

Besluit

«Openbaar»

Ons kenmerk: OPTA/ACNB/2011/202390_OV

Zaaknummer: 11.0178.37

Datum: 17 oktober 2011

Besluit tot oplegging van boetes ter zake van overtredingen van artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Telecommunicatiewet aan Pretium Telecom B.V. voor het niet aanbieden van het recht van verzet.

1 Inleiding

1. Dit besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) is gebaseerd op artikel 15.4, vierde lid, van de Telecommunicatiewet¹ (hierna: Tw). In dit besluit stelt het college vast dat Pretium Telecom B.V. (hierna: Pretium) in strijd heeft gehandeld met artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw door tijdens telefonische verkoopgesprekken niet actief het recht van verzet aan te bieden.
2. Aanleiding tot het onderhavige besluit vormt het rapport (in de zin van artikel 15.8, eerste lid, van de Tw) dat op 1 augustus 2011 is opgemaakt door een toezichthoudend ambtenaar van het college (hierna: het boeterapport).
3. In het navolgende wordt eerst ingegaan op de achtergrond en het verloop van de procedure (paragraaf 2), de inhoud van het boeterapport (paragraaf 3) en de feiten (paragraaf 4). Vervolgens wordt ingegaan op de zienswijze van Pretium (paragraaf 5). Daarna worden het juridisch kader (paragraaf 6) en de overwegingen van het college (paragraaf 7) uiteengezet. In de daarop volgende paragrafen wordt ingegaan op de ernst en de duur van de overtredingen, de vaststelling van de hoogte van de boete alsmede het besluit tot publicatie (paragraaf 8, 9 en 10). Ten slotte volgt het dictum (paragraaf 11).

2 Achtergrond en verloop van de procedure

2.1 Periode tot 1 augustus 2011

4. In de navolgende randnummers wordt een samenvatting van de procedure gegeven tot aan de verzending van het boeterapport op 1 augustus 2011 zoals weergegeven in paragraaf 2 van het boeterapport.
5. Naar aanleiding van klachten is op 24 januari 2007 een waarschuwing verstuurd naar Pretium vanwege de vermoedelijke overtreding van artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw.

¹ Wet van 19 oktober 1998, houdende regels inzake de telecommunicatie (*Stb.* 1998, 610); gewijzigd bij Wet van 22 april 2004 tot wijziging van de Telecommunicatiewet en enkele andere wetten in verband met de implementatie van een nieuw Europees geharmoniseerd regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten en de nieuwe dienstenrichtlijn van de Commissie van de Europese Gemeenschappen (*Stb.* 2004, 189).

Besluit «Openbaar»

6. Op 25 mei 2007 heeft Pretium het college een brief gestuurd, in reactie op de gedragsregels die door de telemarketingbedrijven en OPTA zijn afgesproken, waarin zij aangaf de regels met betrekking tot het verzetsrecht te zullen naleven.
7. Omdat de Consumentenautoriteit in 2007 reeds een onderzoek naar de telemarketingactiviteiten van Pretium had gestart, achtte het college het niet opportuun ook onderzoek te doen naar de door Pretium gevoerde telemarketinggesprekken. Dit is afgestemd tussen de toezichthouders met toepassing van het samenwerkingsprotocol.
8. Op 28 maart 2009 heeft Pretium naar aanleiding van een onderzoek door de Consumentenautoriteit in enkele landelijke dagbladen paginagrote advertenties geplaatst waarin transcripties waren weergegeven van volledige telemarketinggesprekken door of namens Pretium gevoerd. Naar aanleiding van deze advertenties ontstond het vermoeden bij het college dat Pretium na de waarschuwing gehandeld heeft in strijd met artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw.
9. Om onderzoek te doen heeft het college Pretium verzocht om de volgende informatie op te leveren:
 - De volledige geluidsopnames van de 253 telemarketinggesprekken² die door Pretium op 19 juli 2007 aan de toezichthoudende ambtenaren van de Consumentenautoriteit zijn verstrekt;
 - De volledige transcripties van de hierboven genoemde gesprekken voor zover beschikbaar, maar in ieder geval de 41 door Pretium in de advertenties vermelde transcripties;
 - De volledige callscripts van Pretium of de door haar ingeschakelde callcenters die op de gesprekken van toepassing waren.
10. Pretium heeft in eerste instantie geweigerd om de gevraagde informatie te leveren omdat voor de vordering om informatie volgens haar geen redelijke grond bestond. Nadat het college de informatie nogmaals vorderde en Pretium hier geen gehoor aan heeft gegeven, legde het college Pretium op 11 juni 2009 een last onder dwangsom op om de gevorderde informatie alsnog te verstrekken. Een week later diende Pretium een verzoek in bij de voorzieningenrechter van het college van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb) tot schorsing van de last onder dwangsom. Op 27 augustus 2009 heeft de voorzieningenrechter van het CBb het verzoek om schorsing van het dwangsbesluit afgewezen.³

² Uit randnummers 69 en 84 van het boeterapport wordt aan deze 253 telemarketinggesprekken gerefereerd. In randnummers 30 en 43 van het boeterapport staat het aantal van 235 telemarketinggesprekken genoemd, dit is een vergissing.

³ Later heeft Pretium bezwaar aangetekend bij het college. Het bezwaar is ongegrond verklaard bij besluit van 20 januari 2010. Tegen deze beslissing heeft Pretium beroep ingesteld op 8 april 2010.

Besluit

«Openbaar»

11. Op 3 september 2009 heeft Pretium een gedeelte van de gevorderde informatie geleverd. Het gaat daarbij om de volledige transcripties van de 253 telemarketinggesprekken die door de Consumentenautoriteit zijn gebruikt voor haar onderzoek naar Pretium en het callscript dat op deze gesprekken van toepassing was. De geluidsopnames van de betreffende telemarketinggesprekken zijn op 9 september 2009 door Pretium aan het college toegezonden. Deze gesprekken zijn door de toezichthoudend ambtenaar onderzocht en meegenomen in het onderzoek.
12. Op 2 juli 2009 heeft Pretium tijdens de civiele procedure tussen het college en Pretium over het gebruik van de naam OPTA in haar telemarketinggesprekken een DVD ingebracht met 245 telemarketinggesprekken. Deze gesprekken zijn door de toezichthoudend ambtenaar onderzocht en meegenomen in het onderzoek.
13. Op 30 augustus 2010 heeft het college informatie opgevraagd bij de Consumentenautoriteit. Het ging hierbij om informatie die de Consumentenautoriteit heeft verkregen in het kader van een nacontrole.⁴ Op 5 oktober 2010 heeft de Consumentenautoriteit de gevraagde informatie overhandigd aan het college in de vorm van een CD-Rom met daarop 717 telemarketinggesprekken gevoerd door of namens Pretium. Op 29 oktober 2010 is aanvullende informatie opgevraagd van de Consumentenautoriteit over voornoemde gevorderde informatie. Op 8 december 2010 heeft de Consumentenautoriteit gereageerd en aanvullende informatie verstrekt. Ook deze gesprekken zijn door de toezichthoudend ambtenaar onderzocht en meegenomen in het onderzoek.
14. Blijkens randnummers 58 en 61 van het boeterapport heeft Pretium geprobeerd om bovengenoemde informatie naar haar te laten retourneren opdat deze niet door het college kon worden gebruikt.
15. De onderzoeker heeft een overzicht van de feiten verstuurd naar Pretium op 9 mei 2011 en daar een reactie op ontvangen op 7 juni 2011. De onderzoeker heeft die reactie in acht genomen bij het opstellen van het boeterapport. Het boeterapport is op 1 augustus 2011 verstuurd naar Pretium en haar gemachtigde.

2.2 Periode na 1 augustus 2011

16. Pretium is op 2 augustus 2011 uitgenodigd om op 5 september 2011 haar zienswijze naar voren te brengen ten kantore van OPTA. Pretium heeft per brief van 9 augustus 2011 medegedeeld enkel schriftelijk haar zienswijze naar voren te brengen. In dezelfde brief heeft Pretium uitstel gevraagd tot 30 september 2011 om haar zienswijze te formuleren. Verder heeft Pretium verzocht om de transcripties van de tweede⁵ en derde⁶ set gesprekken toe te zenden.
17. In reactie heeft het college per brief van 12 augustus 2011 laten weten de termijn niet op te

⁴ Tijdens deze nacontrole heeft de Consumentenautoriteit gecontroleerd of Pretium aan de opgelegde lasten voldeed.

⁵ Zie randnummer 13.

⁶ Zie randnummer 12.

Besluit

«Openbaar»

willen schorten aangezien alle relevante stukken bij het boeterapport zijn gevoegd. Verder stelt het college vast dat Pretium niet in haar verdediging is geschaad, aangezien alle gespreksopnames zijn verstrekt bij het boeterapport. Het college heeft echter wel de transcripties van de tweede set gesprekken bij de brief gevoegd.⁷ Tot slot is Pretium tot 5 september 2011 de mogelijkheid geboden om een schriftelijke zienswijze in te dienen.

18. Op 5 september 2011 heeft Pretium een initiële zienswijze ingediend bij het college. Pretium heeft hierin aangegeven pas een gecompleteerde zienswijze te kunnen verstrekken na ontvangst van de naar haar mening ontbrekende stukken in het dossier.
19. Op 9 september 2011 heeft het college per brief gereageerd op Pretium's verzoek waarin het college meent dat Pretium voldoende mogelijkheid heeft gekregen om haar zienswijze, eventueel ondersteund met relevante stukken, in te dienen. Tevens stelt het college in die brief vast dat hij in dit stadium van de procedure geen aanleiding ziet om tot uitbreiding van het boeterapport over te gaan, wat er op neer zou komen dat het onderzoek zou worden heropend. Daarnaast heeft het college aangegeven een oordeel te vellen over het boeterapport met in achtneming van Pretium's zienswijze.

3 Het boeterapport

20. Aanleiding voor het onderhavige besluit vormen de overtredingen zoals vastgesteld in het boeterapport van 1 augustus 2011. In dit boeterapport constateert de onderzoeker dat Pretium in een aantal gevallen ongevraagde telefonische communicatie heeft overgebracht, dan wel laten overbrengen, aan abonnees die natuurlijke personen zijn, met als doel om deze abonnees een commercieel aanbod te doen, zonder daarbij actief te wijzen op de mogelijkheid om direct en kosteloos verzet aan te tekenen tegen verder gebruik van de elektronische contactgegevens van deze abonnees.

4 Overige omstandigheden van feitelijke aard

4.1 Pretium en telemarketing

21. Paragraaf 1 van het boeterapport beschrijft de bedrijfsvorm van Pretium. De bestuurder en enig aandeelhouder van Pretium is de rechtspersoon Deus Ex Machina B.V. (hierna: D.E.M.). De heer XXXXX is bestuurder van D.E.M.
22. Pretium's telefoondiensten worden geleverd via zogenaamde Carrier Preselectie en Wholesale Line Rental. Pretium promoot haar dienstverlening telefonisch via telemarketing.
23. Pretium heeft, blijkens randnummer 63 van het boeterapport, in de onderzoeksperiode gebruik gemaakt van een aantal externe callcenters.

⁷ Van de derde set gesprekken heeft OPTA geen volledige transcripties tot haar beschikking, maar wel is van ieder gesprek uit deze set de relevante zinsnede in een bestand opgenomen, welk bestand onderdeel uitmaakt van de digitale bijlage bij het boeterapport (bijlage 7 van de CD-Rom).

Besluit

«Openbaar»

4.2 Aantallen gevoerde gesprekken; aanbieden recht van verzet

24. Uit randnummer 64 van het boeterapport blijkt dat in de periode tussen 1 januari 2007 en 11 juli 2007 ongeveer 1,5 miljoen telemarketinggesprekken zijn gevoerd in naam van Pretium.
25. De onderzoeker heeft het aanbieden van het recht van verzet onderzocht op opnames van drie sets telefoongesprekken. De eerste set⁸ bestaat uit 253 telemarketinggesprekken. De gesprekken zijn gevoerd tussen 19 maart 2007 en 8 juli 2007. De onderzoeker constateert dat in minimaal 207 gesprekken het recht van verzet aangeboden diende te worden.⁹ Van die 207 gesprekken is één keer daadwerkelijk actief het recht van verzet aangeboden. In de overige 206 gesprekken is dat niet gebeurd. Omgerekend heeft Pretium in de eerste set in 0,5% van de gevallen waarin het recht van verzet aangeboden diende te worden dit daadwerkelijk gedaan.
26. De tweede set¹⁰ bestaat uit 717 telemarketinggesprekken tussen 6 maart 2009 en 12 april 2009. De onderzoeker constateert dat bij deze gesprekken in totaal minimaal 533 keer actief het recht van verzet aangeboden diende te worden. Dit is in 24 gevallen ook daadwerkelijk gebeurd. In de overige 509 gevallen is niet het recht van verzet aangeboden. Omgerekend heeft Pretium in de tweede set in 4,5% van de gevallen waarin het recht van verzet aangeboden diende te worden dit daadwerkelijk gedaan.
27. De derde set¹¹ bestaat uit 245 telemarketinggesprekken die zijn gevoerd in de periode tussen 2 juni 2009 en 29 juni 2009. De onderzoeker constateert dat in minimaal 184 gesprekken het recht van verzet aangeboden diende te worden. Van die 184 gesprekken is 9 keer¹² op geen enkele wijze het recht van verzet aangeboden. In 175 gesprekken is aan het einde van het gesprek een bandje gestart met daarin een verwijzing naar een website waar de abonnee zich kon afmelden.¹³

5 Zienswijze van Pretium

28. Pretium is van mening dat het gestelde in het boeterapport geen aanleiding kan geven tot het opleggen van een sanctie aan Pretium. Dit standpunt baseert zij op een aantal argumenten die hieronder worden samengevat.
29. In haar schriftelijke zienswijze brengt Pretium naar voren dat het college bij het samenstellen van het boeterapport een rechtens onjuiste maatstaf heeft aangelegd. Volgens Pretium dient in het boeterapport ook ontlastend materiaal te worden opgenomen. Pretium noemt vervolgens een aantal stukken die volgens haar in het boeterapport opgenomen dienen te worden. Dat

⁸ Zie randnummer 11.

⁹ De gesprekken die voortijdig zijn beëindigd, gesprekken waarin een terugbelafpraak is gemaakt, gesprekken waarbij geen verbinding is gemaakt en gesprekken die niet volledig zijn opgenomen zijn bij dit aantal buiten beschouwing gelaten.

¹⁰ Zie randnummer 13

¹¹ Zie randnummer 12

¹² In randnummer 86 van het boeterapport wordt ten onrechte het getal 11 genoemd.

¹³ Voorbeelden hiervan zijn opgenomen in randnummer 77 en 78 boeterapport.

Besluit

«Openbaar»

betreft onder meer stukken met betrekking tot de vermeende onduidelijkheid van artikel 11.7, vierde lid (oud) van de Tw, correspondentie tussen het college en Pretium en verslagen van gesprekken tussen het college en Pretium uit de eerste helft van 2007, door Pretium verstrekte callscripts, correspondentie tussen het college en de telemarketingbranche over de invulling van het recht van verzet uit de periode 2006 tot 2009, verslagen van gesprekken tussen het college en de telemarketingbranche en de tekst van brieven die het college heeft verzonden aan 19 bedrijven alsmede de uitkomsten van de dialoog met 5 bedrijven waarover het college in zijn jaarverslag van 2008 heeft bericht.

30. In haar zienswijze brengt Pretium verder in dat naar haar oordeel onderzoek door het college naar het recht van verzet in de periode van de eerste zes maanden van 2007 niet meer aan de orde was. Pretium komt tot die conclusie omdat Pretium, ter afsluiting van een periode waarin tussen Pretium en het college contacten zijn geweest over het aanbieden van het recht van verzet, een fax heeft gestuurd op 25 mei 2007 waarin Pretium aangeeft dat zij de gedragsregels zoals deze tussen bedrijven en het college worden afgesproken volgt.
31. Pretium is van mening dat zij anders wordt behandeld dan deze andere bedrijven en dat OPTA daarmee onevenredig handelt en in strijd met het verbod op willekeur. Pretium baseert zich daarbij op OPTA's jaarverslag van 2008 waarin vermeld staat dat OPTA actie heeft ondernomen tegen 19 bedrijven in verband met het niet-naleven van het recht van verzet, op basis van bij OPTA binnengekomen klachten hierover. Deze bedrijven hebben een signalerende brief van OPTA gekregen met uitleg over de regelgeving. Bij de vijf bedrijven waarover nadien nog steeds klachten bleven binnenvallen is OPTA een dialoog aangegaan. Pretium stelt dat zij anders wordt behandeld door OPTA, terwijl er bovendien geen sprake was van klachten bij OPTA over Pretium inzake het recht van verzet.
32. OPTA gaat naar de mening van Pretium ten onrechte uit van een duur van de gedraging die loopt van 19 maart 2007 tot 29 juni 2009, te meer daar OPTA geen onderzoek heeft gedaan naar de telemarketinggesprekken in de periodes die liggen tussen de drie sets telemarketinggesprekken waarop het onderzoek is gebaseerd. Bovendien stelt Pretium dat OPTA de aantallen gesprekken in die tussenliggende periodes ten onrechte extrapoleert. Tevens acht Pretium de gesprekken uit de drie gespreksseries niet representatief voor alle in de genoemde periode door Pretium gevoerde telemarketinggesprekken, mede omdat de gesprekken zijn geselecteerd in een ander kader dan de naleving van het recht van verzet.
33. Het wetsartikel over het recht van verzet richt zich volgens Pretium zowel tot de opdrachtgever als tot de telemarketingbedrijven die de telemarketinggesprekken voeren in opdracht van de opdrachtgever. Dat blijkt volgens Pretium ook uit het feit dat OPTA over de praktische invulling van het recht van verzet overleg gevoerd heeft met uitsluitend telemarketingbedrijven. Pretium is van mening dat eventuele overtredingen van dit wetsartikel daarom niet zonder meer en uitsluitend mogen worden toegerekend aan Pretium.
34. Over de wijze waarop het recht van verzet op grond van artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw

Besluit «Openbaar»

moet worden aangeboden is volgens Pretium vanaf het begin onduidelijkheid geweest. Zij voert daarvoor onder andere aan dat dit blijkt uit OPTA's consultatie in februari 2006 en de brief van OPTA van 29 augustus 2009, waarin OPTA aangeeft dat de telemarketingbedrijven in hun Richtlijn meer richting hadden moeten geven voor de praktische invulling van het recht van verzet. Ook blijkt dit volgens Pretium uit OPTA's reactie op het wetsvoorstel voor het oude artikel 11.7, vierde lid, van de Tw waarin OPTA de wetgever een voorstel doet voor verduidelijking, die door de wetgever in het nieuwe artikel 11.7, twaalfde lid, van de Tw niet zijn overgenomen.

35. Pretium stelt dat haar handelen niet als verwijtbaar kan worden aangemerkt omdat zij zich heeft geconformeerd aan gedragsregels neergelegd in een industriestandaard die door de telemarketingbranche in overleg met OPTA is ingevoerd. Tevens voert Pretium aan dat zich in het boeterapport geen klachten van abonnees bevinden op grond waarvan Pretium had kunnen weten dat haar telefonische werving klachten veroorzaakte met betrekking tot het recht van verzet. Tenslotte stelt Pretium dat haar ter zake geen verwijt valt te maken omdat gedurende de onderzochte periode er geen duidelijkheid was in de markt over de invulling en uitvoering van het recht van verzet.
36. De interpretatie van OPTA van artikel 11.7, lid 4, Tw (Oud), van de Tw is naar de mening van Pretium onjuist. Pretium stelt dat de Europese en Nederlandse wetgever bewust voor telemarketing een minder streng regime hebben vastgelegd dan voor bijvoorbeeld e-mail. Pretium betwist daarom OPTA's standpunt in het boeterapport dat het telemarketingbedrijf actief en op eigen beweging het recht van verzet moet aanbieden, en verwijst naar Kamervragen waaruit opgemaakt kan worden dat het initiatief voor het recht van verzet (mede) bij de abonnee ligt. Daarmee is volgens Pretium een passief recht van verzet toereikend.
37. Op basis van bovenstaande argumenten acht Pretium het door OPTA ingezette traject tot het opleggen van een sanctie aan Pretium in strijd met artikel 6 EVRM, het vertrouwensbeginsel, het evenredigheidsbeginsel, het verbod op willekeur, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, het *lex certa* beginsel en het uitgangspunt *ne bis in idem*.

6 Juridisch kader

6.1 Ten aanzien van de overtreding

38. Artikel 11.7, vierde lid (oud), Tw is op 19 mei 2004 in werking getreden. De bepaling luidt als volgt:

(...)

4. Het gebruik van andere dan in het eerste lid bedoelde middelen voor het overbrengen van commerciële, ideële of charitatieve doeleinden aan abonnees is toegestaan, tenzij de desbetreffende abonnee te kennen heeft gegeven dat hij communicatie waarbij van deze middelen gebruik wordt gemaakt, niet wenst te ontvangen en indien de abonnee bij elke

Besluit «Openbaar»

overgebrachte communicatie de mogelijkheid wordt geboden om verzet aan te tekenen tegen het verder gebruik van zijn elektronische contactgegevens. Aan de abonnee worden in dat geval geen kosten in rekening gebracht van voorzieningen waarmee wordt voorkomen dat hem een ongevraagde communicatie wordt overgebracht.

39. Op 1 oktober 2009 is artikel 11.7 Tw gewijzigd. Ten aanzien van de verplichtingen uit het oude artikel 11.7, vierde lid, Tw heeft de wetgever geen wijzigingen beoogd. De verplichtingen uit het oude artikel 11.7, vierde lid, van de Tw zijn thans vervat in artikel 11.7, vijfde en twaalfde lid, Tw¹⁴. Deze bepalingen luiden als volgt:

(...)

5. 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 het 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.”

(...)

12. Tijdens elke overgebrachte communicatie wordt de abonnee, tijdens het gesprek, gewezen op het register en wordt hem de mogelijkheid geboden om 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 zesdelid. Aan de abonnee worden in elke 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.”

(...)

40. In artikel 11.7, twaalfde lid Tw (artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw) is de verplichting opgenomen om de abonnee tijdens een telemarketinggesprek de mogelijkheid te bieden om verzet aan te tekenen tegen het verder gebruik van zijn elektronische contactgegevens. Deze verplichting wordt ook wel “het recht van verzet” genoemd.

41. Artikel 11.7, eerste lid Tw luidt als volgt:

1. 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.

¹⁴ In dit besluit wordt alleen naar de nieuwe wettekst van artikel 11.7 Tw verwezen, ook daar waar het destijds geldende (oude) artikel 11.7 Tw bedoeld wordt.

Besluit «Openbaar»

42. Artikel 11.8 Tw, luidt:

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

43. Artikel 1.1 sub 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.

6.2 Ten aanzien van de bevoegdheid

44. 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.”¹⁵

45. Artikel 15.8, eerste lid, Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:

“Indien een ambtenaar als bedoeld in artikel 15.1, (...) derde lid, vaststelt dat een overtreding is begaan, maakt hij daarvan een rapport op.”

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

“Ingeval van overtreding van bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde voorschriften (...), kan het college aan de overtreder een boete opleggen van ten hoogste € 450.000.”

47. Artikel 15.4, vijfde lid, Tw luidt als volgt:

“De hoogte van de boete wordt in ieder geval afgestemd op de ernst en de duur van de overtreding alsmede op de mate waarin de overtreder daarvan een verwijt kan worden gemaakt.”

48. Artikel IV, eerste lid, Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht luidt:

1. *Indien een bestuurlijke sanctie wordt opgelegd wegens een overtreding die plaatsvond voor het tijdstip van inwerkingtreding van deze wet blijft het recht zoals dat gold voor dat tijdstip van toepassing.*

6.3 Ten aanzien van de openbaarmaking

49. Op grond van artikel 8 van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) verschaft het

¹⁵ Zie ook het Besluit van het college van 29 januari 2008, *Stcrt.* 2008, nr. 22.

Besluit «Openbaar»

college uit eigen beweging informatie over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering.

50. Het verstrekken van informatie ingevolge de Wob blijft op grond van artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, Wob achterwege indien de informatie bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.
51. Ingevolge artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, Wob blijft openbaarmaking achterwege indien het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.
52. Op grond van artikel 18.7, 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 de Tw opgelegde verplichtingen. Van gegevens als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel c, Wob wordt geen mededeling gedaan.

6.4 Boetebeleidsregels en beleid inzake telemarketing

53. Met de Boetebeleidsregels¹⁶ 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.
54. Het college heeft op 16 mei 2006 zijn standpunt inzake telemarketing gepubliceerd op zijn website www.opta.nl.¹⁷ In dit standpunt (hierna: Standpunt telemarketing 2006) maakt het college ondermeer zijn uitleg van de norm en reikwijdte van artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw aan de markt duidelijk. Verder maakt het college hierin duidelijk dat het college bij de handhaving zich uit praktische overwegingen zich vooralsnog alleen op de opdrachtgevers, en dus niet op de callcenters, zal richten. Het college heeft dit Standpunt telemarketing 2006 breed in de markt uitgedragen.

¹⁶ Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA), *Stcrt.* 2008. nr. 50., p. 27

¹⁷ Op 20 september 2011 heeft OPTA haar geactualiseerde Standpunt telemarketing gepubliceerd.

Besluit

«Openbaar»

7 Overwegingen van het college

7.1 Overtreding artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw

Uitleg recht van verzet

55. Een deel van de verplichting van artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw houdt in dat bij elke overgebrachte communicatie de mogelijkheid wordt geboden om verzet aan te tekenen. Het college heeft eerder in het Standpunt telemarketing 2006 duidelijk gemaakt dat onder “verzet aantekenen” moet worden verstaan: het maken van bezwaar middels een opt-out keuze. In het Standpunt telemarketing 2006 meldt het college dat naar zijn oordeel de telemarketeer dit recht van verzet actief en uit eigener beweging aan moet bieden.

56. In het Standpunt telemarketing 2006 meldt het college over de passage “Bij elke overgebrachte communicatie de mogelijkheid bieden om verzet aan te tekenen” ondermeer het volgende:

Onder “de mogelijkheid bieden” 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 worden gewezen. Een passieve of stilzwijgende mogelijkheid bieden is derhalve onvoldoende; er moet sprake zijn van daadwerkelijk aanbieden.

57. Pretium geeft herhaaldelijk aan dat sprake zou zijn van onduidelijkheid. Wat het college betreft is er van onduidelijkheid nooit sprake geweest. Het college heeft vanaf 2006 duidelijk gemaakt wat zijn visie is op de naleving van de verplichting tot het aanbieden van het recht van verzet en dat in zijn visie sprake moet zijn van “actief” aanbieden. Dat het college in 2007 bij de reactie op het wetsvoorstel voor wijziging van ondermeer artikel 11.7 Tw gemeld heeft dat er “geen onduidelijkheid mag bestaan over de uitleg van het recht van verzet” doet daar naar het oordeel van het college niets aan af. Verder betekent het verzoek van het college aan de wetgever om het woord “actief” te hanteren bij de nieuwe wettekst nog niet dat de uitleg van het college in het Standpunt telemarketing 2006 niet juist is. Ook in de nieuwe bepaling over het recht van verzet in artikel 11.7 twaalfde lid Tw moet naar het oordeel van het college het recht van verzet actief worden aangeboden, ondanks dat het woord “actief” niet genoemd wordt door de wetgever.

58. Dat in Kamervragen over telemarketing gemeld wordt dat de abonnee die niet wil worden lastig gevallen met ongevraagde communicatie zich enige moeite moet getroosten om dat in de toekomst te voorkomen, heeft echter niet de betekenis die Pretium daaraan toekent.¹⁸ De door Pretium aangehaalde passage is namelijk een zeer beperkte weergave van het volledige antwoord. Uit de volledige weergave van het antwoord blijkt immers dat de Minister de door het college hiervoor uiteengezette uitleg van artikel 11.7, vierde lid van de Tw volledig deelt. Die beantwoording luidt:

¹⁸ *Aanhangsel Handelingen II* 2004/05, nr. 2432, p. 4906 (Vragen van Kamerlid van Dam aan de Minister van Economische Zaken over telemarketing van 26 augustus 2005, beantwoord op 19 september 2005).

Besluit

«Openbaar»

“Ik ben het met u eens dat het wettelijke systeem met zich meebrengt dat de abonnee die niet wil worden lastig gevallen met ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden zich enige moeite moet getroosten om dat in de toekomst te voorkomen. Hij moet het bedrijf cq de organisatie laten weten hier bezwaar tegen te hebben. Dat kan de abonnee echter ook doen op het moment dat hij benaderd wordt door een telemarketeer. Het betrokken bedrijf dient de consument namelijk in elk gesprek actief de mogelijkheid te bieden (onderstreping college) om door te geven dat hij niet meer door dat bedrijf of die organisatie gebeld wil worden.

59. Ten aanzien van de mededeling van Pretium dat zij zich zou hebben geconformeerd aan een industriestandaard merkt het college het volgende op. In de door Pretium aangeduide periode is een paar maal contact geweest tussen hem en Pretium. Aanleiding voor die contacten vormde de waarschuwing van het college aan Pretium inzake de vermoedelijke overtreding van artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw.¹⁹ Bij de door Pretium als industriestandaard aangeduide gedragsregels is het college geen partij. Daarnaast is de feitelijke mededeling van een partij die zegt zich aan bepaalde gedragsregels te houden, geen grond om te veronderstellen dat het college ten aanzien van die partij of partijen geen toezicht zou kunnen houden op grond van de hem toekomende wettelijke taak. Het college merkt daarbij op dat het tot stand komen van deze gedragsregels niet voortvloeit uit de Tw maar een initiatief is geweest van de betrokken marktpartijen zelf. Het feit dat partijen deze gedragsregels naleven, is evenmin aanleiding tot de conclusie dat de betreffende partijen als gevolg daarvan zich ook houden aan de bepalingen van de Tw. De beoordeling van de naleving van bepalingen van de Tw waarop het college toezicht houdt, vormt een eigenstandige beoordeling van de gedragingen van marktpartijen door het college. Het voorgaande betekent dat het college voldoende aanleiding ziet om in zijn onderzoek ook de periode voorafgaand aan de mededeling van Pretium van 25 mei 2007 te betrekken.
60. Verder merkt het college op dat ten aanzien van het feit dat in het onderzoeksrapport geen klachten van abonnees zijn opgenomen, hij niet noodzakelijkerwijs klachten hoeft te gebruiken als een signalering om een onderzoek te starten. In dit geval vormde de advertentie van Pretium aanleiding voor het college om onderzoek te doen naar de naleving van artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw door Pretium.
61. Pretium stelt dat artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw niet voorschrijft dat het recht van verzet actief moet worden aangeboden en dat een passief recht van verzet toereikend is. Een passief recht van verzet komt erop neer dat geen aanwijzing hoeft te worden gegeven dat er een mogelijkheid voor verzet is en dat het initiatief in het geheel bij de abonnee ligt. Naar het oordeel van het college zou zo'n passief recht van verzet betekenen dat er geen mogelijkheid voor recht van verzet wordt aangeboden en daarom ook niet voldoen aan de eisen van artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw. Volgens het college moet degene die belt aanbieden dat er een mogelijkheid voor verzet is en degene die gebeld wordt moet gebruik van deze

¹⁹ Brief van 24 januari 2007, OPTA/IPB/2007/200073, bijlage 4 bij het boeterapport.

Besluit

«Openbaar»

mogelijkheid kunnen maken.

Gesprekken hadden commercieel doel

62. Er kan geen twijfel over bestaan dat de gesprekken voor een commercieel doel werden gevoerd. Abonnees werden immers overgehaald om klant te worden bij Pretium.

De benaderde consumenten zijn als natuurlijk persoon abonnee

63. Artikel 11.8 van de Tw bepaalt dat de werking van artikel 11.7 van de Tw is beperkt tot abonnees die natuurlijk persoon zijn.

64. Het college stelt vast dat Pretium zich in haar communicatie uitsluitend richtte op consumenten. Dit blijkt uit de website²⁰ van Pretium en de beluisterde gespreksopnames.²¹

65. Op grond van het bovenstaande stelt het college vast dat Pretium bij het overbrengen van haar berichten zich uitsluitend richtte tot consumenten en daarmee tot natuurlijke personen. Met voldoende zekerheid is daarmee vast komen te staan dat de benaderde personen als natuurlijke persoon abonnee zijn.

Niet aanbieden recht van verzet

66. Allereerst staat het college stil bij de conclusies van het boeterapport dat Pretium in strijd heeft gehandeld met artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw door niet actief het recht van verzet aan te bieden.

67. In het boeterapport trekt de onderzoeker conclusies op basis van zijn onderzoek van de gegevens. De gegevens bestaan uit drie datasets waarin respectievelijk 253, 717 en 245 telemarketing gesprekken zijn opgenomen uit drie verschillende periodes.

68. De onderzoeker constateert²² dat niet in alle gevallen de mogelijkheid tot een recht van verzet diende te worden aangeboden of dat dit onmogelijk was te onderzoeken. De telemarketing gesprekken die vroegtijdig zijn beëindigd, gesprekken waarin de abonnee heeft verzocht om terug te bellen, gesprekken die niet tot stand zijn gekomen of gesprekken die niet volledig zijn opgenomen heeft de onderzoeker buiten beschouwing gelaten in relatie tot het aanbieden van recht van verzet. De onderzoeker concludeert dat Pretium in ieder geval in 724²³ gesprekken het recht van verzet had moeten aanbieden en dit in het geheel heeft nagelaten.

²⁰ Zie randnummer 90 van het boeterapport

²¹ Zie randnummer 91 van het boeterapport

²² Vanaf randnummer 83 boeterapport

²³ In randnummer 88 van het boeterapport wordt ten onrechte gesproken over een aantal van 726 gesprekken, terwijl dit eigenlijk 724 gesprekken moet zijn. Dit komt door een vergissing in randnummer 86 van het boeterapport. In het vervolg wordt uitgegaan van een aantal van 724 gesprekken.

Besluit

«Openbaar»

69. Het college oordeelt dat ten aanzien van deze 724²⁴ gesprekken zonder meer vaststaat dat het recht van verzet niet is geboden en dat daarmee overtreding van artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw vast staat.

Aanbieden recht van verzet door middel van een bandje

70. Het college heeft op 16 mei 2006 met het Standpunt telemarketing 2006 haar zienswijze bekendgemaakt aan marktpartijen hoe de destijds van kracht zijnde wetgeving wordt uitgelegd. Ten aanzien van het aanbieden van het recht van verzet wordt in voornoemde document gesproken over een “absoluut recht van verzet”. Dit absoluut recht van verzet houdt in dat op onvoorwaardelijke wijze, direct en zonder kosten de keuze van abonnees dient te worden gerespecteerd. Uit het boeterapport, randnummer 77, blijkt dat de tekst die door middel van het bandje wordt uitgesproken de volgende is:

“Het bedrijfsleven heeft regels opgesteld ten aanzien van het voeren van telemarketinggesprekken met consumenten. Op grond daarvan dient de consument in elk telemarketinggesprek de mogelijkheid te worden geboden om bezwaar te maken tegen het verder gebruik van zijn of haar telefoonnummer door Pretium Telecom. U kunt u daarvoor registreren via de website www.uwtelemarketingrechten.nl. Dit bericht wordt automatisch één maal herhaald, mocht u het eerder willen stoppen dan kunt u het gesprek gewoon beëindigen.”

71. Het college is van oordeel dat de implementatie van een “recht van verzet bandje” nog geen automatische naleving van de plicht om het recht van verzet aan te bieden oplevert. Door middel van dit bandje wordt de abonnee niet op onvoorwaardelijke wijze, direct en kosteloos het recht van verzet aangeboden. Pretium biedt de abonnees een mogelijkheid om na registratie via een externe website bezwaar te maken. Dergelijke omslachtige procedures zijn volgens het college niet te beoordelen als direct en kosteloos. Het kost immers tijd en moeite om te registreren. Bovendien vereist deze door Pretium ingerichte wijze van afmelden toegang tot internet, waar kosten mee gemoeid zijn.
72. Het college is van oordeel dat het starten van een automatische tekst na afloop van een gesprek met een verwijzing naar een website waar de abonnee zich kan afmelden niet voldoet aan de eisen van artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw. Zoals eerder gesteld, moet bij elke overgebrachte communicatie de mogelijkheid aangeboden worden om zich te verzetten. In de wetsgeschiedenis wordt hierbij aangegeven dat dit voor abonnees zo eenvoudig mogelijk dient te worden gemaakt.²⁵ Dit betekent naar het oordeel van het college dat abonnees hiermee in

²⁴ 206 + 509 + 9 = 724

²⁵ Zie de toelichting bij het amendement van het lid Van Dam, Kamerstukken II, 2002/03, 28 851, nr. 14: “Gelet op de overlast die wordt veroorzaakt door de in artikel 11.7, vierde lid bedoelde vormen van ongevraagde communicatie (bijvoorbeeld telemarketing), dient het de abonnee zo eenvoudig mogelijk te worden gemaakt zich te verzetten tegen deze vorm van ongevraagde communicatie. Dat kan door hem bij elke overgebrachte communicatie de mogelijkheid aan te bieden om zich te verzetten tegen het verder gebruik van zijn elektronische contactgegevens.”.

Besluit «Openbaar»

staat gesteld moeten worden om dit aanbod om zich te kunnen verzetten ook direct, en dus ook mondeling in hetzelfde telefoongesprek, te kunnen aanvaarden.

73. Het college oordeelt op grond van bovenstaande randnummers dat de 175 gesprekken waarin na afloop van elk gesprek een bandje is gestart vaststaat dat het recht van verzet niet is aangeboden en daarmee een overtreding van artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw vast staat. Dit betekent dat Pretium in de derde set van 184 telemarketinggesprekken²⁶ in 0% van de gevallen het recht van verzet heeft aangeboden.

74. *Tussenconclusie*

75. Concluderend oordeelt het college op grond van randnummers 69 en 73 dat Pretium in totaal 899 keer artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw heeft overtreden. Dit betekent dat in ongeveer 2,7% van de gevallen²⁷ Pretium het recht van verzet heeft aangeboden waar zij dit diende te doen.

7.2 Beschermd belang

76. Het college merkt in dit verband allereerst op dat de toepasselijke norm in dit verband artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw is. Ten tijde van het begaan van de overtredingen was deze bepaling immers het geldend recht. De overtreden norm wordt in het boeterapport genoemd.

77. Het belang dat artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw beoogt te beschermen is het volgende. De telemarketingregels van artikel 11.7 Tw zijn regels die als doel hebben om consumenten te beschermen tegen ongewenste telemarketingoproepen. Het recht van verzet is een van deze regels. Het college acht de handhaving van deze telemarketingregels voor consumenten van groot belang. Het kenmerk van het handhaven van telemarketingregels is vaak dat er 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 ongewenste telemarketingoproepen en dat het consumentenbelang voor het handhaven van telemarketingregels in zijn geheel groot is.

78. In weerwil van wat Pretium in zijn zienswijzen stelt, is het bewijsmateriaal, dat tijdens het onderzoek is vergaard, naar oordeel van het college rechtmatig verkregen. De set van 253 gesprekken zijn weliswaar opgevraagd voor een ander doel,²⁸ maar dat doet aan de bewijskracht van deze gesprekken niets af aangezien deze gesprekken volledig zijn afgeluisterd. Verder leidt de gedeeltelijke vernietiging van een besluit van de Consumentenautoriteit er niet toe dat de bewijsgaring van dat besluit (waaronder het opvragen van die 717 gesprekken) onrechtmatig is. Het besluit van de Consumentenautoriteit is immers gedeeltelijk vernietigd maar niet vanwege de constatering dat het bewijs onrechtmatig is

²⁶ zie randnummer 27

²⁷ Set 1: 1 / 207; set 2: 24 / 533; set 3: 0 / 184. $(25 / 924) \times 100 = 2,7\%$

²⁸ Een onderzoek door de Consumentenautoriteit naar naleving van regels waar hij op toeziet.

Besluit

«Openbaar»

verkregen. De verstrekking van de betreffende gespreksopnames kent bovendien een wettelijke grondslag.²⁹ Het bewijs is in ieder geval niet verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het gebruik van dit bewijsmateriaal ontoelaatbaar moet worden geacht. Het boeterapport bevat voldoende feiten en omstandigheden om te kunnen vaststellen welke overtredingen zijn begaan, wanneer deze overtredingen zijn begaan, waar deze zijn begaan en wie als overtreder is aan te merken. Het rapport vermeldt verder de wettelijke voorschriften die zijn overtreden. Bovendien is het college op grond van de in het boeterapport weergegeven resultaten van het onderzoek voldoende in staat om de ernst, de duur en de verwijtbaarheid van de overtreding vast te stellen. Aan de wettelijke vereisten van zowel artikel 15.8 als van artikel 15.4 van de Tw is daarmee voldaan.

7.3 Ten aanzien van de zienswijze over de aanvulling van het boeterapport

79. Het college heeft Pretium, in reactie op haar verzoek tot uitbreiding van het boeterapport, bij brief van september 2011 gewezen op het volgende. Artikel 15.11 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) bepaalde dat de werkzaamheden die verband houden met inbrengen en beoordelen van zienswijzen van belanghebbenden omtrent het boeterapport en het opleggen van een boetebeschikking worden verricht door personen die niet betrokken zijn geweest bij de opstelling van het boeterapport.³⁰ Het ingaan op het uitbreiden van het boeterapport met de door Pretium gewenste stukken houdt in wezen een uitbreiding van het boeterapport in, als gevolg waarvan sprake is van een uitbreiding van het onderzoek. Een dergelijke handelswijze strookt niet met het in artikel 15.11 van de Tw bepaalde. Nu naar het oordeel van het college sprake is van een strikte scheiding tussen enerzijds de werkzaamheden die verband houden met het opstellen van het boeterapport en anderzijds de werkzaamheden die verband houden met de beoordeling van dit boeterapport, ziet het college geen aanleiding om het boeterapport uit te breiden.³¹
80. Het college merkt verder op dat Pretium kennelijk van oordeel is dat de betreffende stukken jegens haar ontlastend zijn. Het college merkt ook op dat een deel van de door Pretium genoemde documenten in haar eigen bezit zijn of zijn geweest. Het college is van oordeel dat het derhalve aan Pretium is om de genoemde stukken in te brengen om daarmee haar stelling, dat sprake zou zijn van ontlastende informatie, te onderbouwen of aannemelijk te maken. Het college merkt ten slotte op dat Pretium ten aanzien van de inhoud van de betrokken stukken niets heeft aangedragen waaruit kan worden afgeleid dat de stukken die zij noemt, ontlastend zouden zijn. Het college ziet op grond van het voorgaande geen aanleiding om te veronderstellen dat het boeterapport onvolledig zou zijn.

²⁹ Zoals bepaald in de uitspraak van de rechtbank Haarlem van 16 juli 2009, LJN: BJ2959.

³⁰ Artikel 15.11 van de Tw is per 1 juli 2009 komen te vervallen. Thans bepaalt artikel 10:3, vierde lid, van de Algemene wet bestuursrecht dat de werkzaamheden die verband houden met het opleggen van een bestuurlijke boete niet wordt verricht door degene die van de overtreding een rapport heeft opgemaakt.

³¹ Mede gelet op de uitleg die aan een bepaling met een soortgelijke strekking (i.c. artikel 54a Mededingingswet) wordt gegeven, zie de uitspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven van 30 augustus 2011, AWB 09/824, LJN: BR6737.

Besluit

«Openbaar»

7.4 Ten aanzien van de eerste zes maanden van 2007 en de periode daarna

81. Van een akkoord van het college op basis van de fax van 25 mei 2007 is evenmin sprake. Het college heeft de betreffende mededeling van Pretium voor kennisgeving aangenomen. Voor zover Pretium enige verwachting meent te kunnen ontleen aan de door haar gestuurde fax, merkt het college op dat van gerechtvaardigd vertrouwen pas sprake kan zijn als er uitlatingen of toezeggingen zijn gedaan door een bestuursorgaan.³² Er zijn geen uitlatingen gedaan door het college naar aanleiding van de fax. Tot het doen van uitlatingen door het college was – gezien de tekst van de fax – ook in het geheel geen aanleiding. Het college ziet op grond van het voorgaande dan ook geen reden waarom de eerste zes maanden van 2007 buiten het bereik van zijn onderzoek naar de naleving van artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw zou vallen.

7.5 Ten aanzien van de zienswijze inzake vermeend onvolledig onderzoek en willekeur

82. Het college volgt de suggestie van Pretium niet dat in de periode na juli 2007 geen onderzoek zou zijn gedaan. Anders dan Pretium veronderstelt, heeft het college immers onderzoek verricht dat heeft geleid tot het boeterapport waarover hij in het onderhavige besluit zijn oordeel geeft. Het is aan de onderzoekend toezichthoudend ambtenaar om te bepalen welke onderzoekshandelingen moeten worden verricht en welk bewijsmateriaal hij ten grondslag legt aan zijn bevindingen. Het feit dat het onderzoek naar Pretium op een andere wijze heeft plaatsgevonden dan Pretium kennelijk voor ogen stond (gezien haar opsomming van handelingen in randnummer 2.16 van haar zienswijze) maakt het onderzoek of de bevindingen als gevolg daarvan niet onjuist of zelfs onrechtmatig.

83. Van willekeur is evenmin sprake. Er zijn verschillende aanleidingen mogelijk om een onderzoek te starten naar gedragingen van een marktpartij. In enkele gevallen is die aanleiding klachten. In dit geval was de aanleiding om een onderzoek te starten Pretium's publicatie van transcripties van door haar gevoerde telefoongesprekken in enkele landelijke dagbladen. Het college heeft gedurende het onderzoek dat heeft geleid tot het thans voorliggende boeterapport Pretium niet anders behandeld dan andere partijen. Ook de vergelijking met de bedrijven waaraan Pretium refereert gaat niet op: reeds in een eerder stadium (in de periode vanaf 1 januari 2007) is met Pretium over de naleving van de telemarketingregels tussen het college en Pretium contact geweest.

84. Het college is van oordeel dat op grond van de onderzoeksgegevens voldoende vaststaat dat Pretium de voorschriften van artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw heeft overtreden. Pretium is van mening dat het college summier en inadequaat onderzoek heeft gedaan en stelt impliciet dat de onderzoeker naar veel meer zaken onderzoek had moeten doen. Het college merkt in dit verband op dat hij de maximale inspanning heeft verricht om de noodzakelijke informatie te verkrijgen. Pretium is bepaald niet bereidwillig geweest om te voldoen aan de vordering van

³² A.Q.C. Tak, *Het Nederlands bestuursprocesrecht in theorie en praktijk*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers, 2008, p. 830

Besluit

«Openbaar»

het college tot verstrekking van informatie.³³ Pretium is daarnaast meermaals in de gelegenheid gesteld om eventueel ontlastende informatie of informatie ter onderbouwing van haar stellingen in te brengen. Pretium heeft die informatie niet ingebracht. Een belangrijk deel van de conclusies van het boeterapport zijn daarom gebaseerd op de 1.215 onderzochte gespreksopnames. Het college is van oordeel dat hij op grond van deze 1.215 gespreksopnames met voldoende zekerheid conclusies kan trekken over de gedraging van Pretium.

7.6 Overtreder

85. Het college merkt Pretium aan als overtreder van de in het boeterapport vermelde overtredingen. Het college overweegt daartoe het volgende. Pretium maakt gebruik van door haar ingehuurde callcenters om haar diensten te verkopen. In de gesprekken wordt gezegd dat de callcentermedewerkers van “Pretium Telecom” zijn. Het staat voor het college vast³⁴ dat de gesprekken worden gevoerd in naam en in opdracht van Pretium. Ten slotte werden door de betreffende callcentermedewerker in naam van Pretium overeenkomsten afgesloten met abonnees. Daarmee dragen de telemarketinggesprekken bij aan het bedrijfsresultaat van Pretium.
86. Het college ziet in dit geval geen aanleiding om de betrokken callcenters als overtreder aan te merken. De callcenters werden in hun feitelijke handelingen aangestuurd door Pretium. Pretium schreef, door middel van de callscripts, de callcenters voor op welke wijze de gesprekken dienden te worden gevoerd. Pretium heeft ten aanzien van de overtredingen zich evenmin op het standpunt gesteld dat de callcenters enig verwijt viel te maken.
87. Overigens heeft het college in zijn Standpunt telemarketing 2006 aangegeven zich bij de handhaving vooralsnog alleen te richten op de opdrachtgevers.

8 Boete

8.1 Boetebeleid OPTA

88. 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 betrokkenen 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.
89. De hoogte van de boete dient, behalve te worden afgestemd op de bijzondere omstandigheden

³³ Zie randnummer 10: het college heeft zijn toevlucht moeten nemen tot het opleggen van een last onder dwangsom aan Pretium teneinde haar er toe te bewegen te voldoen aan de op haar rustende verplichting tot opvolging van de vordering om informatie van het college (artikel 18.7, tweede lid, van de Tw).

³⁴ Dit blijkt ook uit de telemarketing gesprekking in de digitale bijlage bij het rapport.

Besluit

«Openbaar»

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).

90. 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.
91. 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.
92. 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.

8.2 De zwaarte van de overtreding in abstracto

93. 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. In zijn Boetebeleidsregels heeft het college overtreding van artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw als minder zwaar aangemerkt.
94. In dit verband merkt het college nog het volgende op. De geconstateerde overtredingen zijn begaan gedurende een periode die gedeeltelijk door de boetebeleidsregels 2008 wordt bestreken en gedeeltelijk door de daaraan voorafgaande Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Tw (hierna: boetebeleidsregels 2005)³⁵. Bij de vraag welke boetebeleidsregels dienen te worden toegepast,

³⁵ "Boetebeleidsregels het college", Stcrt. nr. 145, 29 juli 2005, p. 10

Besluit

«Openbaar»

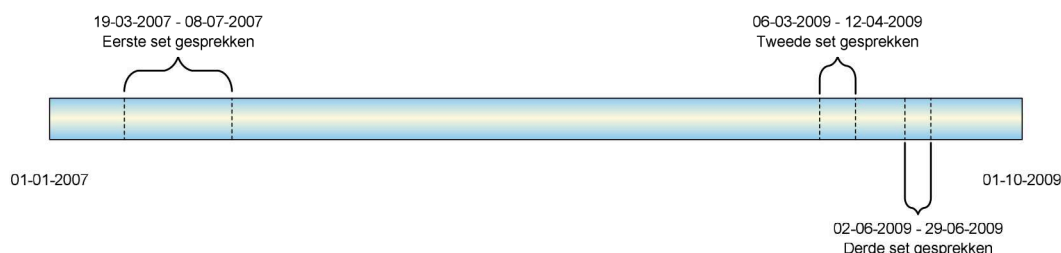
heeft het college, indachtig het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel, onderzocht of toepassing van de (oude) boetebeleidsregels 2005 tot een lagere boete zou leiden dan toepassing van de (nieuwe) boetebeleidsregels 2008. Omdat in dit geval toepassing van de (oude) boetebeleidsregels 2005 tot een lagere boete zou leiden, heeft het college voor de bepaling van de hoogte van de boete aangesloten bij die boetebeleidsregels.

8.3 Ernst van de overtredingen

95. Ten aanzien van de ernst van de overtreding van artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw overweegt het college het volgende.

Omvang, aantal overtredingen

96. In het boeterapport trekt de onderzoeker conclusies op basis van gespreksopnames die in de periode van 19 maart 2007 tot en met 29 juni 2009 gevoerd zijn. De eerste set gesprekken is gevoerd tussen 19 maart 2007 en 8 juli 2007.³⁶ De tweede set gesprekken is gevoerd tussen 6 maart 2009 en 12 april 2009.³⁷ De derde set gesprekken is gevoerd tussen 2 juni 2009 en 29 juni 2009.³⁸ Hieronder is een en ander in een tijdlijn weergegeven.



97. [PASSAGE VERWIJDERD IN VERBAND MET UITSRPAAK RECHTBANK]
98. [PASSAGE VERWIJDERD IN VERBAND MET UITSRPAAK RECHTBANK]
99. [PASSAGE VERWIJDERD IN VERBAND MET UITSRPAAK RECHTBANK]
100. [PASSAGE VERWIJDERD IN VERBAND MET UITSRPAAK RECHTBANK]
101. [PASSAGE VERWIJDERD IN VERBAND MET UITSRPAAK RECHTBANK]
102. [PASSAGE VERWIJDERD IN VERBAND MET UITSRPAAK RECHTBANK]

³⁶ Het betreft hier de gesprekken uit de gespreksopnames die op 19 juli 2007 door Pretium aan de Consumentenautoriteit zijn verstrekt.

³⁷ Het betreft hier de gesprekken uit de gespreksopnames die op 8 en 9 april 2009 door Pretium aan de Consumentenautoriteit zijn verstrekt.

³⁸ Het betreft hier de gesprekken uit de gespreksopnames die in het kader van de gerechtelijke procedure tussen het college en Pretium aan het college zijn verstrekt.

Besluit

«Openbaar»

Geschonden belang

103. Hiervoor heeft het college vanaf randnummer 76 aangegeven welk belang artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw beschermt. Ongevraagde communicatie in de vorm van telefonische verkoopgesprekken vormt een grote bron van irritatie en veroorzaakt veel overlast bij consumenten.

- Uit onderzoek blijkt dat negen op de tien consumenten telemarketing (waarbij geen sprake is van een klantrelatie, het coldcalling) als storend ervaren.³⁹
- Uit dit onderzoek blijkt dat een meerderheid van de consumenten vindt telemarketing dusdanig storend dat zij van plan zijn zich voor telemarketing af te melden.⁴⁰

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

Overige omstandigheden van het geval

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

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

106. Bovengenoemde criteria zijn niet cumulatief. De in randnummer 105 genoemde criteria vormen voor het college geen aanleiding om tot een ander oordeel over de ernst van de overtreding te komen.

Conclusie ten aanzien van de ernst van de overtredingen

107. Het college heeft vastgesteld dat in de periode tussen [PASSAGE VERWIJDERD IN VERBAND MET UITSRPAAK RECHTBANK] zijn gevoerd waarbij het recht van verzet niet is aangeboden. Naar oordeel van het college is dit een groot aantal. Op grond van voorgaande merkt het college de overtredingen van Pretium aan als ernstig.

9 De vaststelling van de hoogte van de boete

108. In zijn boetetebelidsregels heeft het college de zwaarte van overtreding van artikel 11.7 van de Tw in abstracto bepaald als een minder zware overtreding. In het voorgaande heeft het

³⁹ SEO Economisch Onderzoek, *Telemarketing: irritatie geregeld?* (onderzoek in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken), Amsterdam 2007, p. 19.

⁴⁰ Zie noot 39, p. 21-22: het betreft 56% van de consumenten.

Besluit

«Openbaar»

college de ernst van het niet aanbieden van het recht van verzet in concreto als ernstig aangemerkt. Voor de overtreding indiceert dit een boete die ligt in de bandbreedte tussen de € 100.000,- en € 300.000,-.

109.[PASSAGE VERWIJDERD IN VERBAND MET UITSRPAAK RECHTBANK]

9.1 Duur van de overtredingen

110.[PASSAGE VERWIJDERD IN VERBAND MET UITSRPAAK RECHTBANK]

9.2 Verwijtbaarheid van de overtreder

Duidelijkheid norm

111. De norm van artikel 11.7, vierde lid (oud) van de Tw, laat niets aan duidelijkheid te wensen over. De verplichting tot het aanbieden van het recht van verzet vloeit voort uit het in artikel 11.7, vierde lid (oud) van de Tw. In zijn Standpunt telemarketing 2006 heeft het college aangegeven dat de mogelijkheid bieden om verzet aan te tekenen betekent dat per gesprek actief en uit eigener beweging op de mogelijkheid van verzet of het maken van bezwaar moet worden gewezen.

112. Doel van artikel 11.7 van de Tw is om de consument in staat te stellen zich te vrijwaren van en gevrijwaard te blijven van ongevraagde communicatie. Wanneer een consument wordt benaderd dan maakt het voor de betreffende consument geen verschil of hij benaderd wordt door een partij die op grote schaal telemarketing activiteiten verricht of door een kleinere werver. In beide gevallen heeft de consument er op grond van artikel 11.7, vierde lid (oud) van de Tw recht op om zijn recht op verzet aangeboden te krijgen, uit te oefenen.

113. Daar komt bij dat juist van partijen, die op grote schaal telemarketing activiteiten verrichten meer inspanning mag worden verwacht om te zorgen dat zij de op hen rustende wettelijke verplichtingen die specifiek zien op telemarketing, voldoende naleven.⁴¹ Wanneer partijen, die op grote schaal telemarketingactiviteiten verrichten, te kort schieten in de naleving van juist die specifieke verplichtingen, weegt dat naar het oordeel van het college extra zwaar.

Verwijtbaarheid niet aanbieden recht van verzet

114. Het college heeft Pretium eerder gewaarschuwd. Het college heeft – zoals hij hiervoor heeft uiteengezet – op basis van onderzoek een zelfstandige beoordeling gedaan van Pretiums handelen. Op basis van dat onderzoek constateert het college dat Pretium in strijd heeft gehandeld met het in artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Tw bepaalde.

115. Het college acht Pretium volledig verwijtbaar voor de hiervoor genoemde overtreding van artikel 11.7 van de Tw.

⁴¹ Het strafrecht hanteert daarvoor de term Garantenstellung. Aan bepaalde personen mogen, op grond van hun kwaliteiten of hun professie zwaardere eisen worden gesteld voor de vaststelling of hun gedraging in welke mate zij schuld hebben aan een bepaalde gedraging. Zie HR 19 februari 1963, *NJ* 1963, 512.

Besluit

«Openbaar»

9.3 Boeteverzwarende of -verlagende omstandigheden

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

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

117. 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.⁴²

118. In aanmerking genomen de ernst van de overtreding van het niet aanbieden van het recht van verzet en de hiervoor besproken mate van verwijtbaarheid van Pretium voor deze overtreding, oordeelt het college dat de boete dient te worden vastgesteld op een bedrag van [PASSAGE VERWIJDERD IN VERBAND MET UITSRPAAK RECHTBANK]

10 Besluit tot publicatie

119. Het college publiceert sinds 1999 openbare versies van zijn (handhavings)besluiten op zijn website www.opta.nl. In zijn Beleidsregels openbaarmaking OPTA (hierna: publicatiebeleid) heeft het college het algemene belang van artikel 8 Wob, dat ertoe noopt openbaarheid te betrachten, geconcretiseerd door te wijzen op het belang van transparantie, het gelijkheidsbeginsel en de preventieve werking.⁴³ 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.⁴⁴ 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.

120. Op grond van het voorgaande zal het college overgaan tot publicatie van het onderhavige besluit, zonder vermelding van de namen van natuurlijke personen en bedrijfsvertrouwelijke gegevens. Met inachtneming van het hiervoor genoemde publicatiebeleid acht het college publicatie in dit concrete geval in het belang van consumenten om kennis te nemen van het feit dat ten aanzien Pretium is vastgesteld dat zij in strijd heeft gehandeld met het in artikel 11.7, vierde lid (oud), Tw bepaalde en dat aan Pretium 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.

121. Daarnaast is het ook in het belang van marktpartijen om kennis te nemen van de ten aanzien van andere marktdeelnemers genomen (sanctie)besluiten. Marktpartijen die ook van telemarketing gebruik maken, zowel adverteerders als callcenters, komen zo te weten dat er ter bescherming van hun belang is opgetreden. Ook gaat er een algemeen preventief effect van uit

⁴² Zie artikel 3:4, tweede lid, Awb.

⁴³ Beleidsregels openbaarmaking OPTA van 1 april 2009, *Stcrt* 2009, nr. 63, tevens gepubliceerd op www.opta.nl.

⁴⁴ www.rechtspraak.nl, LJN:BO3468; AB 2010, 319 en JB 2010, 276.

Besluit «Openbaar»

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 Pretium. Van overige belangen of omstandigheden, op grond waarvan zou moeten worden afgezien van publicatie, is het college niet gebleken.

11 Dictum

122. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit stelt vast dat Pretium Telecom B.V artikel 11.7, vierde lid (oud), van de Telecommunicatiewet heeft overtreden doordat zij in de periode van [PASSAGE VERWIJDERD IN VERBAND MET UITSRPAAK RECHTBANK] naar het oordeel van het college [PASSAGE VERWIJDERD IN VERBAND MET UITSRPAAK RECHTBANK] keer het recht van verzet niet heeft aangeboden waar dat wel had moeten.

123. Op grond hiervan legt het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit aan Pretium Telecom B.V een boete op van [PASSAGE VERWIJDERD IN VERBAND MET UITSRPAAK RECHTBANK].

124. De hierboven in randnummer 123 vastgestelde boete dient overeenkomstig het bepaalde in artikel 15.13, eerste lid, Tw binnen zes weken nadat de beschikking waarbij de boete is opgelegd in werking is getreden, in euro's te worden betaald. Na het verstrijken van bovengenoemde termijn wordt, overeenkomstig artikel 15.13, tweede lid, Tw, de boete vermeerderd met de wettelijke rente.

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

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,

w.g.

Prof. dr. M. de Jong, Plv. voorzitter

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.