. en aan Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V. gezamenlijk;

k) stelt vast dat VriendenLoterij N.V. en Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V., ieder voor zich en al dan niet gezamenlijk, artikel 11.7, twaalfde lid, van de Telecommunicatiewet heeft overtreden doordat zij in de periode 1 november 2009 tot 1 november 2010 204.688 keer het recht van verzet en de mogelijkheid tot inschrijving in het BMNR niet, althans niet op de juiste wijze, hebben aangeboden, dan wel laten aanbieden;

l) rekent de onder k) bedoelde overtredingen volledig toe aan VriendenLoterij N.V. en aan Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V. gezamenlijk.

Besluit Openbaar

170. Op grond van het bovenstaande legt het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit aan BankGiro Loterij N.V. en Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V. gezamenlijk de navolgende boetes op:
- Een boete van in totaal € 150.000 voor de overtredingen genoemd in randnummer 169, sub a).
 - Een boete van in totaal € 105.000 voor de overtredingen genoemd in randnummer 169, sub g).
171. Op grond van het bovenstaande legt het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit aan Nationale Postcode Loterij N.V. en Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V. gezamenlijk de navolgende boetes op:
- Een boete van in totaal € 150.000 voor de overtredingen genoemd in randnummer 169, sub c).
 - Een boete van in totaal € 100.000 voor de overtredingen genoemd in randnummer 169, sub i).
172. Op grond van het bovenstaande legt het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit aan VriendenLoterij N.V. en de Holding Nationale Goede Doelen Loterijen N.V. gezamenlijk de navolgende boetes op:
- Een boete van in totaal € 225.000 voor de overtredingen genoemd in randnummer 169, sub e).
 - Een boete van in totaal € 115.000 voor de overtredingen genoemd in randnummer 169, sub k).
173. De hierboven in randnummers 170, 171 en 172 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.

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

w.g.
mr. C.A. Fonteijn, voorzitter

Besluit Openbaar

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.

Besluit Openbaar

Bijlage 1 Juridisch kader

Deze bijlage bevat de relevante wetsartikelen uit de Telecommunicatiewet (hierna: Tw), Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) over de overtreding, bevoegdheid van het college en openbaarmaking. Tevens zijn de belangrijkste punten weergegeven uit de Boetebeleidsregels¹⁴⁶ en de Publicatiebeleidsregels¹⁴⁷ van het college.

Ten aanzien van de overtreding en de overtreder

1. Artikel 1.1, aanhef en onderdeel 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.”
2. Artikel 1.1, aanhef en onderdeel q, Tw luidt:
“consument: natuurlijke persoon die gebruik maakt van of verzoekt om een openbare elektronische communicatiedienst voor andere dan bedrijfs- of beroepsdoeleinden.”
3. 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.”
4. 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.”
5. 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.”
6. 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.”

¹⁴⁶ Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA), *Stcrt.* 2008. nr. 50.

¹⁴⁷ Beleidsregels openbaarmaking OPTA van 1 april 2009, *Stcrt* 2009, nr. 63, tevens gepubliceerd op <https://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=2900>.

Besluit Openbaar

7. 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.”
8. 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.”
9. Artikel 41, tweede lid, van de Wet bescherming persoonsgegevens luidt, voor zover relevant:
“In geval van verzet treft de verantwoordelijke de maatregelen om deze vorm van verwerking terstond te beëindigen. De verantwoordelijke doet aan de betrokkene desgevraagd binnen vier weken opgave van de genomen maatregelen. Indien de kennisgeving niet binnen vier weken kan worden gedaan, deelt de verantwoordelijke uiterlijk vier weken na de datum van ontvangst van het verzoek mede binnen welke termijn de kennisgeving wel kan worden gedaan.”
10. Artikel 11.8 Tw, voor zover relevant, luidt:
“De toepassing van de artikelen [...] 11.7, vijfde tot en met twaalfde lid, is beperkt tot abonnees die natuurlijke personen zijn.”
11. Artikel 5:1 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) luidt als volgt:
 1. *In deze wet wordt verstaan onder overtreding: een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.*
 2. *Onder overtreder wordt verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt.*
 3. *Overtredingen kunnen worden begaan door natuurlijke personen en rechtspersonen. Artikel 51, tweede en derde lid, van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing.*
12. Artikel 51, tweede en derde lid, Wetboek van Strafrecht luidt als volgt:
 2. *Indien een strafbaar feit wordt begaan door een rechtspersoon, kan de strafvervolgning worden ingesteld en kunnen de in de wet voorziene straffen en maatregelen, indien zij daarvoor in aanmerking komen, worden uitgesproken:*
 - 1°. *tegen die rechtspersoon, dan wel*
 - 2°. *tegen hen die tot het feit opdracht hebben gegeven, alsmede tegen hen die feitelijke leiding hebben gegeven aan de verboden gedraging, dan wel*
 - 3°. *tegen de onder 1° en 2° genoemden te zamen.*

Besluit Openbaar

3. *Voor de toepassing van de vorige leden wordt met de rechtspersoon gelijkgesteld: de vennootschap zonder rechtspersoonlijkheid, de maatschap, de rederij en het doelvermogen.*

Ten aanzien van de bevoegdheid

13. 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.”¹⁴⁸
14. 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.”
15. Artikel 5:48, eerste lid, Awb luidt:
“Het bestuursorgaan en de voor de overtreding bevoegde toezichthouder kunnen van de overtreding een rapport opmaken.”
16. 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.”*
17. Artikel 5:41 Awb luidt:
“Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten.”
18. 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.”

Ten aanzien van de openbaarmaking

19. Artikel 8 Wob luidt:
“Het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat, verschaft uit eigen beweging informatie over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering.”

¹⁴⁸ Zie ook: Besluit aanwijzing toezichthoudende ambtenaren OPTA 2009, *Stcrt.* 2009, nr. 72.

Besluit Openbaar

20. Artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, Wob stelt dat het verstrekken van informatie achterwege blijft voor zover dit:
“bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.”
21. Ingevolge artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, Wob blijft openbaarmaking achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen:
“het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.”
22. Op grond van artikel 18.7, zesde 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 deze wet opgelegde verplichtingen. Van gegevens als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel c, van de Wet openbaarheid van bestuur wordt geen mededeling gedaan.”

Boetebeleidsregels

23. Met de Boetebeleidsregels 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.
24. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt het college overeenkomstig het bepaalde in artikel 15.4, vijfde lid, Tw in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding alsmede met de verwijtbaarheid van de overtreder. Blijkens de parlementaire geschiedenis van de Telecommunicatiewet kunnen afhankelijk van het geval ook andere factoren een rol spelen, zoals mogelijke recidive, de bereidheid van de betrokken ondernemers om mee te werken aan het beëindigen van de overtreding, het behaalde voordeel, en dergelijke. Bij iedere boetebeschikking moet worden afgewogen hoe hoog de boete in dat concrete geval moet zijn.
25. 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).
26. Voornoemde afstemming op de economische context en de bijzondere omstandigheden van het geval waarbinnen de overtreding heeft plaatsgevonden loopt overeenkomstig de Boetebeleidsregels langs de volgende lijn.

Besluit Openbaar

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

Publicatiebeleidsregels

29. 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. 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.¹⁴⁹ 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.

¹⁴⁹ www.rechtspraak.nl, LJN: BO3468, AB 2010, 319 en JB 2010, 276.