

De Bezwaar Advies Commissie van de Consumentenautoriteit

Advies inzake het bezwaarschrift van

Tele2 Nederland B.V.,

van 24 maart 2009, ingediend namens gemachtigde dhr. mr. G-J. Zwenne

tegen

het besluit van de Consumentenautoriteit van 23 maart 2009,
met kenmerk CA/NB/106/95

1 Procedureverloop

- 1.1 Uit de stukken en het verhandelde ter hoorzitting is de Commissie – samengevat – het volgende gebleken.
- 1.2 De Consumentenautoriteit is een onderzoek gestart naar de naleving door Tele2 Nederland B.V. (hierna: Tele2) van de verplichtingen voortvloeiend uit het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) naar aanleiding van signalen van onder meer ConsuWijzer en de Consumentenbond, over de wijze waarop Tele2 via telemarketing vastnetabonnementen via Wholesale Line Rental (hierna: WLR) aan consumenten aanbood.
- 1.3 Op 23 december 2008 is op basis van het onderzoek een rapport van overtreding opgemaakt als bedoeld in artikel 2.8 Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc). Dit rapport is bij brief van diezelfde datum aan Tele2 toegezonden.
- 4 Bij brief van 23 december 2008 heeft de Consumentenautoriteit voorafgaand aan het nemen van het besluit Tele2 in de gelegenheid gesteld om een schriftelijke of mondelinge zienswijze te geven. Tele2 heeft bij brief van 21 januari 2009 een schriftelijke zienswijze ingediend.
- 1.5 Op 29 januari 2009 heeft de Consumentenautoriteit een hoorzitting gehouden waarbij Tele2 mondeling haar zienswijze mondeling nader heeft toegelicht. Tijdens de hoorzitting heeft de Consumentenautoriteit Tele2 verzocht om nadere informatie toe te zenden. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt, dat op 11 februari 2009 aan Tele2 is toegezonden. Bij brief van 11 februari 2009 heeft Tele2 aan de Consumentenautoriteit de tijdens de hoorzitting gevraagde nadere informatie toegezonden
- 1.6 Bij besluit van 23 maart 2009, met kenmerk CA/NB/106/95
 - a) stelt de Consumentenautoriteit vast dat Tele2 een overtreding heeft begaan van:
 - 1) artikel 8.5, tweede lid, Whc juncto artikel 7:46h, eerste lid, juncto 7:46i, eerste lid, BW;

- 2) artikel 8.5, tweede lid, Whc juncto artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder f, juncto artikel 7:46i, eerste lid, BW;
- 3) artikel 8.5, tweede lid, Whc juncto 7:46c, tweede lid, aanhef en onder a, juncto artikel 7:46c, eerste lid, onder f, juncto artikel 7:46i, eerste lid, BW;
- 4) artikel 8.5, tweede lid, Whc juncto artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder c, juncto artikel 7:46i, eerste lid, BW;
- 5) artikel 8.5, tweede lid, Whc juncto artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder i, juncto artikel 7:46i, eerste lid, BW;
- 6) artikel 8.5, tweede lid, Whc juncto artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder e, juncto artikel artikel 7:46i, eerste lid, BW; en
- 7) artikel 8.5, tweede lid, Whc juncto artikel 7:46c, tweede lid, aanhef en onder c, juncto artikel 7:46i, eerste lid, BW.

b) rekent de onder a) genoemde overtredingen toe aan Tele2;

c) legt drie boetes op van totaal € 70.000,- voor de overtredingen van:

- 1) artikel 8.5, tweede lid, Whc juncto artikel 7:46h, eerste lid, juncto 7:46i, eerste lid, BW;
- 2) artikel 8.5, tweede lid, Whc juncto artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder c, juncto artikel 7:46i, eerste lid, BW;
- 3) artikel 8.5, tweede lid, Whc juncto 7:46c, tweede lid, aanhef en onder i, juncto artikel 7:46i, eerste lid, BW;
- 4) artikel 8.5, tweede lid, Whc juncto artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder f, juncto artikel 7:46i, eerste lid, BW;
- 5) artikel 8.5, tweede lid, Whc juncto artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder a, juncto artikel 7:46c, eerste lid, onder f, juncto artikel 7:46i, eerste lid, BW;

1.7 Bij brief van 24 maart 2009 heeft dhr. mr. G-J. Zwenne namens Tele2 bezwaar ingediend tegen het besluit van 23 maart 2009 van de Consumentenautoriteit. De Consumentenautoriteit heeft de ontvangst van dit bezwaarschrift bevestigd bij brief van 16 april 2009. Bij brief van 26 mei 2009 zijn de bezwaargronden aangevuld.

1.8 Bij brief van 23 juli 2009 is Tele2 door de Commissie uitgenodigd haar bezwaarschrift op 31 augustus 2009 mondeling toe te lichten en is zij gewezen op het recht om tot 20 augustus 2009 nadere stukken in te dienen. Bij brief van dezelfde datum heeft de Consumentenautoriteit uitgenodigd om tijdens die hoorzitting een toelichting op het bestreden besluit te geven en is zij gewezen op de mogelijkheid tot 20 augustus 2009 een nadere schriftelijke toelichting in te dienen.

1.9 Bij brief van 19 augustus 2009 heeft de Commissie van de Consumentenautoriteit een schriftelijke toelichting op het besluit ontvangen. Deze toelichting is door de Commissie bij brief van dezelfde datum doorgezonden aan Tele2.

- 1.10 Op 31 augustus 2009 heeft de Commissie een hoorzitting gehouden waarbij Tele2 haar bezwaren en de Consumentenautoriteit haar besluit hebben toegelicht. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt dat bij brief van 29 september 2009 aan Tele2 en de Consumentenautoriteit is toegezonden en geacht wordt deel uit te maken van dit advies. Bij brief van 5 oktober 2009 heeft Tele2 naar aanleiding van het verslag nog enkele opmerkingen gemaakt, die zijn toegevoegd aan het dossier. Deze brief heeft de Consumentenautoriteit op diezelfde datum ontvangen.

2 Standpunt Tele2

- 2.1 Tele2 heeft bezwaren aangevoerd, die hierna genummerd 1 t/m 7 samengevat weergegeven worden.

1. Handhavende bevoegdheid Consumentenautoriteit (aanvullend bezwaarschrift randnrs. 50, 51, 85, 112, 122)

- 2.2 Tele2 heeft aangevoerd dat er niet structureel sprake was van enige verwarring over het commerciële oogmerk van de telemarketinggesprekken en dat geen sprake was van door consumenten geleden structurele schade van de overtreding van deze verplichting en van de verplichtingen tot het tijdig mededelen van de ontbindingsmogelijkheid, de bedenktijd, de prijs en de minimale duur van de overeenkomst. In dit verband heeft Tele2 erop gewezen dat het onderscheid tussen structurele en incidentele gevallen van belang is voor de bevoegdheid van de Consumentenautoriteit. Voorts heeft Tele2 aangegeven dat de Consumentenautoriteit ten onrechte niet heeft onderzocht en aannemelijk heeft gemaakt dat sprake is van verwarring en/of schade als gevolg van de beweerdelijk door Tele2 begane overtredingen.

2. Uitleg van artikel 7:46h, eerste lid, BW inzake de mededeling van het commercieel oogmerk (aanvullend bezwaarschrift randnrs. 43-60 en pleitnotities hoorzitting 31 augustus 2009 randnrs. 3-43).

- 2.3 Tele2 stelt dat de verplichting om 'aan het begin van elk gesprek' mededeling te doen van het commercieel oogmerk een vage en open norm betreft. Tele2 stelt onder verwijzing naar het lex certa-beginsel dat de Consumentenautoriteit heeft nagelaten (in voldoende mate) te onderbouwen waarom de wijze waarop Tele2 heeft gehandeld een overtreding van de vage wettelijke norm van artikel 7:46h, eerste lid, BW inhoudt en waarom de door de Consumentenautoriteit aan deze norm gegeven invulling voor Tele2 voldoende kenbaar moet worden geacht te zijn.

- 2.4 Tele2 stelt dat de Consumentenautoriteit ten onrechte het standpunt inneemt dat zowel in de werkwijze D als in de werkwijze E niet tijdig mededeling is gedaan van het commerciële oogmerk. In de werkwijzen D en E wordt immers op het eerste moment dat daartoe aanleiding is (blijkt te zijn) mededeling gedaan van het commerciële oogmerk van het gesprek, namelijk nadat is vastgesteld dat a) de gebelde persoon inderdaad abonnee is van Tele2, b) hij of zij tevreden is met de diensten van Tele2, en c) (bij werkwijze D) hij of zij een vastnetabonnement van KPN heeft dat duurder is dan dat van Tele2. Daarvóór heeft het

gesprek (nog) geen commercieel oogmerk. De beide werkwijzen sluiten daarmee, gelet op de parlementaire geschiedenis, aan bij het doel en de strekking van de verplichting van artikel 7:46h, eerste lid, BW.

- 2.5 Voorts hanteert de Consumentenautoriteit volgens Tele2 bij de uitleg van de verplichting van artikel 7:46h, eerste lid, BW een onjuiste opvatting c.q. een onjuist beeld van consumenten. In het consumentenrecht wordt uitgegaan van de gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument. De Consumentenautoriteit ziet echter, anders dan Tele2 en de Gemeenschapswetgever, consumenten als individuen die niet in staat zijn om een telemarketinggesprek te onderscheiden van andersoortige gesprekken en verward raken als het commerciële oogmerk bekend wordt gemaakt op de wijze waarop Tele2 dat heeft gedaan.
- 2.6 Tele2 stelt dat de Consumentenautoriteit ten onrechte geen onderzoek heeft gedaan naar de beleving van consumenten van de gesprekken, terwijl een dergelijk essentieel onderzoek toch betrekkelijk eenvoudig had kunnen worden gedaan en ook in andere op dit punt vergelijkbare procedures (zaak 17 van UPC Nederland B.V. (hierna: UPC) en zaak 22 van Pretium Telecom B.V. (hierna: Pretium)) is gedaan.
- 2.7 Voorts voert Tele2 aan dat er ten tijde van de gedragingen waarop het besluit ziet, nog volop discussie was over de invulling van de normen voor telemarketing in het kader van de regulering van het vastnetabonnement op grond van WLR en van de invulling van artikel 11.7 van de Telecommunicatiewet. In 2006 en 2007 werd er door OPTA en de telemarketingbranche nog uitvoerig overlegd over de uitleg van de wettelijke regels en hoe deze zich verhouden tot de relevante zelfregulering. Voor Tele2 was daarom niet voldoende duidelijk en kenbaar op welke wijze en op welk moment mededeling moet worden gedaan van het commerciële oogmerk van de gesprekken. Dit is in strijd met het lex certa-beginsel en met het zorgvuldigheids- en motiveringsbeginsel. Tele2 heeft in dit verband verwezen naar het Advies van de Commissie in zaak 17 van UPC (randnrs. 5.2.27-28).
- Tot slot wijst Tele2 erop dat OPTA géén aanleiding heeft gezien om Tele2 te waarschuwen en te beboeten. OPTA heeft zich intensief bemoeid met de wijze waarop Tele2 en andere marktpartijen hun telemarketingactiviteiten inrichtten en heeft vastgesteld dat ten aanzien van de callscripts van Tele2 geen sprake was van problemen. Nu de Consumentenautoriteit een andere mening is toegedaan dan OPTA, had zij daarnaar zorgvuldig feitenonderzoek moeten doen en op basis daarvan haar verwijten nader moeten onderbouwen. Tele2 verwijst naar hetgeen over de onderbouwing van de overtreding van artikel 7:46h, eerste lid, BW door de Commissie is overwogen (randnr. 5.2.25) in het Advies in zaak 17 van UPC.
- 3. Relevante omstandigheden bij de invulling van artikel 7:46h, eerste lid, BW (aanvullend bezwaarschrift randnrs. 61-75)*
- 2.9 Tele2 stelt dat de werkwijzen D en E ook niet als overtreding kunnen worden gekwalificeerd, indien uitgegaan wordt van de door de Consumentenautoriteit in het sanctiebesluit van zaak 22 (Pretium) als relevant geïdentificeerde 'omstandigheden van het geval' om te bepalen welke mededelingen aan het begin van een telemarketinggesprek gedaan moeten worden om

op duidelijke wijze het commercieel oogmerk van het gesprek aan de consument mee te delen. Deze omstandigheden betreffen: 1.) bekendheid van de aangeboden dienst, 2.) Tele2's bekendheid, haar dienstverlening en reclame, en 3.) inhoud van telefoongesprekken en verloop daarvan.

4. Inconsistentie en innerlijke tegenstrijdigheden ten aanzien van de geconstateerde overtreding van artikel 7:46h, eerste lid, BW (aanvullend bezwaarschrift randnrs. 76-84)

2.10 Tele2 stelt dat onduidelijk c.q. onbegrijpelijk is waarom, gelet op de gespreksstructuur, het verloop van en de gebruikte bewoordingen tijdens het telefoongesprek, in de werkwijzen D en E wél sprake is van een overtreding terwijl dat in de werkwijzen B en C niet het geval is. De werkwijzen D en E onderscheiden zich alleen van de werkwijzen B en C doordat daarin niet wordt opgemerkt dat er eerder een brief is gestuurd. De Consumentenautoriteit heeft daarom in strijd met het willekeurverbod en het motiveringsbeginsel gehandeld.

2.11 Voorts voert Tele2 aan dat zij, na op de hoogte te zijn gesteld van de begane overtredingen, enkele aanpassingen heeft aangebracht in de gebruikte callscripts en de Consumentenautoriteit naar aanleiding daarvan heeft aangegeven dat de 'geconstateerde overtredingen zijn beëindigd'. Daarom kan er volgens Tele2 evenmin in het verleden sprake zijn geweest van overtredingen van artikel 7:46h, eerste lid, BW en is het bestreden besluit inconsistent en willekeurig en onvoldoende gemotiveerd.

5. Mededeling ontbindingsmogelijkheid, prijs en contractsduur (aanvullend bezwaarschrift randnrs. 99-108 en 118, pleitnotities hoorzitting 31 augustus 2009 randnrs. 44-53)

2.12 Volgens Tele2 gaat de Consumentenautoriteit met het standpunt dat in alle werkwijzen niet tijdig mededeling is gedaan van de ontbindingsmogelijkheid, prijs en contractsduur voorbij aan de uitdrukkelijke bedoeling van de bij de overeenkomst betrokken partijen om op een later moment te komen tot de totstandkoming van de overeenkomst, namelijk nadat de brief met de bevestiging is ontvangen. Van belang is dat de abonnees van Tele2 ermee bekend waren dat de overeenkomst niet al in het telefoongesprek tot stand was gekomen maar pas nadat men de welkomstbrief had ontvangen; zij namen immers al diensten van Tele2 af en beschikten reeds over abonnementsvoorwaarden voor carrier(pre)selectiediensten. Bovendien laat de wijze waarop het wholesale-orderproces is ingericht het ook niet toe dat de overeenkomsten eerder tot stand zouden kunnen komen dan partijen hebben bedoeld.

2.13 Voorts gaat de Consumentenautoriteit ten onrechte voorbij aan de informatie die Tele2 tevoren en door middel van geadresseerde brieven aan de abonnees heeft verstrekt, doordat de Consumentenautoriteit uitgaat van onjuiste, want andere dan de wettelijke criteria (nl. of consumenten de verstrekte informatie 'daadwerkelijk hebben gelezen' en/of 'zich deze herinneren' in plaats van of de informatie is verstrekt). Het bestreden besluit is in strijd met de wet en het willekeurverbod.

2.14 Tot slot heeft de Consumentenautoriteit ten onrechte geen, althans onvoldoende, onderzoek gedaan naar wat er daadwerkelijk in de telefoongesprekken is gezegd en wat abonnees

daadwerkelijk hebben begrepen/zich herinnerd/gelezen/bedoeld. Verder geldt dat, ook al moet worden aangenomen dat de mededeling over de bedenktijd vóór de voicelog had moeten worden gedaan, er op grond van artikel 7:46i, vijfde lid, BW dan nog geen verplichting bestond om de bedenktijd te vermelden aangezien de dienstverlening met instemming van de abonnee reeds was begonnen voordat de bedenktijd was verstreken. Er kan dan ook geen sprake zijn van schade. De Consumentenautoriteit heeft dit ten onrechte niet onderzocht (vgl. onderdeel 2.6 hiervoor). Het besluit is in strijd met het zorgvuldigheidsbeginsel, het belangenafwegingsbeginsel en het motiveringsbeginsel.

6. Hoogte en omvang van de boetes (aanvullend bezwaarschrift randnrs. 85-98, 109-117, 119-127 en pleitnotities hoorzitting 31 augustus 2009 randnrs. 52-53 en 59-68)

- 2.15 Tele2 stelt dat – gelet op de ernst van de overtreding, het aantal benadeelde consumenten en de duur van de overtredingen – haar voor minder ernstige overtredingen veel hogere boetes zijn opgelegd. Het boetetoemingsbeleid van de Consumentenautoriteit voldoet daarmee niet aan de eisen van stelselmatigheid en adequate en consistente motivering van de hoogte van de boete.
- 2.16 Tele2 stelt dat de Consumentenautoriteit met de volgende boeteverlagende omstandigheden ten onrechte geen rekening heeft gehouden:
- 2.17 a.) Geen nadeel en/of schade van consumenten
De Consumentenautoriteit heeft niet onderzocht en aannemelijk gemaakt dat consumenten (structureel of incidenteel) enig materieel nadeel of schade hebben ondervonden door de beweerdelijke overtredingen van artikel 7:46c en 7:46h, eerste lid, BW, terwijl dit onderzoek betrekkelijk eenvoudig had kunnen worden verricht én dat onderzoek in andere vergelijkbare procedures zoals die in zaak 17 van UPC en zaak 22 van Pretium wel is verricht. Voorts is het onaannemelijk dat consumenten schade hebben geleden of hebben kunnen lijden door het niet tijdig melden van de bedenktijd, de prijs en de contractsduur in de telefoongesprekken, aangezien deze mededelingen *de facto* hooguit één minuut later zijn gedaan (in de voicelog) dan dat deze volgens de Consumentenautoriteit had moeten zijn gedaan (voorafgaand aan de voicelog). Bovendien heeft Tele2 alle abonnees die het aanbod hebben geaccepteerd, in het kader van de coulanceregeling sowieso de gelegenheid geboden om tot tien werkdagen nadat de overeenkomst is aangegaan, de overeenkomst te ontbinden. De Consumentenautoriteit heeft ook geen enkele concrete klacht of signaal of melding kunnen overleggen waaruit het bestaan van (structurele) schade als gevolg van het niet tijdig melden van de ontbindingsmogelijkheid, de prijs en de contractsduur is gebleken.
- 2.18 b.) Artikel 7:46i, vijfde lid, BW
Er bestond op grond van artikel 7:46i, vijfde lid, BW geen verplichting om de bedenktijd te vermelden aangezien de dienstverlening met instemming van de abonnee reeds was begonnen voordat de bedenktijd was verstreken. De schade is dan ook mogelijk beperkt gebleven.

- 2.19 c.) Actief coulancebeleid
 Tele2 hanteert in de praktijk een zeer ruimhartig coulancebeleid op grond waarvan consumenten een bedenktijd hebben tot tien werkdagen na de totstandkoming van de overeenkomst (d.w.z. na ontvangst van de bevestigingsbrief). Gelet op deze ruime coulanceregeling is het niet aannemelijk dat abonnees (structureel) zijn benadeeld doordat de ontbindingsmogelijkheid, de prijs en de contractduur niet op het moment zijn gemeld waarop dit volgens de Consumentenautoriteit had moeten. Voorts is dit coulancebeleid in overleg onder auspiciën van OPTA tot stand gekomen. De Consumentenautoriteit heeft dan ook ten onrechte overwogen dat haar niet is gebleken dat dit coulancebeleid werd gehanteerd en dat consumenten blijkaar schade hebben geleden.
- 2.20 d.) Werkwijzen in overeenstemming met OPTA-beleid
 Tele2 heeft bij haar klantenwerving gehandeld overeenkomstig de marktbreed aanvaarde en onder auspiciën van OPTA vastgelegde regels. Met OPTA is afgesproken dat de overeenkomst tot stand komt op het moment dat de consument de welkomstbrief ontvangt en niet eerder; de ontbindingsmogelijkheid is dan ook tijdig gemeld. Tele2 handelde overeenkomstig wat in de telecomsector en door OPTA als gebruikelijk en aanvaardbaar werd geacht.
- 2.21 Tele2 voert verder aan dat als gevolg van uitspraken van OPTA er bij de marktpartijen verwarring bestond over de te communiceren duur van de bedenktijd van artikel 7:46c, eerste lid, BW. Tele2 meent dat daarom de boete terzake van de bedenktijd moet worden verlaagd en verwijst in dit verband naar het boetebesluit in zaak 22 van Pretium (randnr. 181).
- 2.22 e.) Aanpassing van callscripts en welkomstbrieven
 Tele2 heeft op eigen initiatief aanpassingen aangebracht in callscripts en welkomstbrieven die ertoe hebben geleid dat de overtredingen zijn beëindigd. De Consumentenautoriteit heeft hiermee geen rekening gehouden, terwijl zij dat wel heeft gedaan bij de boeteplegging aan UPC en Pretium.
- 2.23 f.) ISDN-toeslag
 Voor zover ten aanzien van de prijs de ISDN-toeslag niet is vermeld, geldt dat dit maar een beperkt aantal abonnees betref. De Consumentenautoriteit heeft dit ten onrechte niet feitelijk onderzocht.
- 2.24 Door niet met de genoemde boeteverlagende omstandigheden rekening te houden heeft de Consumentenautoriteit in strijd gehandeld met het zorgvuldigheids- en belangenafwegingsbeginsel, het evenredigheidsbeginsel van artikel 2.21, eerste lid, Wvc en 3:4, tweede lid, Awb en 5:13 Awb, het motiveringsbeginsel van artikel 3:46 e.v. Awb, het gelijkheidsbeginsel, het verbod van willekeur.

7. Bewijsvoering, onzorgvuldig onderzoek en strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (aanvullend bezwaarschrift randnrs. 128-139 en pleitnotities hoorzitting 31 augustus 2009 randnrs. 54-58))

- 2.25 Tele2 heeft aangevoerd dat de bewijsvoering niet is gebaseerd op deugdelijk onderzoek en de Consumentenautoriteit aldus geen eenduidig beeld van de handelswijze van Tele2 heeft laten zien; het bestreden besluit voldoet dan ook niet aan de hoge eisen die gelet op het punitieve karakter van het besluit aan de bewijsvoering worden gesteld. Tele2 verwijst in dit verband naar het Advies van de Commissie in zaak 17 van UPC (randnrs. 5.5.3 t/m 5.5.5).
- 2.26 De Consumentenautoriteit heeft niet of nauwelijks feitenonderzoek verricht maar heeft de aanleiding van het onderzoek gebaseerd op niet nader onderzochte signalen of meldingen en heeft overtredingen geconstrueerd bij gebrek aan harde bewijzen. Verder heeft de Consumentenautoriteit ten onrechte geen kopie van de bandopname van de hoorzitting van 29 januari 2009 verstrekt aan Tele2. De Consumentenautoriteit heeft vooringenomen gehandeld aangezien het onderzoek er kennelijk uitsluitend op was gericht om door Tele2 begane overtredingen te kunnen vaststellen (*fishing expedition*) en voorbij ging aan die feiten en omstandigheden die erop zouden kunnen duiden dat Tele2 geen overtreding heeft begaan. Ook wordt de onschuldpresumptie geweld aangedaan, omdat van Tele2 wordt verlangd aan te tonen dat zij geen schuld heeft terwijl zij tegelijkertijd wordt belemmerd in haar mogelijkheden om dit tegenbewijs te leveren.
- 2.27 Voorts is de belangenafweging, bij gebrek aan volledige en juiste informatie, eenzijdig en onevenwichtig. Het bestreden besluit volstaat, juist waar het gaat om de door consumenten geleden schade, met heel algemene en onduidelijke kwalificaties. Overwegingen die duiden op boeteverlagende omstandigheden, zoals de door Tele2 gehanteerde coulanceregeling, worden genegeerd. Verder wijkt het bestreden besluit af van andere, vergaande vergelijkbare besluiten (zaak 105/KPN, zaak 17/UPC en zaak 22/Pretium), waardoor sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel. Tele2 heeft onderbouwd dat – gelet op de ernst van de overtreding, het aantal benadeelde consumenten en de duur van de overtreding – aan Tele2 veel hogere boetes dan aan Pretium zijn opgelegd. Het boetetoemtingsbeleid voldoet daarmee niet aan de eisen van stelselmatigheid en adequate en consistente onderbouwing van de hoogte van de boete; Tele2 verwijst in dit verband naar het Advies van Commissie in zaak 17/UPC (randnr. 5.6.3).

3 Standpunt Consumentenautoriteit

- 3.1 In reactie op het bezwaarschrift heeft de Consumentenautoriteit zich ten overstaan van de Commissie op het standpunt gesteld dat de bezwaren van Tele2 ongegrond zijn. De Consumentenautoriteit heeft daarbij opgemerkt niet in te gaan op de vastgestelde overtredingen inzake het (tijdig) mededelen van de wijze van betaling (artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder e, BW) en de vermelding van het bezoekadres bij nakoming van de overeenkomst (artikel 7:46c, tweede lid, aanhef en onder c, BW), omdat de bezwaargronden van Tele2 daarop niet zien. De Consumentenautoriteit heeft verder het volgende naar voren gebracht:

Ad 1. Handhavende bevoegdheid Consumentenautoriteit (schriftelijke toelichting randnrs. 29)

3.2 De Consumentenautoriteit stelt dat zij bevoegd was om handhavend op te treden. Gelet op het zeer grote aantal consumenten dat door Tele2 is benaderd aan de hand van voorgeschreven callscripts en het zeer grote aantal consumenten die bevestigingsbrieven hebben ontvangen, dient een overtreding die is vastgesteld op basis van deze callscripts en bevestigingsbrieven, per definitie te worden aangemerkt als een structurele inbreuk op de collectieve belangen van consumenten.

3.3 Er is sprake van structurele overtredingen aangezien de brieven met antwoordkaart (in werkwijze A), de callscripts (in werkwijzen B t/m E) en bevestigingsbrieven reeds overtredingen van de artikelen 7:46c en 7:46h BW bevatten en daarmee is komen vast te staan dat schade zou kunnen ontstaan.

Ad 2. Uitleg van artikel 7:46h, eerste lid, BW inzake de mededeling van het commercieel oogmerk (schriftelijke toelichting randnrs. 12-32 en pleitnotities randnrs. 3-8)

3.4 De Consumentenautoriteit stelt dat het lex-certa beginsel niet zover strekt dat de Consumentenautoriteit alle normen tot in detail in beleidsregels zou moeten vervatten en dat het op de weg ligt van een professionele en ervaren marktpartij om zichzelf tijdig op de hoogte te stellen van de reikwijdte van wettelijke bepalingen. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat Tele2 had moeten en kunnen weten wat op basis van de geconstateerde overtreden normen wordt geboden en wat niet is toegestaan.

3.5 De Consumentenautoriteit is van oordeel dat zij ten aanzien van de callscripts bij werkwijzen D en E geen onjuiste uitleg of toepassing aan artikel 7:46h, eerste lid, BW heeft gegeven. Er wordt niet aan de wettelijke verplichting van artikel 7:46h, eerste lid, BW voldaan door het sturen van een brief aan de consument voorafgaand aan het telemarketinggesprek, ongeacht of die brief wordt gelezen. Voorts miskent Tele2 de uitdrukkelijke wens van de wetgever om bij het begin van elk telemarketinggesprek een expliciete mededeling over het commercieel oogmerk te doen door te stellen dat bij werkwijzen D en E het commercieel oogmerk niet eerder zou hoeven te worden vermeld dan nadat de identiteit en de tevredenheid met de diensten van Tele2 waren vastgesteld.

3.6 De Consumentenautoriteit stelt dat de door Tele2 aan consumenten toegedichte eigenschappen (volwassen, mondig, kritisch, etc.) niet afdoen aan de verplichting van artikel 7:46h, eerste lid, BW om tijdig het commercieel oogmerk te vermelden. Voorts is voor een overtreding van artikel 7:46h, eerste lid, BW niet vereist dat consumenten daadwerkelijk in verwarring zijn over het commercieel oogmerk, zodat de Consumentenautoriteit niet gehouden was te onderzoeken of consumenten daadwerkelijk verward waren. Ook is voor de toepasselijkheid van artikel 7:46h, eerste lid, BW niet relevant of in de praktijk al dan niet sprake is van klachten, signalen of meldingen over verwarring bij de consument en of klanten tevreden zijn over Tele2.

3.7 De Consumentenautoriteit stelt dat anders dan Tele2 het doet voorkomen, de OPTA de werkwijzen van Tele2 niet heeft goedgekeurd. De OPTA heeft begin 2007 overleg gevoerd met KPN en de WLR-partijen, maar in het WLR-maatregelenpakket zijn geen concrete afspraken

met de OPTA en andere WLR-partijen gemaakt over de toepasselijkheid of uitleg van artikel 7:46h eerste lid, BW. Het feit dat OPTA in het kader van de verplichting van het vermelden van de verzetsmogelijkheid (artikel 11.7, vierde lid, Telecommunicatiewet) niet tegen Tele2 heeft opgetreden, is niet relevant voor de beoordeling van artikel 7:46h, eerste lid, BW.

Ad 3. Relevante omstandigheden bij de invulling van artikel 7:46h, eerste lid, BW (schriftelijke toelichting randnrs. 33-36)

- 3.8 De Consumentenautoriteit stelt dat de omstandigheden die in zaak 22 van Pretium een rol hebben gespeeld bij de beoordeling of voldaan is aan de verplichting van artikel 7:46h, eerste lid, BW, alleen van belang zijn bij het bepalen van de duidelijkheid van de mededeling van de identiteit en het commercieel oogmerk van de verkoper.

Ad 4. Inconsistentie en innerlijke tegenstrijdigheden ten aanzien van de geconstateerde overtreding van artikel 7:46h, eerste lid, BW (schriftelijke toelichting randnrs. 36-38)

- 3.9 De Consumentenautoriteit stelt dat de reden waarom zij bij werkwijzen B en C (in tegenstelling tot werkwijzen D en E) geen overtreding van artikel 7:46h, eerste lid, BW heeft geconstateerd, is dat bij die werkwijzen niet eerst vragen worden gesteld over de tevredenheid van de klant over het CPS-abonnement dan wel de overstap naar WLR maar na een korte introductie het commercieel oogmerk wordt medegedeeld door het doen van een aanbod. Het feit dat Tele2 bij werkwijzen B en C voorafgaand aan de telemarketinggesprekken een brief heeft gestuurd, is derhalve niet relevant geweest voor de beoordeling van de naleving van artikel 7:46h, eerste lid, BW.

- 3.10 Voorts hebben de door Tele2 doorgevoerde wijzigingen in de callscripts geen invloed gehad op de vaststelling van de overtredingen met betrekking tot de werkwijzen D en E. Deze gewijzigde callscripts zagen op een andere campagne dan de werkwijzen waarover in het onderzoeksrapport overtredingen waren geconstateerd.

Ad 5. Mededeling ontbindingsmogelijkheid, prijs en contractsduur (schriftelijke toelichting randnrs. 41-62 en pleitnotities hoorzitting 31 augustus 2009 randnrs. 10-19)

- 3.11 De Consumentenautoriteit stelt dat de consument de aan hem gegeven informatie tijdens het telemarketinggesprek bij de verschillende werkwijzen – gelet op de gebruikte bewoordingen in de callscripts – mag en zal opvatten als een aanbod van Tele2 tot het afsluiten van een vastnetabonnement. Gelet op de gebruikte bewoordingen in de callscripts beoogde Tele2 wel degelijk in het telemarketinggesprek een overeenkomst te sluiten en wilde zij dit ook kenbaar maken aan de consument. Indien de consument het aanbod tijdens het gesprek accepteert, komt daarmee de overeenkomst tot stand (vgl. artikel 6:217, eerste lid, BW). Het is volgens de Consumentenautoriteit juridisch niet mogelijk om een in afwijking van het uit artikel 6:217, eerste lid, BW voortvloeiende tijdstip van totstandkoming van de overeenkomst te bepalen in algemene voorwaarden, indien die voorwaarden pas bij de bevestigingsbrief worden meegestuurd. Aangezien Tele2 de consument niet tijdig vóór het sluiten van de overeenkomst, namelijk uitdrukkelijk bij het doen van het aanbod in het telemarketinggesprek (werkwijzen B,

C, D en E) of in de brief met de antwoordkaart (werkwijze A), heeft medegedeeld dat een afwijkend tijdstip van de totstandkoming van de overeenkomst wordt gehanteerd, is de informatie over de bedenktijd in de bevestigingsbrief (werkwijze A) dan wel tijdens of na de opname van de voicelog (werkwijzen B t/m E) niet tijdig vóór de overeenkomst verstrekt. Ook de informatie over de prijs in de voicelog (werkwijze C na mei 2007), de ISDN-toeslag (in de bevestigingsbrieven) en de contractsduur in de voicelog (werkwijzen B, C en D) is niet tijdig voor de overeenkomst verstrekt.

Ook de inrichting van het wholesale-orderproces en daarmee het moment en de wijze waarop consumenten daadwerkelijk worden omgezet van KPN naar Tele2, kan er volgens de Consumentenautoriteit niet toe leiden dat tijdens het telemarketinggesprek geen overeenkomst tot stand zou kunnen komen. De technische aspecten rondom de overstap naar Tele2 betreffen de manier waarop Tele2 uitvoering geeft aan de overeenkomst en zijn daarom niet van invloed op de juridische beoordeling van het moment waarop een overeenkomst tot stand is gekomen.

- 3.12 De Consumentenautoriteit stelt dat zij anders dan Tele2 veronderstelt, niet van Tele2 verlangt dat zij bij de nakoming in haar bevestigingsbrieven een bedenktijd van drie maanden opneemt. De bedenktijd van zeven werkdagen gaat lopen op het moment van ontvangst van de bevestigingsbrief met daarin alle informatie als omschreven in artikel 7:46c, tweede lid, BW. Tele2 heeft daarom in de bevestigingsbrieven een onjuist aanvangstijdstip genoemd door te bepalen dat binnen zeven werkdagen na dagtekening van de brief de aanmelding ongedaan kan worden gemaakt.
- 3.13 De Consumentenautoriteit stelt dat zij geen onjuist of strenger criterium hanteert dan de wet door bij de beoordeling van de naleving van artikel 7:46c, eerste lid, BW niet de informatie mee te nemen die bij werkwijzen B, C en D voorafgaand aan het telemarketinggesprek is verstrekt. Naar het oordeel van de Consumentenautoriteit is niet voldaan aan de eis dat de informatie op een duidelijke en begrijpelijke wijze wordt verstrekt, indien die informatie (voor een deel) per brief voorafgaand aan het telemarketinggesprek wordt verstrekt en niet verifieert of de consument de desbetreffende brief daadwerkelijk heeft gelezen. De Consumentenautoriteit heeft op dit punt aangesloten bij de door de Commissie gevolgde redenering in zaak 17 van UPC. Overigens wordt in deze eerder gestuurde brieven ook niet alle benodigde informatie verstrekt, namelijk de bedenktijd en de ISDN-toeslag (werkwijzen B, C en D) en de contractsduur (werkwijzen C en D).
- 3.14 Voorts stelt de Consumentenautoriteit dat het niet nodig was om te onderzoeken hoe individuele telefoongesprekken in de praktijk daadwerkelijk zijn verlopen of hoe consumenten deze mogelijk hebben ervaren of opgevat, omdat de Consumentenautoriteit reeds op grond van de brief met aanmeldingskaart van werkwijze A, de callscripts van werkwijzen B, C, D en E, en de bevestigingsbrieven kon vaststellen dat de wettelijke bepalingen inzake de mededeling van de bedenktijd, de prijs en de contractsduur waren overtreden.
- 3.15 Tot slot stelt de Consumentenautoriteit dat Tele2 met het beroep op artikel 7:46i, vijfde lid, BW, miskent dat de bedenktijd weliswaar korter dan zeven werkdagen kan zijn, maar dat niet wegneemt dat overeenkomstig artikel 7:46c, eerste lid, onder f, BW op een duidelijke en

begrijpelijke wijze melding moet worden gemaakt van het al dan niet hebben van deze bedenkttermijn.

Ad 6. Hoogte en omvang van de boetes (schriftelijke toelichting randnrs. 66-83 en pleitnotities hoorzitting 31 augustus 2009 randnrs. 20 -22)

- 3.16 De Consumentenautoriteit heeft aangegeven bij de boeteoplegging naar eerdere boetebesluiten te hebben gekeken en de hoogte van de boete van Tele2 daarop te hebben afgestemd. De Consumentenautoriteit stelt dat aan Tele2 in vergelijking met andere zaken (zoals Pretium) geen hogere boete is opgelegd.
- 3.17 Ten aanzien van de boeteverlagende omstandigheden merkt de Consumentenautoriteit het volgende op:
- 3.18 a) Geen nadeel en/of schade van consumenten
De Consumentenautoriteit stelt dat zij niet verplicht is een onderzoek te doen naar de daadwerkelijk geleden schade en verwijst in dit verband naar het advies van de Commissie in zaak 2 (PostGarant B.V.)(overweging 5.5.). Ook in de zaken UPC en Pretium heeft de Consumentenautoriteit geen onderzoek naar de daadwerkelijk geleden schade gedaan. Voorts is de Consumentenautoriteit van oordeel dat Tele2 de verplichtingen van de Wet koop op afstand bagatelliseert door te stellen dat de vereiste mededelingen over bedenktijd, prijs en contractsduur hooguit één minuut later zijn gedaan en het daarom onbegrijpelijk is dat sprake is van schending van het consumentenvertrouwen.
- 3.19 b.) Artikel 7:46i, vijfde lid, BW
De Consumentenautoriteit stelt bij het bepalen van de hoogte van de basisboete voor de overtreding van de bedenktijd wel rekening te hebben gehouden met de als gevolg van artikel 7:46i, vijfde lid, BW mogelijk beperkte schade van de overtreding van artikel 7:46c, eerste lid aanhef en onder f, BW bij werkwijze E.
- 3.20 c.) Actief coulancebeleid
De Consumentenautoriteit stelt dat het bestaan van de ontbindingsmogelijkheid nooit als een boeteverlagende omstandigheid kan gelden, omdat die ontbindingsmogelijkheid een wettelijk recht is van consumenten. De Consumentenautoriteit stelt verder dat Tele2 niet heeft aangetoond of een beroep op de bedenktijd van een consument nadat die bedenktijd is verstreken maar nog geen omzetting heeft plaatsgevonden, wordt gehonoreerd. Het is aan Tele2 om de door haar gestelde boeteverlagende omstandigheden inzichtelijk en aannemelijk te maken. Volgens de Consumentenautoriteit leidt overigens ook als een coulanceregeling daadwerkelijk in de praktijk wordt gebracht, dat niet automatisch tot boeteverlaging. De Consumentenautoriteit verwijst in dit verband naar het advies van de Commissie in de zaak 17 van UPC.
- 3.21 d.) Werkwijzen in overeenstemming met OPTA-beleid
De Consumentenautoriteit is van oordeel dat OPTA de werkwijzen van Tele2 niet heeft goedgekeurd. In het WLR-maatregelenpakket zijn geen concrete afspraken neergelegd met

betrekking tot de gedragingen waarvoor Tele2 een boete is opgelegd. Voorts stelt de Consumentenautoriteit dat geen sprake is geweest van een afspraak met OPTA over het juridische moment van totstandkoming en dat Tele2 dit tijdens de hoorzitting van 29 januari 2009 ook heeft erkend. Andere telecomaانبieders die bij het WLR-overleg waren, zijn van oordeel dat de overeenkomst tijdens het telemarketinggesprek tot stand komt, zodat er geen sprake van is dat Tele2 handelde overeenkomstig wat in de telecomsector en door OPTA als gebruikelijk en aanvaardbaar werd geacht.

3.22 e.) Aanpassing van callscripts en welkomstbrieven

De Consumentenautoriteit stelt dat de door Tele2 doorgevoerde wijzigingen niet hebben geleid tot de beëindiging van de in het rapport geconstateerde overtredingen aangezien die overtredingen al voor het opmaken van het rapport waren beëindigd. Deze wijzigingen hebben dan ook geen invloed op de maatregelen voor de overtredingen die in het verleden hebben plaatsgevonden. De door Tele2 gemaakte vergelijking met de zaken 22 van Pretium en 17 van UPC gaat niet op, aangezien deze ondernemingen hadden erkend dat zij een overtreding hadden begaan en de aanpassingen die zij hadden doorgevoerd tot de beëindiging van de overtreding leidden.

3.23 f.) ISDN-toeslag

De Consumentenautoriteit stelt dat Tele2 de overtreding van artikel 7:46c, eerste lid onder c, BW bagatelliseert door te stellen dat de ISDN-toeslag slechts een (zeer) beperkt aantal abonnees betrof, nu het nog steeds een aanzienlijk aantal consumenten betreft.

Ad 7 Bewijsvoering, onzorgvuldig onderzoek en strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur (schriftelijke toelichting randnrs. 84-92 en pleitnotities hoorzitting 31 augustus 2009 randnr. 9)

3.24 De Consumentenautoriteit stelt dat zij op grond van zorgvuldig feitenonderzoek en harde bewijzen, namelijk de brief met antwoordkaart, de callscripts en de bevestigingsbrieven, de overtredingen heeft vastgesteld. De via ConsuWijzer en de Consumentenbond ontvangen signalen zijn derhalve slechts aanleiding geweest het onderzoek te starten en deze zijn dus niet gebruikt om de in het bestreden besluit geconstateerde overtredingen te bewijzen. Voorts geldt dat het niet noodzakelijk is dat er signalen over een bepaalde overtreding moeten zijn om een onderzoek te starten naar het begaan van die specifieke overtreding. Het feit dat in het onderzoek naast overtredingen waarover meldingen zijn binnengekomen, ook andersoortige – aan de meldingen gerelateerde – overtredingen aan het licht zijn gekomen, betekent niet dat de Consumentenautoriteit zich schuldig heeft gemaakt aan een *fishing expedition* of dat zij vooringenomen heeft gehandeld.

3.25 De Consumentenautoriteit stelt dat de rechten van verdediging van Tele2 niet zijn geschonden doordat haar geen bandopname van de hoorzitting van 29 januari 2009 is verstrekt. De bandopname als zodanig maakt immers geen deel uit van het dossier in deze zaak; alleen het verslag van de hoorzitting doet dat en ten aanzien daarvan is Tele2 in de gelegenheid gesteld de door haar gewenste opmerkingen te maken die de Consumentenautoriteit vervolgens bij de besluitvorming heeft betrokken. Bovendien heeft Tele2 de bandopname van de hoorzitting in

zijn geheel kunnen beluisteren en eventuele aanvullingen of opmerkingen bij het verslag kunnen doorgeven. Tele2 heeft dus dezelfde mogelijkheid gehad als de Consumentenautoriteit om van hetgeen tijdens de hoorzitting is besproken, kennis te nemen. De vergelijking met het door Tele2 aangehaalde arrest van het Gerecht van Eerste Aanleg van 29 juni 1995 gaat dan ook niet op.

- 3.26 Voorts stelt de Consumentenautoriteit dat de door Tele2 gemaakte vergelijking met zaak 105/KPN niet opgaat, omdat in die zaak wel een onderzoek heeft plaatsgevonden maar het niet nodig was nader onderzoek in te stellen aangezien het callscript nooit in de praktijk was gebruikt en omdat ernstigere overtredingen werden geconstateerd die (de hoogte van) de opgelegde maatregelen rechtvaardigen. Ten aanzien van de gemaakte vergelijking met de zaak 22/Pretium geeft de Consumentenautoriteit aan dat Tele2 mede vanwege de kortere duur van de overtreding van artikel 7:46h, eerste lid, BW een beduidend lagere boete heeft opgelegd gekregen dan de aan Pretium opgelegde boete. Tot slot kan de vergelijking met de zaak 17/UPC volgens de Consumentenautoriteit niet slagen: het coulancebeleid is bij deze zaak alleen meegenomen omdat UPC de overtreding heeft erkend en de overtreding van artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder f, BW heeft beëindigd.

4 Toepasselijke regelgeving

- 4.1 Op 1 juli 2009 zijn de Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (Stb. 2009, 264) en de Aanpassingswet Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (Stb. 2009, 265) in werking getreden. Door de betrokken wetgeving is de Wet handhaving consumentenbescherming met ingang van die dag gewijzigd. Op grond van artikel IV Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht is het recht van vóór 1 juli 2009 van toepassing, nu de bestreden sanctiebesluiten zijn opgelegd voor overtredingen die hebben plaatsgevonden vóór die datum.
- 4.2 De Consumentenautoriteit is op grond van artikel 2.2 jo. artikel 2.7, eerste lid, jo. bijlage b van de Whc belast met onder meer de bestuursrechtelijke handhaving van artikel 8.5 Whc.
- 4.3 Artikel 8.5 Whc luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

“(....)

2. De verkoper of dienstverlener neemt bij een koop op afstand als bedoeld in artikel 46a, onder b, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek de artikelen 46c en 46h, eerste, tweede, vierde, vijfde en zevende lid, van Boek 7 van het Burgerlijk Wetboek in acht.
 (...)”

- 4.4 Artikel 7:46c BW luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

“1. Tijdig voordat de koop op afstand wordt gesloten, moeten aan de wederpartij met alle aan de gebruikte techniek voor communicatie op afstand aangepaste middelen en op duidelijke en begrijpelijke wijze, de volgende gegevens worden verstrekt, waarvan het commerciële oogmerk ondubbelzinnig moet blijken:

a. de identiteit en, indien de koop op afstand verplicht tot vooruitbetaling van de prijs of een gedeelte daarvan, het adres van de verkoper;

(...)

c. de prijs, met inbegrip van alle belastingen, van de zaak;

(...)

e. de wijze van betaling, aflevering, of uitvoering van de koop op afstand;
 f. het al dan niet van toepassing zijn van de mogelijkheid van ontbinding overeenkomstig de artikelen 46d lid 1 en 46e;

(...)

i. voor zover van toepassing, in geval van een koop op afstand die strekt tot voortdurende of periodieke aflevering van zaken: de minimale duur van de overeenkomst.

2. Tijdig bij de nakoming van de koop op afstand en, voor zover het niet aan derden af te leveren zaken betreft, uiterlijk bij de aflevering, moeten aan de koper op duidelijke en begrijpelijke wijze schriftelijk of, voor zover het de in de onderdelen a- en c-e bedoelde gegevens betreft, op een andere te zijner beschikking staande en voor hem toegankelijke duurzame gegevensdrager, de volgende gegevens worden verstrekt, behoudens voor zover zulks reeds is geschied voordat de koop op afstand werd gesloten:

a. de gegevens, bedoeld in de onderdelen a-f van lid 1;

(...)

c. het bezoekadres van de vestiging van de verkoper waar de koper een klacht kan indienen;

(...)"

4.5 Artikel 7:46d BW luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

"1. Gedurende zeven werkdagen na de ontvangst van de zaak heeft de koper het recht de koop op afstand zonder opgave van redenen te ontbinden. Indien niet is voldaan aan alle in artikel 46c lid 2 gestelde eisen, bedraagt deze termijn drie maanden. De eerste zin is van overeenkomstige toepassing vanaf de voldoening binnen de in de tweede zin bedoelde termijn aan alle in artikel 46c lid 2 gestelde eisen.
 (...)"

4.6 Artikel 7:46h BW luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

"1. Aan een natuurlijk persoon die niet handelt in de uitoefening van een beroep of bedrijf moeten bij het gebruik van de telefoon voor het doen van ongevraagde oproepen ter bevordering van de totstandkoming van een koop op afstand, aan het begin van elk gesprek duidelijk de identiteit van de verkoper, alsmede het commerciële oogmerk van de oproep worden medegedeeld.
 (...)"

4.7 Artikel 7:46i BW luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

"1. De artikelen 7:46b lid 2, 46c, 46d leden 1-3 en 4, onderdeel a, 46e en 46f leden 1 en 2 zijn van overeenkomstige toepassing op de overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten die niet een financiële dienst zijn.
 (...)

5. In afwijking van lid 1 is artikel 46d niet van toepassing op de overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten:

a. waarvan de nakoming met instemming van de wederpartij is begonnen voordat de in artikel 46d lid 1, eerste en derde volzin, bedoelde termijn is verstreken;
 b. betreffende weddenschappen en loterijen.

6. In geval van een overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten lopen de in artikel 46d lid 1, eerste en tweede volzin, bedoelde termijnen vanaf het sluiten van de overeenkomst."

4.8 Op grond van artikel 2.9 Whc is de Consumentautoriteit bevoegd om een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete op te leggen als zij van oordeel is dat een overtreding heeft plaatsgevonden. In de artikelen 2.10 tot en met 2.23 Whc worden nadere voorschriften voor de uitoefening van deze bevoegdheid gegeven.

- 4.9 Op grond van artikel 2.15 Whc bedraagt de bestuurlijke boete ten hoogste het bedrag van de vijfde categorie geldboete, bedoeld in artikel 23 van het Wetboek van Strafrecht. Ten tijde van het bestreden besluit was dit € 74.000,--.
- 4.10 Artikel 2.19, eerste lid, Whc – zoals dat gold in het tijdvak waarop het handhavend optreden van de Consumentenautoriteit betrekking heeft – bepaalt dat de Consumentenautoriteit geen bestuurlijke boete oplegt, voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten.
- 4.11 Artikel 2.21, eerste lid, Whc – zoals dat gold in het tijdvak waarop het handhavend optreden van de Consumentenautoriteit betrekking heeft – bepaalt dat de Consumentenautoriteit de bestuurlijke boete afstemt op de ernst en duur van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Daarbij dient de Consumentenautoriteit zo nodig rekening te houden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

5 Overwegingen Commissie

Ten aanzien van de ontvankelijkheid

- 5.1 Het bezwaarschrift is tijdig ontvangen en voldoet ook overigens aan alle vereisten voor ontvankelijkheid. De Commissie gaat daarom in het navolgende inhoudelijk in op de bezwaren die Tele2 aanvoert.

Ten aanzien van de gebruikte werkwijzen van Tele2

- 5.2 Voorafgaand aan de inhoudelijke bespreking van de bezwaren van Tele2 geeft de Commissie ten behoeve van de leesbaarheid en duidelijkheid van dit advies kort weer welke verschillende werkwijzen Tele2 heeft gebruikt bij de werving van WLR-klienten en welke verwijten de Consumentenautoriteit haar in dit verband maakt.
- 5.3 Werkwijze A is gehanteerd in de periode januari en februari 2007 en hield in dat Tele2 aan tussen de 175.000 en 300.000 CPS-klienten een brief heeft verstuurd met daarin een aanbod voor een vastnetabonnement en daaraan gehecht een antwoordkaart. Tegelijkertijd werd een folder met aanvullende informatie verstuurd. Tele2 stuurde de consumenten die zich via de antwoordkaart hadden aangemeld, op korte termijn daarna een bevestigingsbrief en de Algemene Voorwaarden voor een vaste telefonieaansluiting van Tele2.
- 5.4 De Consumentenautoriteit heeft bij deze werkwijze de volgende overtredingen geconstateerd:
- voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst niet tijdig meedelen van de prijs - de ISDN-toeslagen- aan de consument;
 - voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst niet meedelen aan de consument van de toepasselijkheid van de ontbindingsmogelijkheid;
 - bij nakoming van de overeenkomst niet op juiste wijze het aanvangstijdstip van de bedenktijd als bedoeld in artikel 7:46d, eerste lid, BW, aan de koper meedelen;

- bij nakoming van de overeenkomst niet meedelen aan de koper van het bezoekadres van de vestiging van de verkoper waar de koper een klacht kan indienen.
- 5.5 De Consumentenautoriteit heeft voor de laatstgenoemde overtreding – het niet vermelden van het bezoekadres – geen boete opgelegd aan Tele2.
- 5.6 Werkwijze B is gehanteerd in de periode januari, februari en maart 2007 en hield in dat Tele2 bij reguliere facturen van tussen de 10.000 en 50.000 CPS-klanten een reclamefolder heeft meegestuurd. Van die klanten zijn er daarna tussen de 5.000 en 20.000 telefonisch benaderd. Die telemarketing werd uitgevoerd door callcenters, die onaangekondigd met consumenten belden met gebruikmaking van een vooraf door Tele2 opgesteld callscript. Indien een consument een overeenkomst met Tele2 wenste aan te gaan, werd aan het slot van het telemarketinggesprek een zogenoemde voicelog opgenomen. Tele2 stuurde de consumenten die instemden met het telefonische aanbod, op korte termijn na het telefoongesprek een bevestigingsbrief en de Algemene Voorwaarden voor een vaste telefonieaansluiting van Tele2.
- 5.7 De Consumentenautoriteit heeft bij deze werkwijze de volgende overtredingen geconstateerd:
- voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst niet meedelen van de prijs – de abonnementskosten (per maand) en de ISDN-toeslagen – aan de consument;
 - voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst niet tijdig meedelen aan de consument van de minimale duur van de overeenkomst;
 - voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst niet tijdig meedelen aan de consument van de toepasselijkheid van de ontbindingsmogelijkheid;
 - bij nakoming van de overeenkomst niet op juiste wijze het aanvangstijdstip van de bedenktijd als bedoeld in artikel 7:46d, eerste lid, BW, aan de koper meedelen;
 - voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst niet tijdig meedelen aan de consument van de wijze van betaling;
 - bij nakoming van de overeenkomst niet meedelen aan de koper van het bezoekadres van de vestiging van de verkoper waar de koper een klacht kan indienen.
- 5.8 De Consumentenautoriteit heeft voor de laatste twee overtredingen – het niet tijdig meedelen wijze van betaling en het niet vermelden van het bezoekadres – geen boete opgelegd aan Tele2.
- 5.9 Werkwijze C is gehanteerd in de maanden april, mei, juni en juli 2007 en hield in dat Tele2 door middel van verschillende direct mailings in de vorm van op naam gestelde brieven aan tussen 250.000 en 400.000 CPS-klanten heeft verstuurd. Die klanten zijn daarna allen telefonisch benaderd. Die telemarketing werd uitgevoerd door callcenters, die onaangekondigd met consumenten belden met gebruikmaking van een vooraf door Tele2 opgesteld callscript. Indien een consument een overeenkomst met Tele2 wenste aan te gaan, werd aan het slot van het telemarketinggesprek een zogenoemde voicelog opgenomen. Tele2 stuurde de consumenten die instemden met het telefonische aanbod, op korte termijn na het telefoongesprek een bevestigingsbrief en de Algemene Voorwaarden voor een vaste telefonieaansluiting van Tele2.

5.10 De Consumentenautoriteit heeft bij deze werkwijze de volgende overtredingen geconstateerd:

- voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst niet dan wel (vanaf eind mei 2007) niet tijdig meedelen van de abonnementskosten (per maand) en het niet meedelen van de ISDN-toeslagen aan de consument;
- voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst niet tijdig meedelen aan de consument van de minimale duur van de overeenkomst;
- voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst niet tijdig meedelen aan de consument van de toepasselijkheid van de ontbindingsmogelijkheid;
- bij nakoming van de overeenkomst niet op juiste wijze het aanvangstijdstip van de bedenktijd als bedoeld in artikel 7:46d, eerste lid, BW, aan de koper meedelen;
- voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst niet tijdig meedelen aan de consument van de wijze van betaling;
- bij nakoming van de overeenkomst niet meedelen aan de koper van het bezoekadres van de vestiging van de verkoper waar de koper een klacht kan indienen.

5.11 De Consumentenautoriteit heeft voor de laatste twee overtredingen – het niet tijdig meedelen wijze van betaling en het niet vermelden van het bezoekadres – geen boete opgelegd aan Tele2.

5.12 Werkwijze D is gehanteerd in de periode oktober, november en december 2007 en hield in dat Tele2 aan tussen 100.000 en 250.000 CPS-klanten een (reclame)brief heeft verstuurd. Die klanten zijn daarna allen telefonisch benaderd. Die telemarketing werd uitgevoerd door callcenters, die onaangekondigd met consumenten belden met gebruikmaking van een vooraf door Tele2 opgesteld callscript. Indien een consument een overeenkomst met Tele2 wenste aan te gaan, werd aan het slot van het telemarketinggesprek een zogenoemde voicelog opgenomen. Tele2 stuurde de consumenten die instemden met het telefonische aanbod, op korte termijn na het telefoongesprek een bevestigingsbrief en de Algemene Voorwaarden voor een vaste telefonieaansluiting van Tele2.

5.13 De Consumentenautoriteit heeft bij deze werkwijze de volgende overtredingen geconstateerd:

- aan het begin van het ongevraagd telefonisch verkoopgesprek niet duidelijk het commercieel oogmerk van het telefonisch verkoopgesprek mededelen aan de consument;
- voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst niet meedelen van de prijs - de ISDN-toeslagen - aan de consument;
- voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst niet tijdig meedelen aan de consument van de minimale duur van de overeenkomst;
- voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst niet tijdig meedelen aan de consument van de toepasselijkheid van de ontbindingsmogelijkheid;
- bij nakoming van de overeenkomst niet op juiste wijze het aanvangstijdstip van de bedenktijd als bedoeld in artikel 7:46d, eerste lid, BW, aan de koper meedelen;
- voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst niet tijdig meedelen aan de consument van de wijze van betaling;
- bij nakoming van de overeenkomst niet meedelen aan de koper van het bezoekadres van de vestiging van de verkoper waar de koper een klacht kan indienen.

- 5.14 De Consumentenautoriteit heeft voor de laatste twee overtredingen – het niet tijdig meedelen wijze van betaling en het niet vermelden van het bezoekadres – geen boete opgelegd aan Tele2.
- 5.15 Werkwijze E is gehanteerd in de periode februari en maart 2008 en hield in dat Tele2 tussen de 5.000 en 15.000 WLR-klanten telefonisch heeft benaderd. Die telemarketing werd uitgevoerd door callcenters, die onaangekondigd met consumenten belden met gebruikmaking van een vooraf door Tele2 opgesteld callscript. Indien een consument de overeenkomst met Tele2 wenste te verlengen, werd aan het slot van het telemarketinggesprek een zogenoemde voicelog opgenomen. Tele2 stuurde de consumenten die instemden met het telefonische aanbod, op korte termijn na het telefoongesprek een bevestigingsbrief en de Algemene Voorwaarden voor een vaste telefonieaansluiting van Tele2.
- 5.16 De Consumentenautoriteit heeft bij deze werkwijze de volgende overtredingen geconstateerd:
- aan het begin van het ongevraagd telefonisch verkoopgesprek niet duidelijk het commercieel oogmerk van het telefonisch verkoopgesprek mededelen aan de consument;
 - voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst niet tijdig meedelen aan de consument van de toepasselijkheid van de ontbindingsmogelijkheid;
 - bij nakoming van de overeenkomst niet op juiste wijze het aanvangstijdstip van de bedenktijd als bedoeld in artikel 7:46d, eerste lid, BW, aan de koper mededelen;
 - bij nakoming van de overeenkomst niet meedelen aan de koper van het bezoekadres van de vestiging van de verkoper waar de koper een klacht kan indienen.
- 5.17 De Consumentenautoriteit heeft voor de laatstgenoemde overtreding – het niet vermelden van het bezoekadres – geen boete opgelegd aan Tele2.

Ten aanzien van de inhoud van het bezwaar

Ad 1 Handhavende bevoegdheid Consumentenautoriteit

- 5.18 De Commissie heeft in haar advies in zaak 17 (UPC) op basis van de wetsgeschiedenis van de Whc enige algemene opmerkingen gemaakt over de handhavende bevoegdheid van de Consumentenautoriteit. De Commissie heeft overwogen dat zij van oordeel is dat de Consumentenautoriteit in haar handhavingsbesluiten dient te motiveren waarom zij tot handhaving bevoegd is, door per geconstateerde overtreding en daarvoor opgelegde boete of last onder dwangsom te expliciteren waarom er naar haar oordeel sprake is van een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten. Voorts heeft de Commissie in dat advies aangegeven dat het tegen de achtergrond van de wetsgeschiedenis van de Whc voor de hand ligt om nader onderscheid te maken tussen overtredingen die hun oorzaak vinden in een *structurele* inbreuk op wettelijke bepalingen en overtredingen die hun oorzaak vinden in een *incidentele* inbreuk op wettelijke bepalingen. Een structurele inbreuk ontstaat door het al dan niet bewuste ontwerp van de bedrijfsorganisatie en de werkprocessen van een onderneming. Het ligt voor de hand, zo heeft de Commissie in haar eerdere advies overwogen, om bij het opleggen van sancties ten aanzien van een overtreding die bestaat in een verzameling van incidentele inbreuken, die aldus een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten

opleveren, hogere eisen te stellen aan de kwantitatieve onderbouwing, dan in het geval de overtreding bestaat in een structurele inbreuk.¹

- 5.19 De Consumentenautoriteit heeft in het bestreden besluit geconstateerd dat de callscripts die in de onderzochte periode namens Tele2 in de werkwijzen D en E werden gebruikt voor telefonische verkoopgesprekken niet voorzien in een mededeling waarmee aan het begin van het telefonisch verkoopgesprek het commerciële oogmerk duidelijk aan de consument wordt kenbaar gemaakt. Er zijn geen aanwijzingen dat de callscripts in de praktijk niet zijn gevolgd door de callcenters waarmee Tele2 overeenkomsten heeft gesloten. Tele2 heeft tijdens de hoorzitting van 29 januari 2009 ook aangegeven dat de callscripts in de praktijk worden gevolgd door de telemarketeers. Daarmee staat genoegzaam vast dat de Consumentenautoriteit bevoegd is om handhavend op te treden terzake van artikel 7:46h, eerste lid, BW en dat, indien de strijdigheid van deze callscripts met de wettelijke eisen komt vast te staan, het structurele tekortkomingen betreft, waarmee naar het oordeel van de Commissie is gegeven dat de collectieve belangen van consumenten in het geding zijn. Gelet hierop hoefde de Consumentenautoriteit niet nader aan de hand van kwantitatieve gegevens te onderbouwen dat er sprake is van een handelwijze die deze collectieve belangen schaadt of kan schaden.
- 5.20 De Commissie is verder – met de Consumentenautoriteit – van oordeel dat voor het bestaan van een overtreding en daarmee voor de bevoegdheid van de Consumentenautoriteit om handhavend te treden, niet vereist is dat consumenten daadwerkelijk in verwarring zijn over het commercieel oogmerk. Artikel 7:46h, eerste lid, BW eist alleen dat aan het begin van het gesprek het commercieel oogmerk duidelijk wordt medegedeeld. Uit de in de werkwijzen D en E gehanteerde callscripts blijkt reeds genoegzaam dat niet aan dit vereiste is voldaan en daarmee dat sprake is van een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten. De Consumentenautoriteit is dan ook niet gehouden onderzoek te verrichten naar de beleving van het gesprek door consumenten.
- 5.21 De Commissie gaat hieronder bij de bespreking van de bezwaren ad 5 in op de handhavende bevoegdheid van de Consumentenautoriteit terzake van de overtredingen van artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder c, f en i, BW en artikel 7:46c, tweede lid, aanhef en onder a, BW.

Ad 2 Uitleg van artikel 7:46h, eerste lid, BW inzake de mededeling van het commercieel oogmerk

Lex certa-beginsel

- 5.22 De Commissie heeft in haar advies in de zaak 17 (UPC) het juridisch kader geschetst ten aanzien van de mogelijkheden en onmogelijkheden bij de handhaving van open normen door de Consumentenautoriteit. Op basis van de relevante wetsgeschiedenis en jurisprudentie heeft de Commissie het volgende overwogen:

“Uit het voorgaande volgt dat het *lex certa*-beginsel, zoals dat ligt besloten in artikel 7 EVRM en het strafrechtelijk legaliteitsbeginsel, van de Consumentenautoriteit vergen dat

¹ CA/NCB/17/232, randnrs. 5.2.6-5.2.8.

zij bij de uitoefening van haar bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheid per overtreden voorschrijft zich ervan vergewist of dit voorschrijft voldoende duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig is om een overtreding daarvan te kunnen bestraffen met een bestuurlijke boete. Is sprake van een 'open' of een 'vage' norm, dan dient uit het besluit te blijken waarom de betrokken gedraging naar het oordeel van de Consumentenautoriteit een overtreding van de norm inhoudt en waarom de wijze waarop de norm door de Consumentenautoriteit is ingevuld voor de overtreder voldoende kenbaar moet worden geacht te zijn. In dat verband is denkbaar dat zij verwijst naar hetgeen in de bedrijfssector gebruikelijk is of naar eerder gegeven beschikkingen of beleidsregels waaruit die invulling blijkt. Van de Consumentenautoriteit kan echter – alleen al wegens het niet bestaan van een algemene verplichting om beleidsregels bekend te maken – niet rechtens worden gevergd dat ze in alle gevallen waarin sprake is van min of meer vage of open termen tevoren (wetsinterpreterende) beleidsregels uitvaardigt.”²

- 5.23 De Commissie wijst er voorts op dat uit de rechtspraak van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBB) volgt dat het op de weg van een professionele en ervaren marktpartij, in dit geval Tele2, ligt om zichzelf tijdig op de hoogte te stellen van de reikwijdte van wettelijke bepalingen. Het is ook vaste rechtspraak van het CBB dat het in eerste instantie de verantwoordelijkheid is van de onderneming – hier: Tele2 – om zich aan de wet te houden en dat bij iedere norm wel een zekere mate van discussie mogelijk is of deze in een specifiek geval van toepassing is.³
- 5.24 Artikel 7:46h, eerste lid, BW strekt ter implementatie van artikel 4, derde lid, van Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (hierna: de Richtlijn).
- 5.25 In overweging 12 van de preambule bij de Richtlijn is bepaald dat “het in geval van telefonische contacten wenselijk is dat de consument aan het begin van het gesprek voldoende informatie krijgt om te beslissen of hij al dan niet wil verdergaan”.
- 5.26 Daarom is in artikel 4, derde lid, van de Richtlijn bepaald:
- “Bovendien moeten in het geval van telefonische communicatie de identiteit van de leverancier en het commerciële oogmerk van de oproep aan het begin van elk gesprek met de consument expliciet duidelijk worden gemaakt.”
- 5.27 De Commissie is – met de Consumentenautoriteit – van oordeel dat artikel 7:46h, eerste lid, BW, voldoende duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig is om een overtreding daarvan te kunnen bestraffen met een bestuurlijke boete. De Commissie wijst in dit verband naar onderdeel 5.3 van haar advies in zaak 17 (UPC) waarin zij heeft uiteengezet dat en waarom de norm van artikel 7:46h, eerste lid, BW een voldoende duidelijke, nauwkeurige en ondubbelzinnige norm is om een overtreding daarvan te kunnen bestraffen met een bestuurlijke boete en dat het derhalve kenbaar is op welke manier aan dit voorschrijft kan worden voldaan. De Commissie voegt hieraan nog het volgende toe. De ratio van artikel 7:46h, eerste lid, BW specifiek met betrekking tot het *tijdig* melden van het commercieel oogmerk is dat de betrokken consument in het geval van telefonische contacten reeds aan het

² CA/NB/17/232, randnr. 5.2.28.

³ CBB 20 december 2007, AB 2008/56; CBB 1 april 2008, LJN BC 8268; CBB 26 augustus 2008, AB 2009/125; en CBB 30 januari 2009, AWB 08/233, 234 en 235.

begin van het gesprek voldoende informatie krijgt om te beslissen of hij al dan niet met het gesprek verder wil gaan en dat het gebruik van technieken voor communicatie op afstand niet tot een vermindering van de aan de consument verstrekte informatie mag blijken. De consument moet dus meteen kunnen weten wie hij aan de telefoon heeft en waarover hij wordt gebeld. Door de duidelijke mededeling aan het begin van het gesprek wordt de consument in staat gesteld om ter plekke te beslissen of hij het gesprek wil voortzetten of niet. Het doel van het gesprek mag aan het begin van het gesprek niet dusdanig in het midden worden gelaten dat de consument aanvankelijk niet weet met welk doel hij wordt benaderd.

5.28 De Commissie is van oordeel dat Tele2, gezien de ratio van de wettelijke verplichting van artikel 7:46h, eerste lid, BW, in de callscripts die zijn gehanteerd in de werkwijzen D en E ten onrechte niet heeft voorgeschreven dat aan het begin van het gesprek duidelijk wordt meegedeeld dat de consument een aanbod wordt gedaan voor het (opnieuw) afsluiten van een vastnetabonnement. In werkwijze D wordt aan het begin van het gesprek eerst geïnformeerd naar de tevredenheid van de klant over de kwaliteit van Tele2, worden mededelingen gedaan over een verjaardagskorting en worden vragen gesteld over het KPN-abonnement dat de klant heeft. Met deze mededelingen wordt het commercieel oogmerk van het gesprek niet duidelijk gemaakt. Het aanbod voor het afsluiten van een vastnetabonnement volgt pas ná deze mededelingen en daarmee niet meer 'aan het begin van het gesprek'.

In werkwijze E wordt ook aan het begin van het gesprek eerst geïnformeerd naar de tevredenheid van de klant over de kwaliteit van Tele2 en wordt vervolgens gevraagd naar de manier waarop de abonnementswijziging is verlopen. Pas nadat is vastgesteld of de klant tevreden is en de callcentermedewerker over die tevredenheid nog enige opmerkingen heeft gemaakt, volgt een aanbod voor het opnieuw aangaan van een overeenkomst voor het vastnetabonnement. Ook met deze eerdere mededelingen wordt het commercieel oogmerk van het gesprek niet aan het begin van het gesprek duidelijk gemaakt. De totale gespreksduur is derhalve niet bepalend voor wat nog als 'aan het begin van het gesprek' kan worden beschouwd.

5.29 De Commissie volgt Tele2 niet in haar stellingname dat het telefoongesprek pas een commercieel oogmerk verkrijgt en hoeft te verkrijgen op het moment dat is vastgesteld dat de benaderde persoon inderdaad een abonnee van Tele2 is en tevreden is met de dienstverlening van Tele2 (en in het geval van werkwijze D een ten opzichte van Tele2 duurder KNP-vastnetabonnement heeft), en dat het gesprek dus een tweeledig doel zou hebben. Het gaat erom of Tele2 de telefoongesprekken heeft geïnitieerd om consumenten een aanbod voor het afsluiten van een vastnetabonnement te doen. Naar het oordeel van de Commissie staat genoegzaam vast dat het gesprek van meet af aan plaatsvindt ter bevordering van de totstandkoming van een overeenkomst. Dat blijkt bijvoorbeeld uit het feit dat in werkwijze D het telefoongesprek volgt op de brief waarin Tele2 het BelGratis weekend abonnement aanbiedt. Tele2 kondigt in die brief ook aan dat consumenten die zelf niet in de gelegenheid zijn om Tele2 te bellen, nog over dit aanbod gebeld zullen worden. De link tussen de brief en het latere telefoongesprek zou zoek zijn, indien het telefoongesprek vervolgens niet geïnitieerd wordt om een overeenkomst te sluiten. Een en ander neemt niet weg dat het Tele2 ultraard vrijstaat om bij de consument te informeren over zijn tevredenheid met de

dienstverlening van Tele2, maar dat doet niet af aan de verplichting om aan het begin van het gesprek duidelijk en ondubbelzinnig de mededeling te doen dat de consument wordt gebeld om hem een aanbod voor het afsluiten van een vastnetabonnement te doen.

- 5.30 De Commissie adviseert de bezwaren van Tele2 op dit punt ongegrond te verklaren.

Gemiddelde consument

- 5.31 De Commissie volgt Tele2 niet in haar opvatting dat bij de vraag of artikel 7:46h, eerste lid, BW is overtreden moet worden uitgegaan van de 'gemiddeld geïnformeerde, omzichtige en oplettende gewone consument' en wat voor die consument duidelijk is. In het consumentenrecht wordt weliswaar in het algemeen van de zogenoemde gemiddelde consument uitgegaan, maar dat laat onverlet dat er – voorzover hier relevant: - informatieverplichtingen zijn waarvan de gelding niet afhangt van de wijze waarop de gemiddelde consument de informatie begrijpt of beleeft. Van het commercieel oogmerk heeft de (communautaire) wetgever het essentieel gevonden dat die (duidelijk) wordt medegedeeld en wel aan het begin van elk verkoopgesprek.⁴ Het gaat hier dus om vastomlijnde formaliteiten die aan het begin van het gesprek moeten worden vervuld. Daarmee leent de in artikel 7:46h, eerste lid, BW neergelegde verplichting om aan het begin van het gesprek duidelijk het commercieel oogmerk van de oproep mede te delen, zich niet goed voor de contextuele uitleg die Tele2 daaraan beoogt toe te kennen. Indien de door Tele2 bepleite contextuele uitleg zou worden gevolgd, dan zou dat met zich kunnen brengen dat het voor de gemiddelde consument direct duidelijk is dat elke ongevraagde telefonische oproep van een bedrijf een commercieel oogmerk heeft en dat daarmee het commerciële oogmerk als zodanig niet langer behoeft te worden medegedeeld. Een dergelijke uitleg zou direct indruisen tegen tekst en strekking van artikel 7:46h, eerste lid, BW.

- 5.32 Het voorgaande maakt tevens duidelijk dat, anders dan Tele2 meent, het voor het aannemen van een overtreding van artikel 7:46h, eerste lid, BW niet relevant is hoe consumenten het verkoopgesprek hebben beleefd en of zij door het gesprek daadwerkelijk in verwarring zijn gebracht en of er al dan niet sprake is van klachten, negatieve signalen of meldingen over het gesprek. De Consumentenautoriteit is dan ook niet gehouden naar die consumentenbeleving onderzoek te doen nu reeds uit de bij de werkwijzen D en E gebruikte callscripts blijkt dat niet is voldaan aan de wettelijke eisen.

- 5.33 De Commissie adviseert de bezwaren van Tele2 op dit punt ongegrond te verklaren.

OPTA-beleid

- 5.34 De Commissie kan – met de Consumentenautoriteit - Tele2 niet volgen in haar stellingen dat haar werkwijzen in overeenstemming zouden zijn met het beleid van OPTA terzake van WLR en dat OPTA haar werkwijzen zou hebben goedgekeurd. In de eerste plaats geldt in algemene zin dat de Consumentenautoriteit niet is gebonden aan oordelen en adviezen van andere instanties en bestuursorganen, zoals OPTA. De Consumentenautoriteit is gelet op haar

⁴ Het geven van deze in artikel 4 lid 3 van de Richtlijn genoemde informatie is bijvoorbeeld in artikel 7 lid 5 jo. Bijlage II bij Richtlijn 2005/29 (Richtlijn oneerlijke handelspraktijken) ook aangemerkt als 'essentiële informatie' die moet worden meegedeeld; wanneer dat niet gebeurt is sprake van een oneerlijke handelspraktijk.

publiekrechtelijke bevoegdheden van artikel 2.4 en 2.9 Whc gehouden zich een eigen oordeel te vormen over – hier – de vraag of de handelswijze van Tele2 in overeenstemming is met artikel 7:46h, eerste lid, BW. Dergelijke oordelen en adviezen kunnen en mogen uiteraard wel een rol spelen bij de beoordeling door de Consumentenautoriteit. In voorkomend geval zal de Consumentenautoriteit overigens op grond van het zorgvuldigheidsbeginsel gehouden kunnen zijn om haar besluiten af te stemmen op de besluiten van andere bestuursorganen. In de tweede plaats geldt dat OPTA zich nooit heeft uitgelaten over de toepasselijkheid en uitleg van de wettelijke verplichting van artikel 7:46h, eerste lid, BW. In het WLR-maatregelenpakket dat naar aanleiding van het overleg tussen OPTA, KPN en alternatieve telecomaandbieders op 5 juli 2007 is tot stand gekomen, zijn geen afspraken opgenomen betrekking hebbend op de vermelding van het commercieel oogmerk aan het begin van het gesprek. Er is dus geen 'beleid' van OPTA waarmee de handelswijze van Tele2 in overeenstemming zou zijn. Dat OPTA en de Consumentenautoriteit een samenwerkingsprotocol zijn aangegaan maakt dit niet anders, nu daarin niets is geregeld over de uitleg van artikel 7:46h, eerste lid, BW. Ook de door Tele2 bij brief van 19 augustus 2009 aan de Commissie toegestuurde stukken nopen niet tot een andere conclusie. In de derde plaats geldt dat het de Commissie niet is gebleken dat OPTA de callscripts in, voor zover hier relevant, de werkwijzen D en E individueel heeft beoordeeld op hun verenigbaarheid met artikel 7:46h, eerste lid, BW of welke andere bepaling inzake koop op afstand dan ook. Uit de door Tele2 in dit verband overgelegde documenten – het verslag van het FIST-overleg van 21 augustus 2008 en het e-mailbericht van 16 mei 2007 van OPTA aan Tele2 – blijkt niet dat OPTA de werkwijze van Tele2 als in overeenstemming met artikel 7:46h, eerste lid, BW heeft geoordeeld. Ook anderszins is de Commissie niet gebleken dat OPTA de werkwijze van Tele2 (de callscripts) zou hebben goedgekeurd.

5.35 De rol van OPTA vormt dan ook, anders dan Tele2, meent geen aanleiding te veronderstellen dat voor Tele2 niet voldoende duidelijk en kenbaar was op welk moment mededeling moest worden gedaan van het commerciële oogmerk van het gesprek.

5 36 De Commissie adviseert de bezwaren van Tele2 op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 3 Relevante omstandigheden bij de invulling van artikel 7:46h, eerste lid, BW

5.37 De Commissie is – met de Consumentenautoriteit – van oordeel dat de beoordeling of het commercieel oogmerk van het telefonisch verkoopgesprek tijdig – aan het begin van het gesprek – is medegedeeld, de door Tele2 genoemde omstandigheden van het geval geen rol kunnen en mogen spelen. Zoals reeds eerder opgemerkt, moet aan het begin van elk verkoopgesprek het commercieel oogmerk duidelijk en ondubbelzinnig worden medegedeeld. Óf het oogmerk op grond van andere omstandigheden, zoals de bekendheid bij consumenten van de dienst en de onderneming, reeds bekend zou kunnen zijn, is niet relevant. Voor een dergelijke contextuele benadering laat dit onderdeel van de wettelijke verplichting van artikel 7:46h, eerste lid, BW geen ruimte.

5.38 De Commissie adviseert de bezwaren van Tele2 op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 4 Inconsistentie en innerlijke tegenstrijdigheden ten aanzien van de geconstateerde overtreding van artikel 7:46h, eerste lid, BW

- 5.39 De Consumentenautoriteit heeft ten aanzien van de in de werkwijzen B en C gebruikte callscripts aangegeven dat geen sprake is van overtreding van artikel 7:46, eerste lid, BW. Daartoe is in het bestreden besluit aangegeven dat Tele2 bij de aanvang van het gesprek refereert aan de aan de consument verstuurd brief met daarin de mogelijkheid om vanaf juli 2007 óók een abonnement te nemen op het vastnet van Tele2. Die mededeling acht de Consumentenautoriteit voor de consument op zichzelf voldoende om te kunnen weten waarom de callcentermedewerker van Tele2 hem belt, ongeacht of de consument de aan hem verstuurd brief ook daadwerkelijk heeft gelezen en zich het aanbod daarin nog herinnert. De Commissie is van oordeel dat de Consumentenautoriteit hiermee niet helder heeft uiteengezet waarom in de callscripts die zijn gebruikt bij werkwijzen B en C het commercieel oogmerk wel tijdig is vermeld en er derhalve geen sprake is van overtreding van artikel 7:46h, eerste lid, BW. De Commissie acht randnr. 67 van het bestreden besluit op dit punt voor tweeërlei uitleg vatbaar: voor het aannemen van de tijdigheid van de mededeling kan bepalend zijn (a.) het feit dat in het telefoongesprek wordt gerefereerd aan de aan de consument eerder verstuurd brief of (b.) het feit dat in het telefoongesprek reeds na de identificatie van de abonnee wordt vermeld dat de consument vanaf juli 2007 ook de abonnementskosten voor de vaste telefoon aan Tele2 kan betalen en hem daartoe een aanbod wordt gedaan. Weliswaar blijkt uit randnr. 37 van de schriftelijke toelichting van de Consumentenautoriteit dat zij kennelijk de hiervoor onder b. genoemde optie voor ogen heeft gehad, maar naar het oordeel van de Commissie had deze uitleg reeds in het bestreden besluit duidelijk tot uitdrukking dienen te komen. De Commissie acht een verbetering van de motivering van het bestreden besluit op dit punt noodzakelijk. Daarbij adviseert de Commissie de Consumentenautoriteit om duidelijk aan te geven met welke mededeling in de callscripts bij werkwijzen B en C het commercieel oogmerk is gegeven en waarom de desbetreffende mededeling moet worden geacht aan het begin van het gesprek te zijn gedaan. In dit verband kan de Commissie zich voorstellen dat de gewenste duidelijkheid wordt geschapen bijvoorbeeld doordat de Consumentenautoriteit aangeeft in welke volzin aan het begin van het gesprek de mededeling omtrent het commercieel oogmerk moet zijn gedaan.
- 5.40 De Commissie adviseert de bezwaren van Tele2 op dit punt gegrond te verklaren.
- 5.41 De Commissie volgt Tele2 niet in haar stelling dat ten aanzien van de callscripts in de werkwijzen D en E artikel 7:46h, eerste lid, BW nooit is overtreden nu de Consumentenautoriteit nadat Tele2 de callscripts slechts in beperkte mate had gewijzigd op het punt van de mededeling van het commercieel oogmerk, reeds in het bestreden besluit heeft aangegeven dat de geconstateerde overtredingen zijn beëindigd. De opmerkingen van de Consumentenautoriteit over de beëindigde overtredingen hebben niet betrekking op de gewijzigde callscripts, maar op het feit dat de campagnes en daarmee de overtredingen in maart 2008 waren beëindigd, dus voordat het rapport was opgemaakt. De callscripts zijn na het rapport gewijzigd en hebben daarmee betrekking op andere wervingscampagnes. Die

wijzigingen hebben geen invloed op de vaststelling van overtredingen ten aanzien van de callscripts in de werkwijzen D en E.

- 5.42 De Commissie adviseert de bezwaren van Tele2 op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 5 Mededeling ontbindingsmogelijkheid, prijs en contractsduur

- 5.43 Bij de beoordeling of Tele2 tijdig voordat de overeenkomst wordt gesloten, mededeling heeft gedaan van de prijs, de toepasselijkheid van de ontbindingsmogelijkheid en de minimale duur van de overeenkomst, is in de eerste plaats van belang vast te stellen op welk moment de overeenkomst tussen Tele2 en de benaderde consumenten tot stand komt. De Commissie is – met de Consumentenautoriteit – van oordeel dat voor zover het werkwijze A betreft, de overeenkomst tot stand komt op het moment dat de consument het door Tele2 in de op zijn naam gestelde brief accepteert door de aan die brief gehechte antwoordkaart terug te sturen. Met het terugsturen van de antwoordkaart heeft de consument het aanbod van Tele2 aanvaard. Op de antwoordkaart wordt ook de indruk gewekt dat met het terugsturen daarvan de overeenkomst een feit is.

Ook is de Commissie – met de Consumentenautoriteit – van oordeel dat voor zover het werkwijzen B t/m E betreft, er in de hier gegeven omstandigheden een (mondelijke) overeenkomst tot stand komt tijdens het telemarketinggesprek. Uit de callscripts volgt dat Tele2 tijdens dat gesprek een aanbod doet tot het afsluiten van een vastnetabonnement. Indien de consument dat aanbod tijdens het gesprek aanvaardt, komt daarmee de overeenkomst tot stand. Hoewel het op zichzelf beschouwd juridisch gezien niet ondenkbaar is dat uit reeds eerder tussen partijen overeengekomen algemene voorwaarden een ander tijdstip van totstandkoming volgt, is doorslaggevend wat partijen in het telefoongesprek over en weer verklaren en hetgeen de consument daaruit redelijkerwijs mag afleiden, temeer nu de strekking van artikel 7:46c, eerste lid, BW is om de consument informatie te verschaffen die hem in staat stelt om een weloverwogen beslissing te nemen. Uit de callscripts die bij de verschillende werkwijzen worden gehanteerd blijkt dat de indruk wordt gewekt dat de overeenkomst tijdens het telefoongesprek wordt gesloten. Zo wordt door de telemarketeer gezegd: "Graag willen wij deze overeenkomst nog even mondeling met u vastleggen" en "Zal ik dat voor u in orde maken?" (waarna de voicelog start). Voorts geeft de telemarketeer aan dat de consument "binnen nu en een week een schriftelijke bevestiging van deze mondelinge overeenkomst [ontvangt]". Daarbij wordt vermeld: "U heeft dan de mogelijkheid om binnen 7 dagen van deze overeenkomst af te zien".

- 5.44 Gelet op de gebruikte bewoordingen is de antwoordkaart en zijn de callscripts in redelijkheid niet voor andere uitleg vatbaar dan dat door het terugsturen van de antwoordkaart dan wel tijdens het telemarketinggesprek, derhalve niet later, een overeenkomst tot stand komt. Ook in de bevestigingsbrieven wordt ervan uitgegaan dat de overeenkomst al eerder – dus voordat de schriftelijke bevestiging van de antwoordkaart dan wel het telefoongesprek naar de consument is verstuurd – is gesloten. In die brieven wordt aangegeven dat de consument het vastnetabonnement heeft afgesloten en wordt gerefereerd aan de wettelijke bedenktijd om de overeenkomst te ontbinden. Dat de totstandkoming van de overeenkomst op de genoemde tijdstippen niet praktisch zou zijn gelet op de wijze waarop het wholesale-

orderproces is ingericht, zoals Tele2 heeft gesteld, doet voor het bepalen van het – juridische – moment van totstandkoming van de overeenkomst niet af.

- 5.45 De Commissie is – met de Consumentenautoriteit en behoudens hetgeen de Commissie hierna in randnr. 5.46 t/m 5.49 overweegt – van oordeel dat voor zover mededelingen over de prijs van de zaak, de ontbindingsmogelijkheid en de minimale duur van de overeenkomst pas voor het eerst in het verkoopgesprek zijn gedaan, die informatie te laat is gegeven indien dat pas in de voicelog of na het opnemen van de voicelog wordt gedaan. Aangezien de overeenkomst tot stand komt tijdens het telemarketinggesprek, zijn mededelingen tijdens of na de voicelog niet meer tijdig vóór het sluiten van de overeenkomst gedaan.
- 5.46 Met de conclusie dat de overeenkomst tot stand is gekomen bij het terugsturen van de antwoordkaart (werkwijze A) dan wel in het telemarketinggesprek (werkwijzen B, C, D en E), staat naar het oordeel van de Commissie nog niet vast dat Tele2 niet aan de diverse informatieverplichtingen van 7:46c, eerste lid, aanhef en onder c, e, f en i BW zou hebben voldaan. De Commissie kan de Consumentenautoriteit niet volgen in haar stelling dat de in de werkwijzen B, C en D aan de telemarketinggesprekken voorafgaande aan de abonnees geadresseerde en opgestuurde brieven zonder meer niet relevant zouden zijn voor de vaststelling of Tele2 al dan niet heeft voldaan aan het verstrekken van de gegevens zoals bedoeld in artikel 7:46c, eerste lid, BW. De Commissie is – met Tele2 – van oordeel dat de Consumentenautoriteit op dit punt een criterium hanteert dat niet uit artikel 7:46c, eerste lid, BW volgt. De Consumentenautoriteit heeft immers overwogen dat niet zeker is dat consumenten die brieven ook daadwerkelijk hebben gelezen en of de consumenten die dat wel hebben gedaan, zich de inhoud daarvan nog kunnen herinneren ten tijde van het telemarketinggesprek. Dit wordt echter niet door de wet vereist. Artikel 7:46c, eerste lid, BW bepaalt 'slechts' dat de in lid 1 opgesomde gegevens 'tijdig voordat de koop op afstand wordt gesloten (...) op duidelijk en begrijpelijke wijze (...) worden verstrekt (...)'. De ratio van dit voorschrift is dat het gebruik van technieken voor communicatie op afstand niet mag leiden tot een vermindering van de aan de consumenten verstrekte informatie. Het voorschrift gaat er daarmee niet vanuit dat zeker moet worden gesteld dat de consument de informatie ook daadwerkelijk heeft gelezen of zich later nog herinnert. Naar het oordeel van de Commissie kan de wettelijk vereiste informatie ook voorafgaand aan de telemarketinggesprekken op duidelijk en begrijpelijke wijze worden verstrekt zonder dat Tele2 zich er vervolgens in die gesprekken van zou moeten vergewissen dat de consument de informatie uit de eerder toegestuurde brief tot zich heeft genomen dan wel dat Tele2 de desbetreffende mededelingen toch nog in het telemarketinggesprek zou moeten herhalen. Dat druist niet in tegen de ratio van artikel 7:46c, eerste lid, BW omdat de consument daarmee geen mindere bescherming wordt geboden. De Commissie acht het in dit verband juist gelet op de gedachte achter artikel 7:46c, eerste lid, BW, wel van belang dat een verband wordt aangebracht tussen de twee bronnen waarin de informatie wordt verstrekt, de brief en het telefoongesprek. Naar het oordeel van de Commissie is dit bijvoorbeeld mogelijk door in de brief aan de bestaande abonnees het telemarketinggesprek aan te kondigen én in het telefoongesprek te refereren aan die eerder gestuurde brief. De consument kan dan direct het verband leggen tussen de brief en het telefoongesprek. Is aan deze voorwaarden voldaan, dan kunnen naar het oordeel

van de Commissie de gegevens zoals bedoeld in artikel 7:46c, eerste lid, BW, zeker als tijdig verstrekt worden beschouwd.

- 5.47 De verwijzing van de Consumentenautoriteit in dit verband naar het advies van de Commissie in zaak 17 (UPC) (randnr. 61 van de schriftelijke toelichting) maakt het voorgaande niet anders. De Commissie heeft zich in het door de Consumentenautoriteit aangehaalde citaat uitgelaten over het doen van de mededeling van het commercieel oogmerk zoals bedoeld in artikel 7 Colportagewet en artikel 7:46h, eerste lid, BW. De plicht tot het doen van die mededeling in het verkoopgesprek vervalt niet indien er een brief aan het gesprek is voorafgegaan. Door die mededeling wordt de consument immers in staat gesteld te beslissen of hij het gesprek wil voortzetten. De informatieverplichtingen van artikel 7:46c, eerste lid, BW, hebben dat doel niet.
- 5.48 De Commissie adviseert om de bezwaren van Tele2 op dit punt voor zover het de schending van het motiveringsbeginsel betreft gegrond te verklaren.
- 5.49 Het voorgaande brengt voor de terzake van de werkwijzen B, C en D door de Consumentenautoriteit geconstateerde overtredingen van artikel 7:46c, eerste lid, BW naar het oordeel van de Commissie het volgende met zich. In de brieven die in werkwijze C in mei, juni en juli 2007 voorafgaand aan het verkoopgesprek aan de abonnees zijn gestuurd, is aangekondigd dat (en wanneer) Tele2 de consument zal bellen over het aanbod (de brieven die in april 2007 zijn gestuurd, bevatten die aankondiging nog niet). In het daarop volgende telefoongesprek is aan deze brief gerefereerd. Daarmee is de vermelding in de brief van de prijs van de zaak – de abonnementskosten – tijdig en ook op duidelijke en begrijpelijke wijze gedaan. De Commissie is dan ook van oordeel dat Tele2 in de periode van mei tot en met juli 2007 in zoverre artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder c, BW jo. artikel 8.5, tweede lid, Whc niet heeft overtreden. Dit heeft consequenties voor de hoogte van de boete die ten aanzien van de overtreding van artikel 7:46c, eerste lid, onder c, BW, jo. artikel 8.5, tweede lid, Whc is opgelegd. De Commissie stelt vast dat de duur van de geconstateerde overtreding 1 maand bedraagt, terwijl de Consumentenautoriteit in het besluit uitgaat van overtreding in de periode april tot en met juli 2007. Voor het overige heeft het voorgaande geen gevolgen voor de geconstateerde overtredingen: bij werkwijze B wordt het telefoongesprek in de eerder gestuurde brieven niet aangekondigd en bij werkwijze D wordt in het op de brief volgende telefoongesprek niet gerefereerd aan die eerder gestuurde brief.
- 5.50 De Commissie is, het voorgaande in aanmerking genomen, van oordeel dat de Consumentenautoriteit terecht heeft geoordeeld dat ten aanzien van:
- werkwijze A sprake is van overtreding van artikel 7:46c, eerste lid, onder c en f, BW jo. artikel 8.5, tweede lid Whc, aangezien in de brief met antwoordkaart niet is vermeld dat de consument ISDN-toeslagen moet betalen en de consument een ontbindingsmogelijkheid heeft.
 - werkwijze B sprake is van overtreding van artikel 7:46c, eerste lid, onder c, f en i, BW jo. artikel 8.5, tweede lid, Whc, aangezien in het callscript dat is gebruikt in de periode januari tot en met juli 2007 niet is vermeld wat de hoogte van de abonnementskosten (per maand) is, niet is vermeld dat de consument ISDN-toeslagen moet betalen, de

- ontbindingsmogelijkheid pas na het opnemen van de voicelog wordt genoemd en de minimale duur van de overeenkomst pas in de voicelog wordt genoemd.
- werkwijze C sprake is van overtreding van artikel 7:46c, eerste lid, onder c, f en i, BW jo. artikel 8.5, tweede lid, Whc, aangezien in het callscript dat is gebruikt in april 2007 (en ook niet in de eerder gestuurde brief) niet is vermeld wat de hoogte van de abonnementskosten (per maand) is, in het callscript dat is gebruikt in de periode april tot en met juli 2007 niet is vermeld dat de consument ISDN-toeslagen moet betalen, de ontbindingsmogelijkheid pas na het opnemen van de voicelog dan wel (vanaf mei 2007) in de voicelog wordt genoemd en de minimale duur van de overeenkomst pas in de voicelog wordt genoemd.
- werkwijze D sprake is van overtreding van artikel 7:46c, eerste lid, onder c, f en i, BW jo. artikel 8.5, tweede lid, Whc, aangezien in het callscript dat is gebruikt in de periode oktober tot en met december 2007 niet is vermeld dat de consument ISDN-toeslagen moet betalen, in het callscript niet is vermeld dat de consument een ontbindingsmogelijkheid heeft, en de minimale duur van de overeenkomst pas in de voicelog wordt genoemd.
- werkwijze E sprake is van overtreding van artikel 7:46c, eerste lid, onder f, BW jo. artikel 8.5, tweede lid, Whc, aangezien in het callscript dat is gebruikt in de periode februari en maart 2008 de ontbindingsmogelijkheid niet is vermeld.

- 5.51 De Consumentenautoriteit heeft ten aanzien van deze overtredingen voldoende aannemelijk gemaakt dat sprake was van een inbreuk op collectieve belangen van consumenten en dat zij bevoegd was een boete op te leggen. De brieven met antwoordkaart (in werkwijze A) en de callscripts (in werkwijzen B t/m E) vermelden de vereiste gegevens niet of niet tijdig. Er zijn geen aanwijzingen dat deze documenten niet in de praktijk zijn gebruikt.
- 5.52 De Commissie adviseert de bezwaren van Tele2 op dit punt ongegrond te verklaren.
- 5.53 De Commissie is voorts van oordeel dat de Consumentenautoriteit ten onrechte heeft geoordeeld dat ten aanzien van:
- werkwijze C sprake is van een overtreding van artikel 7:46c, eerste lid, onder c, BW jo. artikel 8.5, tweede lid, Whc aangezien in het callscript dat is gebruikt in de periode mei tot en met juli 2007 niet is vermeld wat de hoogte van de abonnementskosten (per maand) is.
- 5.54 De Commissie adviseert de bezwaren van Tele2 op dit punt gegrond te verklaren.
- 5.55 De Commissie volgt Tele2 derhalve niet in haar stelling dat artikel 7:46i, vijfde lid, BW ertoe leidt dat er (toch) geen verplichting bestaat om de ontbindingsmogelijkheid tijdig te vermelden omdat de dienstverlening met instemming van de abonnee al was begonnen voordat de bedenkttermijn was verstreken. Artikel 7:46i, vijfde lid, BW laat immers onverlet dat het al dan niet van toepassing zijn van deze bedenkttermijn moet worden gemeld ook als de bedenkttermijn korter is dan de op grond van artikel 7:46d, BW geldende zeven werkdagen. De mededelingsplicht van artikel 7:46c, eerste lid, onder f, BW vervalt dus niet ingeval van de eventuele toepassing van artikel 7:46i, vijfde lid, BW.

5.56 De Commissie merkt ten aanzien van het vermeiden van de ontbindingsmogelijkheid nog het volgende op. De Consumentenautoriteit heeft in de schriftelijke toelichting (randnr. 42) aangegeven dat ze heeft vastgesteld dat Tele2 artikel 7:46c, eerste lid, onder f, BW (ook) niet naleefde door in de callscripts bij de werkwijzen C, D en E melding te maken van een onjuiste bedenkttermijn (7 dagen in plaats van 7 werkdagen). Het blijkt de Commissie echter uit het bestreden besluit niet dat de Consumentenautoriteit heeft geoordeeld dat artikel 7:46c, eerste lid, onder f, BW ook op dit punt zou zijn overtreden. De Commissie gaat er dan ook van uit dat de Consumentenautoriteit het noemen van een onjuiste bedenkttermijn – zo dat al als overtreding van artikel 7:46c, eerste lid, onder f, BW zou kunnen worden aangemerkt –, niet mede ten grondslag heeft gelegd aan haar boetebesluit.

5.57 Wat betreft het tijdig bij de nakoming van de overeenkomst – in de bevestigingsbrieven – noemen van de juiste ontbindingstermijn is de Commissie van oordeel dat de Consumentenautoriteit, anders dan Tele2 meent, er niet van uitgaat dat een bedenkttermijn van drie maanden had moeten worden opgenomen in de bevestigingsbrieven. De Consumentenautoriteit is, evenals Tele2, uitgegaan van een bedenkttermijn van zeven werkdagen, maar is van mening dat die bedenkttermijn aanvangt vanaf de datum van ontvangst van de bevestigingsbrief, terwijl die termijn volgens Tele2 aanvangt na dagtekening van de bevestigingsbrief. De Commissie is van oordeel dat Tele2 daarmee een onjuist aanvangstijdstip in de bevestigingsbrieven heeft opgenomen en overweegt daartoe het volgende.

5.58 Duidelijk is dat de bepalingen in het BW inzake de bijzondere ontbindingsmogelijkheid primair geschreven zijn met het oog op overeenkomsten op afstand tot het leveren van zaken (koop op afstand). De bedenkttermijn waarbinnen ontbinding desgewenst moet plaatsvinden vangt namelijk aan bij de *aflevering van zaken*. Uiterlijk bij de aflevering van de zaken moet dan ook schriftelijk mededeling worden gedaan van de vereisten voor gebruikmaking van het recht tot ontbinding, op straffe van verlenging van de termijn tot drie maanden.

5.59 In artikel 7:46i, eerste lid en zesde lid, BW is beoogd om deze regels van overeenkomstige toepassing te verklaren op overeenkomsten op afstand tot het verrichten van diensten, en wel door kort gezegd te bepalen dat:

- van overeenkomstige toepassing is de regel dat tijdig voor het sluiten van de overeenkomst mededeling moet worden gedaan van het al dan niet van toepassing zijn van de mogelijkheid van ontbinding overeenkomstig de artikelen 46d, eerste lid en 46e;⁵
- van overeenkomstige toepassing is de regel dat tijdig bij de nakoming van de koop op afstand en uiterlijk bij de aflevering, aan de koper op duidelijke en begrijpelijke wijze schriftelijk de volgende gegevens worden verstrekt, behoudens voor zover zulks reeds is geschied voordat de koop op afstand werd gesloten.⁶

⁵ Zie artikel 7:46i, eerste lid jo. 7:46c, eerste lid, BW.

⁶ Zie artikel 7:46i, eerste lid jo. 7:46c, tweede lid, BW.

- het al dan niet van toepassing zijn van de mogelijkheid van ontbinding overeenkomstig de artikelen 46d, eerste lid en 46e;
- de vereisten voor de gebruikmaking van het recht tot ontbinding overeenkomstig de artikelen 46d, eerste lid en 46e, tweede lid;
- ingeval van een overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten de volgende termijnen lopen vanaf het sluiten van de overeenkomst:⁷
- gedurende zeven werkdagen na de ontvangst van de zaak heeft de koper het recht de koop op afstand zonder opgave van redenen te ontbinden.
- indien niet is voldaan aan alle in artikel 46c, tweede lid gestelde eisen, bedraagt deze termijn drie maanden.

5.60 Vastgesteld dient te worden welke verplichtingen voortvloeien uit de overeenkomstige toepassing op diensten van artikel 7:46c, tweede lid, BW. De Consumentenautoriteit en Tele2 verschillen van mening over aanvang en duur van de termijn bij een telefonisch gesloten overeenkomst betreffende dienstverlening waarbij de consument, zoals hier, op het moment van sluiten van de overeenkomst het schriftelijke stuk als bedoeld in art. 7:46c, tweede lid, BW, nog niet ontvangen heeft.

5.61 In dit verband is van belang om te wijzen op de tekst van artikel 5 en 6 van Richtlijn 97/7/EG inzake overeenkomsten op afstand. Deze bepalingen luiden:

Artikel 5:

"Schriftelijke bevestiging van de informatie

1. Bij de uitvoering van de overeenkomst ontvangt de consument tijdig en, voor zover het niet aan derden te leveren goederen betreft, uiterlijk bij de levering, schriftelijk of op een te zijner beschikking staande en voor hem toegankelijke drager een bevestiging van de in artikel 4, lid 1, onder a) tot en met f), genoemde informatie, tenzij deze informatie hem reeds vóór de sluiting van de overeenkomst schriftelijk of op een andere te zijner beschikking staande en voor hem toegankelijke duurzame drager werd verstrekt. De volgende informatie dient in ieder geval te worden verstrekt:
 - schriftelijke informatie over de voorwaarden waaronder en de wijze waarop van het herroepingsrecht in de zin van artikel 6 gebruik kan worden gemaakt, met inbegrip van de in artikel 6, lid 3, eerste streepje, bedoelde gevallen;
 - het geografische adres van de vestiging van de leverancier waar de consument met zijn klachten terecht kan;
 - de informatie over bestaande after sales service en commerciële garantie;
 - de voorwaarden voor ontbinding van de overeenkomst, indien deze van onbepaalde duur is of een duur van meer dan één jaar heeft.
2. (...)"

Artikel 6:

"Herroepingsrecht

1. Bij elke overeenkomst op afstand beschikt de consument over een termijn van ten minste 7 werkdagen waarbinnen hij de overeenkomst kan herroepen zonder betaling van een boete en zonder opgave van redenen. Aan de consument kunnen, voor de uitoefening van zijn herroepingsrecht, ten hoogste de rechtstreekse kosten voor het terugzenden van de goederen worden aangerekend. Voor de uitoefening van dit recht gaat de termijn in:

⁷Zie artikel 7:46f, zesde lid jo. 7:46d, eerste lid, BW.

- voor goederen, op de dag waarop de consument deze ontvangt, wanneer aan de verplichtingen van artikel 5 is voldaan;
 - voor diensten, op de dag waarop de overeenkomst wordt gesloten, of op de dag waarop aan de verplichtingen van artikel 5 is voldaan, wanneer daaraan wordt voldaan na de sluiting van de overeenkomst, mits de termijn de onderstaande termijn van drie maanden niet overschrijdt.
- Wanneer de leverancier niet heeft voldaan aan de verplichtingen van artikel 5, is de termijn drie maanden. Deze termijn gaat in:
- voor goederen, op de dag waarop de consument deze ontvangt;
 - voor diensten, op de dag waarop de overeenkomst wordt gesloten.
- Indien de in artikel 5 bedoelde gegevens binnen deze termijn van drie maanden zijn verstrekt, beschikt de consument vanaf dat ogenblik over de in de eerste alinea bedoelde termijn van ten minste zeven werkdagen.
2. Wanneer het herroepingsrecht overeenkomstig dit artikel door de consument is uitgeoefend, is de leverancier verplicht de door de consument gestorte bedragen kosteloos terug te betalen. Aan de consument kunnen, voor de uitoefening van zijn herroepingsrecht, ten hoogste de rechtstreekse kosten voor het terugzenden van de goederen worden aangerekend. Deze terugbetaling moet zo spoedig mogelijk en in elk geval binnen dertig dagen plaatsvinden.
3. Tenzij de partijen anders zijn overeengekomen, kan de consument het in lid 1 bedoelde herroepingsrecht niet uitoefenen voor overeenkomsten:
- betreffende de levering van diensten waarvan de uitvoering met instemming van de consument begonnen is vóór het einde van de in lid 1 bedoelde termijn van zeven werkdagen;
 - betreffende de levering van goederen of diensten waarvan de prijs gebonden is aan de schommelingen op de financiële markt, waarop de leverancier geen vat heeft;
 - betreffende de levering van goederen die volgens de specificaties van de consument zijn vervaardigd of die een duidelijk persoonlijk karakter hebben of die door hun aard niet kunnen worden teruggezonden of snel kunnen bederven of verouderen;
 - betreffende de levering van audio- en video-opnamen en computerprogrammatuur waarvan de verzegeling door de consument is verbroken;
 - betreffende de levering van kranten en tijdschriften;
 - voor diensten van weddenschappen en loterijen.
- 4 (...)"

5.62 Gezien de tekst van de Richtlijn is de Commissie van oordeel dat de overeenkomstige toepassing die volgt uit artikel 7:46i, eerste lid en zesde lid, BW, tot de volgende regels leidt:

- bij de uitvoering van een telefonisch tot stand gekomen overeenkomst tot het verrichten van diensten dient de consument schriftelijke informatie te ontvangen over de voorwaarden waaronder en de wijze waarop van het herroepingsrecht gebruik kan worden gemaakt.
- de consument beschikt over een termijn van ten minste 7 werkdagen waarbinnen hij de overeenkomst kan herroepen. Deze termijn gaat voor diensten in beginsel in op de dag waarop de overeenkomst wordt gesloten, of op de dag waarop deze schriftelijke informatie is ontvangen, wanneer die ontvangst plaatsvindt na de sluiting van de overeenkomst.
- wanneer de leverancier op het moment van sluiten van de overeenkomst (nog) niet heeft voldaan aan de verplichtingen van artikel 5, is de termijn drie maanden. Deze termijn gaat in op de dag waarop de overeenkomst wordt gesloten.
- indien de schriftelijke informatie binnen deze termijn van drie maanden (alsnog) is verstrekt, beschikt de consument vanaf het ogenblik van ontvangst van die schriftelijke informatie over de in de eerste alinea bedoelde termijn van ten minste zeven werkdagen.

5.63 Wanneer de leverancier ten tijde van de telefonische totstandkoming van de overeenkomst niet voldaan heeft aan de verplichting tot het geven van bedoelde schriftelijke informatie, vangt op dat moment dus een termijn van drie maanden aan. Zodra binnen die termijn deze informatie alsnog ontvangen wordt, vangt op dat moment een termijn van zeven werkdagen aan. Dit leidt tot de conclusie dat de bevestigingsbrief van Tele2 had moeten vermelden dat vanaf de datum van ontvangst van die brief een ontbindingstermijn van zeven werkdagen in werking trad.

5.64 Gelet op het bovenstaande is de Commissie van oordeel dat de Consumentenautoriteit terecht heeft geoordeeld dat sprake was van een overtreding van artikel 7:46c, tweede lid, aanhef en onder a, BW jo. 8.5, tweede lid Wbc doordat in de bevestigingsbrieven (gebruikt bij werkwijzen A t/m E) een onjuist aanvangstijdstip van de bedenktijd is opgenomen. De Consumentenautoriteit heeft voldoende aannemelijk gemaakt dat er sprake was van een overtreding die een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten oplevert en om die reden was ze bevoegd tot het opleggen van een bestuurlijke boete. Er zijn geen aanwijzingen dat de bevestigingsbrieven niet in de praktijk zijn gebruikt.

5.65 De Commissie overweegt ten overvloede dat hetgeen de Consumentenautoriteit in haar besluit over het noemen van de bedenktijd in de bevestigingsbrief (randnrs. 77 en 78) overweegt, verwarring kan wekken. De Consumentenautoriteit gaat er in het besluit vanuit dat de termijn van drie maanden en de termijn van zeven werkdagen gelijktijdig zouden kunnen lopen. Gelet op de tekst van Richtlijn 97/7 zoals de Commissie die in bovenstaande heeft besproken, begint bij het sluiten van een overeenkomst als waarvan hier sprake is, echter óf wel een termijn van drie maanden te lopen óf wel een termijn van zeven werkdagen. De Commissie meent dat dit het bestreden besluit niet aantast nu dit zich hier concentreert op de termijn zoals de bevestigingsbrief vermeldt.

5.66 De Commissie adviseert de bezwaren van Tele2 op dit punt ongegrond te verklaren.

Ad 6 Hoogte en omvang van de boetes

5.6 De Commissie constateert dat tot op heden de Consumentenautoriteit geen beleid ten aanzien van het opleggen van boetes heeft vastgesteld. Zoals ook in haar eerdere adviezen in zaak 35 (Sana Direct B.V.) en zaak 17 (UPC) opgemerkt, acht de Commissie van belang dat het hier gaat om betrekkelijk nieuwe wetgeving, waardoor het niet uitzonderlijk is te achten dat de Consumentenautoriteit in de praktijk zoekt naar de gedragslijn bij het bepalen van hoogte van de boete die het meest doeltreffend is en bovendien in rechte stand kan houden. Dit kan ertoe leiden dat verschillende mogelijkheden worden afgetast, om te komen tot een uitgebalanceerd toemetsingsbeleid. Hiertegen bestaan naar het oordeel van de Commissie vooralsnog geen bedenkingen. Dit neemt echter niet weg dat de gemaakte keuzen dienen te voldoen aan de eisen van stelselmatigheid en dat - nu geen beleidsregels zijn bekendgemaakt over het vaststellen van de hoogte van de bestuurlijke boete in het licht van deze wettelijk voorgeschreven criteria - steeds een adequate en consistente motivering van die hoogte dient te worden gegeven.

- 5.68 Ten tijde van het bestreden besluit bedroeg het maximale bedrag voor de door de Consumentenautoriteit geconstateerde overtredingen € 74.000,- per overtreding. Ten tijde van de onderzoeksperiode waarin de geconstateerde overtredingen plaatsvonden, bedroeg het maximale bedrag tot 1 januari 2008 € 67.000,- per overtreding. Uit artikel 7 lid 1 EVRM volgt dan dat de Consumentenautoriteit voor deze overtredingen maximaal het laatstgenoemde bedrag mag opleggen zoals de Consumentenautoriteit ook heeft gedaan. De Consumentenautoriteit heeft dit maximumbedrag blijkens het bestreden besluit ook aangehouden voor het opleggen van de boete ten aanzien van de na 1 januari 2008 geconstateerde overtredingen.
- 5.69 De Consumentenautoriteit heeft in de randnr. 104 tot en met 122 van het bestreden besluit uitvoerig gemotiveerd hoe zij de hoogte van de opgelegde boete aan de hand van de in artikel 2.21 Whc genoemde criteria (ernst en duur van de overtreding, de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd) heeft bepaald. De Commissie plaatst bij die motivering de volgende kanttekeningen.
- 5.70 De Consumentenautoriteit heeft ten aanzien van de overtredingen inzake het tijdig meedelen van de wijze van betaling van de dienst en het vermelden van het bezoekadres waar de klacht ingediend kan worden bij nakoming van de overeenkomst geen aanleiding gezien een boete op te leggen, omdat de schade van deze overtredingen voor consumenten naar alle waarschijnlijkheid zeer beperkt is (randnr. 107 van het bestreden besluit). Tele2 heeft geen afzonderlijke bezwaargronden gericht tegen de beslissing van de Consumentenautoriteit om haar voor deze overtredingen geen boete op te leggen, maar heeft tijdens de hoorzitting van 31 augustus 2009 wel aangegeven dat het gestelde in randnr. 107 van het bestreden besluit onderdeel uitmaakt van het bezwaarschrift en heeft daarbij opgemerkt dat niet is uitgelegd waarom in andere gevallen de schade niet zeer beperkt zou zijn. De Commissie ziet, mede hetgeen tijdens de hoorzitting is besproken, aanleiding om ten aanzien van het niet beboeten van deze overtredingen het volgende te overwegen. De Commissie acht de door de Consumentenautoriteit gebruikte redenering om voor de genoemde overtredingen geen boete op te leggen, niet inzichtelijk. De Consumentenautoriteit heeft immers – en naar het oordeel van de Commissie terecht – terzake van de boeteplegging van de andere geconstateerde overtredingen (juist) vastgesteld dat niet relevant is of er al dan niet daadwerkelijk sprake is van schade bij consumenten. Relevant is of de overtreding schade aan collectieve belangen van consumenten heeft toegebracht of kan toebrengen. Niet uitgesloten is dat het (vrijwel) ontbreken van enige individueel geleden schade in privaatrechtelijke zin een relevante omstandigheid oplevert bij het opleggen van een boete of het vaststellen van de hoogte daarvan, maar in hoeverre daar hiervan sprake is, is onhelder. In dit licht bezien is dus onduidelijk waarom dan toch relevant zou zijn dat de schade van de genoemde overtredingen voor consumenten mogelijk beperkt is. De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit daarom nader te motiveren waarop het randnr. 107 van het bestreden besluit begrip 'schade' precies betrekking heeft.
- 1 Daar komt nog het volgende bij. De Consumentenautoriteit heeft in algemene zin aangegeven bij de beoordeling van de ernst van de overtreding de schaal waarop Tele2 consumenten heeft

benaderd van groot belang te achten. De Consumentenautoriteit geeft in randnr. 109 van het bestreden besluit aan dat als relevante omstandigheid is meegewogen dat het aantal consumenten dat geconfronteerd is met en mogelijk benadeeld is door de onregelmatigheden in de handelwijze van Tele2, zeer groot is. Indien echter de Consumentenautoriteit dit criterium hanteert, dient zij logischerwijze ook gemotiveerd aan te geven wat de invloed is van het gegeven dat bij bepaalde overtredingen slechts (relatief) weinig consumenten geconfronteerd zijn en mogelijk benadeeld zijn door de onregelmatigheden. De Commissie wijst in dit verband op de stellingen van Tele2 inzake de overtreding betreffende het voorafgaand aan de totstandkoming van de overeenkomst niet (tijdig) meedelen van het verschuldigd zijn van ISDN-toeslagen aan de consument (werkwijzen A t/m D). Tele2 heeft gesteld dat de ISDN-toeslag slechts een (zeer) beperkt aantal abonnees betrof, zeker in vergelijking met de andere overtredingen. Naar het oordeel van de Commissie dient de Consumentenautoriteit in het licht van hetgeen de Consumentenautoriteit zelf heeft overwogen in randnr. 107 van het bestreden besluit, nader te motiveren welke gevolgen het verweer van Tele2 inzake de ISDN-toeslagen voor de hoogte van boete zou moeten hebben. De Consumentenautoriteit heeft immers bij de beslissing om voor de overtredingen inzake het tijdig meedelen van de wijze van betaling van de dienst en het vermelden van het bezoekadres, geen boete op te leggen, kennelijk acht geslagen op de omvang van de benadeling van de betreffende groep consumenten. De Commissie adviseert de bezwaren van Tele2 op dit punt gegrond te verklaren voor zover het betreft de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel en het motiveringsbeginsel.

5.72 De Consumentenautoriteit heeft voorts in algemene zin aangegeven bij de beoordeling van de ernst van de overtredingen in aanmerking te hebben genomen dat de wervingscampagnes zich beperkt hebben tot bestaande klanten van Tele2 en de benaderde consumenten dus met Tele2 als onderneming reeds bekend waren. Het blijkt de Commissie echter niet uit het bestreden besluit op welke wijze deze omstandigheid meer concreet bij de beoordeling van de ernst van de overtreding is betrokken, terwijl dit naar het oordeel van de Commissie wel een belangrijk element is bij het bepalen van de hoogte van de boete. De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit daarom nader te motiveren op welke wijze de bekendheid van de consument met Tele2 bij het bepalen van de hoogte van de boete is betrokken.

5.73 De Commissie constateert dat Tele2 tijdens de hoorzitting van 31 augustus 2009 gemotiveerd heeft aangegeven dat aan Tele2 in verhouding tot andere telecomaanbieders voor minder ernstige overtredingen hogere boetes zouden zijn opgelegd. Tele2 heeft daarbij vooral de vergelijking met zaak 22 (Pretium) gemaakt en uiteengezet dat de boetes wat betreft ernst en duur van de overtreding relatief gezien sterk uiteenlopen. Naar het oordeel van de Commissie heeft de Consumentenautoriteit onvoldoende gemotiveerd betwist waarom aan Tele2 gelet op de ernst en de duur van de overtredingen relatief beschouwd geen hogere boetes dan aan Pretium zijn opgelegd. Zo is niet duidelijk geworden waarom de boete voor de overtreding van artikel 7:46h, eerste lid, BW ten aanzien van Tele2 niet een factor 4 hoger zou zijn dan de aan Pretium opgelegde boete terwijl de overtredingen van Pretium veel ernstiger waren.

74 De Commissie adviseert de bezwaren van Tele2 op dit punt gegrond te verklaren voor zover het betreft de schending van het motiveringsbeginsel. Voorts geeft de uiteenzetting van Tele2

tijdens de hoorzitting over de Pretium-zaak de Commissie aanleiding tot het advies aan de Consumentenautoriteit om – mede gelet op het feit dat de Consumentenautoriteit in het bestreden besluit heeft overwogen dat bij de ernst van de overtredingen rekening wordt gehouden met het genoten voordeel – het boetetoemingsbeleid thans nader uit te werken en daarbij nader te motiveren op welke wijze de ernst van de overtreding en de duur van de overtredingen bij het bepalen van de hoogte van de boete worden betrokken. Indien en voor zover mogelijk zou de Consumentenautoriteit ook kunnen aangeven of en in hoeverre de omstandigheden waaronder de overtreding is begaan en de omstandigheden waarin de overtreder verkeert bij het bepalen van de hoogte van de bestuurlijke boete een rol spelen.

5.75 De Commissie heeft in het voorgaande overwogen dat geen overtreding kan worden geconstateerd van artikel 7:46c, eerste lid, onder c, BW jo. artikel 8.5, tweede lid, Whc voor zover het betreft het tijdig vermelden van de hoogte van de abonnementskosten (per maand) in de periode mei tot en met juli 2007 (in werkwijze C). De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit om deze bevinding in de beslissing op bezwaar te verdisconteren in de hoogte van de boete en de daaraan ten grondslag liggende motivering.

5.76 De Commissie volgt Tele2 niet in haar bezwaar dat de Consumentenautoriteit ten onrechte de opgelegde boetes niet ook op grond van andere, door haar genoemde omstandigheden heeft verlaagd. De Commissie zal dit hieronder per genoemde omstandigheid toelichten.

Geen nadeel en/of schade van consumenten

5.77 In het kader van de Whc is relevant dat elk handelen of nalaten in strijd met de wettelijke bepalingen schade toebrengt of kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten (vgl. artikel 1.1, onder f, Whc). Zoals ook blijkt uit de parlementaire geschiedenis van de Whc die de Commissie in haar advies in zaak 2 (PostGarant B.V.) heeft aangehaald,⁹ is de norm derhalve of er schade kan worden toegebracht aan de collectieve belangen van consumenten. De Commissie heeft in randnrs. 5.19, 5.51, 5.64 van dit advies geconstateerd dat de Consumentenautoriteit in het bestreden besluit voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de door Tele2 begane overtredingen een inbreuk op collectieve consumentenbelangen opleveren waardoor schade aan collectieve belangen zou kunnen ontstaan. Naar het oordeel van de Commissie is het bij het beoordelen van de hoogte van de boete niet relevant of die schade daadwerkelijk aan consumenten is toegebracht en of schade in privaatrechtelijke zin zou zijn geleden. Het gegeven dat consumenten geen materieel nadeel of schade hebben geleden, is op zichzelf dan ook geen omstandigheid die tot boeteverlaging verplicht. Hieruit volgt naar het oordeel van de Commissie dat – anders dan Tele2 stelt – de Consumentenautoriteit geen individueel onderzoek behoeft te doen naar de daadwerkelijk geleden schade bij consumenten en daadwerkelijke schade aan het consumentenvertrouwen. Het is de Commissie niet gebleken dat de Consumentenautoriteit in de zaken 17 (UPC) en 22 (Pretium) wel onderzoek zou hebben gedaan naar de door consumenten daadwerkelijk geleden schade zoals Tele2 heeft gesteld.

⁹ Kamerstukken II, 2005/06, 30411, nr. 3, p. 15-16 en Kamerstukken I, 2006/07, 30411, nr. C, p. 3-5.

Artikel 7:46i, vijfde lid, BW

5.78 De Commissie volgt Tele2 niet in haar stelling dat de Consumentenautoriteit bij de boeteoplegging met betrekking tot de overtreding van het tijdig mededelen van de ontbindingsmogelijkheid geen betekenis zou hebben toegekend aan artikel 7:46i, vijfde lid, BW. De Consumentenautoriteit heeft in het bestreden besluit (randnr. 122) en in de schriftelijke toelichting (randnrs. 54 en 70) aangegeven met de toepasselijkheid van deze bepaling bij werkwijze E rekening te hebben gehouden. De Consumentenautoriteit heeft deze omstandigheid reeds gewogen en kunnen wegen bij de beoordeling van de ernst van de overtreding en daarmee samenhangende hoogte van de basisboete, zodat de toepasselijkheid van genoemde bepaling niet ook nog een boeteverlagende omstandigheid kan opleveren.

Actief coulancebeleid terzake van de bedenktijd

5.79 De Commissie is in de eerste plaats, anders dan Tele2, van oordeel dat de overtreder die een beroep doet op een volgens hem boeteverlagende omstandigheid, gehouden is om zich op die omstandigheid uitdrukkelijk te beroepen en het bestaan van die omstandigheid met gegevens en zo nodig bescheiden te adstrueren. Dit is vaste bestuursrechtelijke jurisprudentie.⁹

5.80 Tele2 heeft nagelaten haar stelling dat zij een coulancebeleid heeft en dat beleid ook daadwerkelijk heeft toegepast jegens consumenten met stukken te staven, dit ondanks dat in de hoorzitting van 29 januari 2009 uitdrukkelijk door de Consumentenautoriteit naar dit coulancebeleid is gevraagd. Alleen al daarom heeft de Consumentenautoriteit terecht geoordeeld dat het coulancebeleid niet tot boeteverlaging aanleiding kan geven.

5.81 In de tweede plaats is de Commissie van oordeel dat al zou de coulanceregeling bij Tele2 bestaan en feitelijk door Tele2 worden toegepast, die regeling niet tot boeteverlaging hoeft te leiden terzake van de overtredingen van de bedenktijd (overigens is er ten aanzien van de andere overtredingen in geen geval aanleiding om bij de boeteoplegging met het coulancebeleid rekening te houden nu dat beleid alleen betrekking heeft op de duur van de bedenktijd). Zoals de Commissie in haar advies in zaak 17 (UPC) heeft overwogen mag het in het algemeen niet zo zijn dat een onderneming die zich niet of niet voldoende inspant om een overtreding van voorschriften te voorkomen, geen boetes of lagere boetes voor de overtreding krijgt opgelegd, op grond van de omstandigheid dat de onderneming wel maatregelen trof om het nadeel dat consumenten van die overtredingen zouden kunnen ondervinden, te voorkomen of te beperken. Een dergelijke situatie doet zich hier voor. De coulanceregeling heeft er niet toe geleid dat Tele2 de overtreding van het niet tijdig mededeling doen van de al dan niet toepasselijkheid van de ontbindingsmogelijkheid heeft beëindigd. De coulanceregeling zou er alleen toe hebben geleid dat een beroep op de ontbindingsmogelijkheid van een consument nadat de bedenktijd al was verstreken maar nog geen uitvoering van de overeenkomst had plaatsgevonden, zou worden gehonoreerd. Daarmee bestaat er geen causaal verband tussen de begane overtreding en gedragingen van Tele2 om een einde aan die overtreding te maken; er is derhalve geen sprake van een 'inkeerbeleid'. De Consumentenautoriteit heeft naar het oordeel van de Commissie de coulanceregeling dan ook terecht niet als boeteverlagende omstandigheid aangemerkt.

⁹Zie recentelijk bijvoorbeeld ABRvS 10 september 2008, AB 2009/133.

Werkwijzen in overeenstemming met OPTA-beleid

5.82 De Commissie is van oordeel dat in het WLR-maatregelenpakket geen afspraken zijn gemaakt die betrekking hebben op de gedragingen waarvoor aan Tele2 een boete is opgelegd. Naast hetgeen de Commissie in dit verband in randnr. 5.34 van dit advies heeft opgemerkt, overweegt zij hier dat met OPTA niets is afgesproken over het juridische moment van totstandkoming van de overeenkomst, zoals Tele2 ook na de hoorzitting van 29 januari 2009 zelf heeft erkend.¹⁰ Ook over de uitleg van de Informatieverplichtingen zoals opgenomen in artikel 7:46c, eerste lid, BW zijn geen afspraken met OPTA gemaakt. Het is de Commissie voorts niet gebleken dat OPTA de door Tele2 gebruikte callscripts zou hebben getoetst aan artikel 7:46c, eerste lid, BW en 7:46h, eerste lid, BW. Het overleg met OPTA vormt geen reden om tot matiging van de aan Tele2 opgelegde boete over te gaan.

5.83 OPTA heeft in de Gedragsregels Inzake operator controlled aanmeldingssysteem Carrier PreSelectie (CPS) van 29 mei 2002 opgenomen dat in de welkomstbrief een bedenktijd van tenminste 5 werkdagen moet worden vermeld. De Consumentenautoriteit heeft in de Pretium-zaak naar aanleiding hiervan overwogen dat bij Pretium mogelijk verwarring is ontstaan over de te communiceren duur van de bedenktijd en heeft dit als omstandigheid aangemerkt om tot verlaging over te gaan van de boete die betrekking heeft op de overtredingen omtrent het vermelden van de bedenktijd. Het al dan niet bestaan van verwarring bij Tele2 over de vijf werkdagen bedenktijd vormt echter geen reden om tot verlaging van de aan Tele2 opgelegde boete te besluiten. De overtredingen die tot boeteoplegging hebben geleid, hebben immers geen betrekking op de duur van de bedenktijd. Tele2 wordt alleen verweten de mededeling over de bedenktijd niet tijdig te hebben gedaan en een onjuist aanvangstijdstip van de bedenktijd te hebben gehanteerd. Overigens heeft Tele2 tegenover consumenten ook nooit gesproken over een bedenktijd van vijf werkdagen.

Aanpassing van callscripts en welkomstbrieven

5.84 De wijzigingen die Tele2 in de callscripts en bevestigingsbrieven heeft doorgevoerd, hebben niet tot beëindiging van de overtreding van artikel 7:46h, eerste lid, BW geleid. Zoals de Consumentenautoriteit in het bestreden besluit heeft uiteengezet, waren de overtredingen na maart 2008 beëindigd terwijl Tele2 pas naar aanleiding van het boeterapport van 24 december 2008 de aanpassingen heeft doorgevoerd. Dit levert dan ook geen boeteverlagende omstandigheid op. Het beroep dat Tele2 in dit verband op het gelijkheidsbeginsel heeft gedaan omdat de Consumentenautoriteit in zaak 17 (UPC) en 22 (Pretium) wel tot boeteverlaging heeft besloten, gaat niet op. Uit die sanctiebesluiten blijkt dat de aanpassingen die UPC en Pretium hadden gemaakt, wél tot de beëindiging van de overtreding hebben geleid. Er is dan ook niet sprake van gelijke gevallen.

ISDN-toeslag

Zoals hiervoor (randnr. 5.71) reeds aangegeven, adviseert de Commissie dat de Consumentenautoriteit in het licht van hetgeen zij heeft overwogen in randnr. 107 van het

¹⁰ het stuk CA/NB/106/85, p. 2.

¹¹ zaak CA/NB/106/95 van de Bezwaar Advies Commissie van de Consumentenautoriteit

bestreden besluit, nader motiveert welke gevolgen het verweer van Tele2 inzake de ISDN-toeslagen voor de hoogte van boete zou moeten hebben. De Consumentenautoriteit dient een en ander derhalve reeds mee te wegen bij de beoordeling van de ernst van de overtreding en de daarmee samenhangende hoogte van de basisboete. De door Tele2 aangevoerde omstandigheden kunnen derhalve, anders dan Tele2 veronderstelt, niet ook nog een boeteverlagende omstandigheid opleveren. Overigens kan het feit dat abonnees ermee bekend zouden zijn dat voor ISDN een doorgaans hoger maandbedrag moet worden betaald, geen boeteverlagende omstandigheid opleveren, aangezien dit de verplichting om de hoogte van deze ISDN-toeslag tijdig mede te delen, onverlet laat.

5.86 De Commissie adviseert de bezwaren van Tele2 op deze punten ongegrond te verklaren.

Ad 7 Bewijsvoering, onzorgvuldig onderzoek en strijd met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur

5.87 De Commissie stelt vast dat de Consumentenautoriteit gelet op het bestreden besluit de signalen die ze via ConsuWijzer en de Consumentenbond over de verkoopsgesprekken van Tele2 heeft ontvangen niet heeft gebruikt om de geconstateerde overtredingen te bewijzen. Deze signalen zijn alleen de aanleiding geweest om het onderzoek naar de gedragingen van Tele2 te starten. Nu deze signalen niet zijn gebruikt als bewijs bij de motivering van het besluit, is de Commissie van oordeel dat onderzoek naar die signalen niet vereist is. In dit verband merkt de Commissie op dat de Consumentenautoriteit niet per definitie hoeft te beschikken over signalen of klachten over een overtreding om een onderzoek te kunnen starten naar het begaan van die overtreding. Kenmerkend voor het kunnen uitoefenen van toezichtsbevoegdheden is juist dat daarbij niet de voorwaarde geldt dat sprake moet zijn van een vermoeden dat een wettelijk voorschrift is overtreden. De Commissie verwijst in dit verband naar de parlementaire geschiedenis van hoofdstuk 5 van de Awb.¹¹ De Consumentenautoriteit mag ambtshalve onderzoek doen. In het onderhavige onderzoek heeft de Consumentenautoriteit niet alleen overtredingen geconstateerd waarover signalen waren binnengekomen, maar ook andere overtredingen die aan die signalen waren gerelateerd. De Commissie is daarom – met de Consumentenautoriteit – van oordeel dat het onderzoek geen *fishing expedition* is.

88 De Consumentenautoriteit heeft zoals uit het bestreden besluit blijkt haar conclusie dat Tele2 de voorschriften heeft overtreden, gebaseerd op de brief met antwoordkaart in werkwijze A, de callscripts van werkwijzen B, C, D en E en de bevestigingsbrieven. De Commissie is van oordeel dat de Consumentenautoriteit ten aanzien van de geconstateerde overtredingen niet alleen voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er sprake is van een inbreuk op collectieve consumentenbelangen, maar ook dat het betreffende handelen of nalaten in strijd met de betreffende wettelijke bepalingen, aan Tele2 verwijtbare overtredingen inhoudt. Naar het oordeel van de Commissie komen uit de brieven en callscripts die de Consumentenautoriteit als bewijs van deze overtredingen heeft verzameld een zodanig consistent en duidelijk patroon van overtredingen naar voren, dat redelijkerwijs niet kan worden betwijfeld dat Tele2 deze

¹¹ Kamerstukken II, vergaderjaar 1994/95, 23700, nr. 5, p. 51, 62.

overtredingen – in de betekenis die de Whc daaraan geeft – heeft gepleegd. De Commissie is van oordeel dat het door de Consumentenautoriteit vergaarde bewijs toereikend is voor de conclusie dat Tele2 de genoemde voorschriften heeft overtreden. Zoals de Commissie reeds eerder heeft opgemerkt (randnrs. 5.20, 5.32 en 5.77), was de Consumentenautoriteit in het hier gegeven geval niet gehouden om onderzoek te verrichten naar de beleving van consumenten van de gedragingen van Tele2 en het feitelijk geleden nadeel door consumenten van deze gedragingen.

5.89 De Commissie ziet niet in dat de onschuldpresumptie zou zijn geschonden of geweld zou zijn aangedaan, omdat van Tele2 zou worden verlangd aan te tonen dat zij geen schuld heeft. Zoals de Commissie hiervoor (randnr. 5.19, 5.51 en 5.64) heeft uiteengezet kunnen de door Tele2 begane overtredingen een structurele inbreuk opleveren op de voorschriften die door de Consumentenautoriteit worden gehandhaafd. Die inbreuk zal dan naar het oordeel van de Commissie steeds aan Tele2 kunnen worden toegerekend en de gedragingen zijn derhalve verwijtbaar. Tele2 heeft de mogelijkheid gehad om aannemelijk te maken dat de overtredingen niet aan haar konden worden verweten.

5.90 Voorts is de Commissie – met de Consumentenautoriteit – van oordeel dat het equality of arms-beginsel niet is geschonden doordat Tele2 geen bandopname van de hoorzitting van 29 januari 2009 is verstrekt. De bandopname maakt geen deel uit van het dossier en is niet als bewijsmiddel in het bestreden besluit gebruikt. Tele2 hoeft hetgeen letterlijk tijdens de hoorzitting is gezegd dus ook niet ten behoeve van haar verdediging te gebruiken. Overigens heeft gemachtigde van Tele2 de bandopname wel in zijn geheel kunnen beluisteren en naar aanleiding daarvan eventuele aanvullingen en opmerkingen bij het verslag kunnen maken.

5.91 Met betrekking tot de door Tele2 gemaakte vergelijking met zaak 105 (KPN) merkt de Commissie op dat de Consumentenautoriteit nog geen besluit heeft genomen naar aanleiding van het opgemaakte rapport. Alleen al om die reden is vergelijking met die zaak niet aan de orde. De Commissie onthoudt zich daarom van een bespreking van het bezwaar op dit punt.

5.92 De overige door Tele2 in dit onderdeel naar voren gebrachte bezwaren (boeteverlagende omstandigheden, vergelijking met zaak 22 (Pretium)) heeft de Commissie reeds in het voorgaande besproken. De aangevoerde bezwaren van Tele2 leiden niet tot een ander oordeel van de Commissie op deze punten.

3 De Commissie adviseert de bezwaren van Tele2 op dit punt ongegrond te verklaren.

Conclusie

Op grond van het bovenstaande adviseert de Commissie het bezwaarschrift van Tele2 Nederland B.V. van 24 maart 2009, tegen het besluit van de Consumentenautoriteit van 23 maart 2009, kenmerk CA/NB/106/95,

- gegrond te verklaren voor zover dit bezwaarschrift is gericht tegen:
 - de motivering waarom in de callscripts in de werkwijzen B en C het commercieel oogmerk niet aan het begin van het gesprek is vermeld en er sprake is van een

overtreding van artikel 8.5, tweede lid, Whc jo. artikel 7:46h, eerste lid, jo. 7:46i, eerste lid, BW;


- de vaststelling van de overtreding van artikel 8.5, tweede lid, Whc jo. artikel 7:46c, eerste lid, onder c jo. 7:46i, eerste lid, BW voor zover het betreft in de periode mei tot en met juli 2007 (In werkwijze C) het niet tijdig vermelden van de abonnementskosten (per maand), en de daarvoor opgelegde boetes.
- de motivering van de hoogte van de boetes.
- voor het overige ongegrond te verklaren.

6.2 Aangezien het ter beslissing aan de Consumentenautoriteit staat om het bezwaarschrift van Tele2 al dan niet in afwijking van dit advies gegrond of ongegrond te verklaren en – ingeval van gegrondverklaring – het bestreden besluit in zoverre in te trekken of te herroepen, dan wel van een verbeterde motivering te voorzien, zal de Commissie geen advies geven over de toekenning van de door Tele2 verzochte kostenvergoeding op basis van artikel 7:15 Awb. Of een dergelijke vergoeding op haar plaats is, is immers geheel afhankelijk van de vraag of de Consumentenautoriteit het advies van de Commissie overneemt en welke consequenties zij daaraan verbindt voor het bestreden besluit.

6.3 Het advies is aldus vastgesteld te Den Haag op 28 oktober 2009, door de Bezwaar Advies Commissie van de Consumentenautoriteit, bestaande uit prof. mr. W.H. van Boom (voorzitter), mr. dr. O.J.D.M.L. Jansen (extern lid) en mr. dr. A.R. Hartmann (extern lid).

Namens de Commissie,

de voorzitter,


Prof. mr. W.H. van Boom