

Advies inzake het bezwaarschrift van Pretium Telecom B.V. van 12 januari 2009,
ingediend namens gemachtigden mw. mr. drs. D.P. Kuipers en mw. mr. M.J. Geus,

tegen

het besluit van de Consumentenautoriteit van 4 december 2008, kenmerk
CA/NB/22/200.

1. Reikwijdte advies van de Commissie

- 1.1 Het advies van de Commissie inzake Pretium Telecom B.V. (hierna: Pretium) heeft betrekking op het besluit van 4 december 2008, tot het opleggen van een bestuurlijke boete en een last onder dwangsom, als bedoeld in art. 2.9 Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc). Gelet op art. 5 van het Besluit tot instelling Adviescommissie bezwaarschriften Consumentenautoriteit (Staatscourant, 19 november 2007, nr. 224/10) is de Commissie bevoegd om te adviseren inzake besluiten als bedoeld in art. 2.9 Whc. De Consumentenautoriteit heeft de Commissie niet gevraagd om ten aanzien van overige beslissingen te adviseren.
- 1.2 Gelet op de taak van de Commissie blijven dus de bezwaargronden van Pretium die zijn gericht tegen het Besluit tot openbaarmaking, als bedoeld in art. 2.23 Whc (aanvullend bezwaarschrift, randnrs. 50-70), in het advies buiten beschouwing. De Commissie neemt aan dat de Consumentenautoriteit afzonderlijk op deze bezwaargronden zal beslissen. Ook de bezwaargronden van Pretium met betrekking tot de lasten onder dwangsom: de begunstigingstermijn, de wijze waarop Pretium de last heeft uitgevoerd en de door de Consumentenautoriteit uitgevoerde controle of de lasten zijn nageleefd (aanvullend bezwaarschrift, randnrs. 326-339), blijven in het advies van de Commissie buiten beschouwing. Deze bezwaargronden van Pretium kunnen in een eventuele procedure over de al dan niet rechtmatige invordering door de Consumentenautoriteit van de dwangsommen aan de orde komen.
- 1.3 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.

2. Procedureverloop

- 2.1 Uit de stukken en het verhandelde ter hoorzitting is de Commissie – samengevat – het volgende gebleken.
- 2.2 De Consumentenautoriteit is een onderzoek gestart naar de naleving door Pretium van de verplichtingen voortvloeiend uit de Whc en het Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) naar aanleiding van signalen van onder meer de Consumentenbond, Stichting de Ombudsman en Consuwijzer, over de wijze waarop Pretium via telemarketing vastnetabonnementen aan consumenten aanbood.
- 2.3 Op 18 augustus 2008 is op basis van het onderzoek een rapport van overtreding opgemaakt als bedoeld in artikel 2.8 Whc. Dit rapport is bij brief van diezelfde datum aan Pretium toegezonden.
- 2.4 Bij brief van 19 augustus 2008 heeft de Consumentenautoriteit voorafgaand aan het nemen van het besluit Pretium in de gelegenheid gesteld om een schriftelijke of mondelinge zienswijze te geven. De Consumentenbond en Stichting de Ombudsman hebben afgezien van hun recht op inzage en het geven van een mondelinge zienswijze.
- 2.5 Op 7 oktober 2008 heeft de Consumentenautoriteit een hoorzitting gehouden waarbij Pretium haar zienswijze naar voren heeft gebracht. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt, dat op 27 oktober 2008 aan Pretium is toegezonden.
- 2.6 Bij besluit van 4 december 2008, met kenmerk CA/NB/22/172
- a) stelt de Consumentenautoriteit vast dat Pretium heeft overtreden de artikelen:
 - 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 onder f, juncto 7:46i, eerste lid, BW;
 - 3) Artikel 8.5, tweede lid Whc juncto artikel 7:46c, tweede lid, aanhef onder a, juncto artikel 7:46i, eerste lid, BW;
 - 4) Artikel 8.5, tweede lid Whc juncto artikel 7:46c, eerste lid, aanhef onder i, juncto artikel 7:46i, eerste lid, BW;
 - 5) Artikel 8.5, tweede lid, Whc juncto artikel 7:46c, eerste lid, aanhef onder b, juncto artikel 7:46i, eerste lid, BW.
 - b) rekent de onder a) genoemde overtredingen toe aan Pretium;
 - c) legt drie boetes op van totaal € 87.000,- 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 onder f, juncto 7:46i, eerste lid, BW;

- 3) Artikel 8.5, tweede lid Whc juncto artikel 7:46c, tweede lid, aanhef onder a, juncto artikel 7:46i, eerste lid, BW;
 - 4) Artikel 8.5, tweede lid Whc juncto artikel 7:46c, eerste lid, aanhef onder i, juncto artikel 7:46i, eerste lid, BW;
- d) legt aan Pretium drie lasten onder dwangsom op tot beëindiging van de overtreding van:
- 1) Artikel 8.5, tweede lid, Whc juncto artikel 7:46h, eerste lid, juncto 7:46i BW. Pretium wordt gelast haar callscripts 'Koud' aan te passen en instructies op te stellen voor de in opdracht van Pretium werkzame callcentermedewerkers, zodat wordt verzekerd dat in de praktijk wordt gehandeld overeenkomstig artikel 7:46h, eerste lid juncto 7:46i. In deze callscripts en instructies dient te worden vermeld dat aan het begin van het gesprek:
 - duidelijk de identiteit van de verkoper wordt medegedeeld en indien er bij de consument verwarring ontstaat over deze identiteit, deze verwarring door de callcentermedewerker wordt weggenomen;
 - duidelijk het commercieel oogmerk van de oproep wordt medegedeeld door aan te geven dat sprake is van een nieuwe overeenkomst die wordt aangegaan met een andere aanbieder, en indien er bij de consument verwarring ontstaat over de gedane commerciële aanbieding, deze verwarring door de callcentermedewerker wordt weggenomen.De dwangsom voor de last wordt bepaald op € 1000,- per dag per ingeschakeld callcenter. De maximaal te verbeuren dwangsom wordt gesteld op € 100.000,- ongeacht het aantal door Pretium ingeschakelde callcenters.
 - 2) Artikel 8.5, tweede lid, Whc juncto artikel 7:46c, eerste lid, aanhef onder a, juncto 7:46i, eerste lid, BW. Pretium wordt gelast om tijdig bij nakoming van de koop op afstand aan de consument op een juiste wijze de informatie mee te delen als genoemd in artikel 7:46c, tweede lid, aanhef onder a juncto artikel 7:46i, eerste lid, BW door in de welkomstbrieven aan te geven dat een bedenktijd van zeven dagen geldt, die aanvangt op het moment dat de consument de welkomstbrief ontvangt. De dwangsom voor de last wordt bepaald op € 50,- per welkomstbrief, die door of namens Pretium wordt verzonden na het sluiten van een vastnetabonnement. De maximaal te verbeuren dwangsom bedraagt € 100.000,-.
 - 3) Artikel 8.5, tweede lid, Whc juncto artikel 7:46c, eerste lid, aanhef onder b, juncto artikel 7:46i, eerste lid, BW. Pretium wordt gelast haar callscripts 'Koud' aan te passen en instructies op te stellen voor de in opdracht van Pretium werkzame callcentermedewerkers, zodat in de praktijk wordt gehandeld overeenkomstig artikel artikel 7:46c, eerste lid, aanhef onder b, juncto artikel 7:46i, eerste lid, BW. In de callscripts en instructies dient te worden vermeld dat voordat de koop op afstand wordt gesloten de callcentermedewerker duidelijk de meest essentiële gesprekskosten meedeelt. De dwangsom voor de last wordt bepaald op € 1000,- per dag per ingeschakeld callcenter. De maximaal te verbeuren dwangsom wordt gesteld op € 100.000,- ongeacht het aantal door Pretium ingeschakelde callcenters.

- 2.7 Bij brief van 12 januari 2009 hebben mw. mr. drs. D.P. Kuipers en mw. mr. M.J. Geus namens Pretium bezwaar ingediend tegen het besluit van 4 december 2008 van de Consumentenautoriteit. De Consumentenautoriteit heeft de ontvangst van dit bezwaarschrift bevestigd bij brief van 16 januari 2009. Bij brief van 22 april 2009 zijn de bezwaargronden aangevuld.
- 2.8 Bij brief van 7 mei 2009 is Pretium door de Commissie uitgenodigd haar bezwaarschrift op 25 juni 2009 mondeling toe te lichten. Zowel de Stichting de Ombudsman als de Consumentenbond heeft aangegeven geen gebruik te willen maken van het recht om te worden gehoord en van het recht om stukken uit het dossier in te zien.
- 2.9 Bij brief van 11 juni 2009 heeft de Commissie van de Consumentenautoriteit een schriftelijke toelichting op het besluit ontvangen. Deze toelichting is door de Commissie bij brief van 17 juni 2009 doorgezonden aan Pretium.
- 2.10 Bij brief van 18 juni 2009 heeft Pretium verzocht om uitstel van de hoorzitting vanwege het feit dat de schriftelijke toelichting van de Consumentenautoriteit door Pretium op 18 juni 2009 is ontvangen. Het verzoek om uitstel van de hoorzitting heeft de Commissie bij brief van 19 juni 2009 afgewezen.
- 2.11 De Commissie heeft Pretium de gelegenheid gegeven om schriftelijk haar mondelinge toelichting op drie aspecten van het bezwaar aan te vullen. Bij brief van 3 juli 2009 heeft de Commissie van Pretium deze nadere toelichting ontvangen. De Commissie heeft de Consumentenautoriteit bij brief van 6 juli 2009 in de gelegenheid gesteld om hierop een reactie te geven, welke bij brief van 14 juli 2009 is ontvangen en bij brief van dezelfde datum is doorgezonden aan Pretium.
- 2.12 Op 25 juni 2009 heeft de Commissie een hoorzitting gehouden waarbij Pretium haar bezwaren en de Consumentenautoriteit haar besluit hebben toegelicht. Van deze hoorzitting is een verslag gemaakt, dat bij brief van 9 juli 2009 aan Pretium en de Consumentenautoriteit is toegezonden en geacht wordt deel uit te maken van dit advies. Bij brief van 16 juli heeft Pretium naar aanleiding van dit verslag nog enkele opmerkingen gemaakt, die worden toegevoegd aan het dossier.

3. Standpunt Pretium

- 3.1 Pretium heeft bezwaren aangevoerd, die hierna genummerd 1 t/m 13 samengevat weergegeven worden.
- 1. De grenzen van het onderzoeksrapport (aanvullend bezwaarschrift, randnrs. 72-76 en 91-99, aanvulling mondelinge zienswijze, randnrs. 1.1-1.47)*
- 3.2 Pretium stelt dat de Consumentenautoriteit ter onderbouwing van de overtredingen ten onrechte feiten aanvoert, die niet herleidbaar zijn tot het onderzoeksrapport van 18 augustus

2008. Dit is met name het geval ten aanzien van onderbouwing van de overtreding van artikel 7:46h, eerste lid, juncto 7:46i, eerste lid, BW (meedelen identiteit en commercieel oogmerk bij aanvang telefonisch verkoopgesprek). In het onderzoeksrapport van 18 augustus 2008 is deze overtreding onderbouwd met callscripts van de telemarketinggesprekken en op drie transcripts van telemarketinggesprekken. In het sanctiebesluit wordt de overtreding echter gebaseerd op 41 transcripts, waarvan slechts één in het onderzoeksrapport voortkomt. Bovendien verwijst de Consumentenautoriteit tijdens de hoorzitting van 25 juni 2009 naar zeven andere gesprekken die noch in het onderzoeksrapport, noch in het sanctiebesluit voorkomen.

Nu deze feiten door de Consumentenautoriteit voor het eerst in het sanctiebesluit worden opgevoerd, is Pretium ten onrechte niet in de gelegenheid geweest om deze in de voorbereidingsfase te weerleggen, hetgeen strijdig is met het systeem van de Whc, de Awb en met het beginsel van *due process* in artikel 6 EVRM.

- 3.3 Pretium stelt dat de Consumentenautoriteit ten onrechte buiten de grenzen van het onderzoeksrapport treedt, hetgeen in strijd is met de wetsgeschiedenis van zowel de Mededingingswet als de vierde tranche van de Awb. Uit deze wetsgeschiedenis blijkt volgens Pretium dat het onderzoeksrapport de buitengrens vormt voor de verdere procedure, hetgeen bevestigd wordt in de rechtspraak (CBb 17-11-2004, *LJN* AR6034). De rechtspraak waar de Consumentenautoriteit in haar schriftelijke toelichting naar verwijst, biedt naar het oordeel van Pretium geen steun voor een ander standpunt. Pretium is derhalve van mening dat de Consumentenautoriteit in strijd heeft gehandeld met de beginselen van hoor en wederhoor, een zorgvuldige voorbereiding en *fair trial*.

2. *Procedurele gebreken van het onderzoek (aanvullend bezwaarschrift, randnrs. 77-90)*

- 3.2 Pretium stelt dat aan het onderzoek van de Consumentenautoriteit verschillende procedurele gebreken kleven:
- 3.3 a) Disproportioneel gebruik van toezichtbevoegdheden
Zonder concrete aanwijzingen is de Consumentenautoriteit 'binnengevallen' bij Pretium voor een bedrijfsbezoek. Ondanks alle medewerking van Pretium is de Consumentenautoriteit daarna 'binnengevallen' bij twee telemarketing bureaus waar Pretium mee werkt(e). In het televisieprogramma Kassa heeft de Consumentenautoriteit ten onrechte beschuldigingen jegens Pretium geuit (hetgeen bevestigd is door de voorzieningenrechter).
- 3.4 b) Schending van de onschuldpresumptie
De Consumentenautoriteit heeft in strijd met de onschuldpresumptie van artikel 6 EVRM in de landelijke media verdenkingen geuit jegens Pretium en zij heeft zich derhalve in vergaande mate gecommitteerd aan de uitkomst van het onderzoek. Gelet op de gedane uitlatingen in de media is immers ondenkbaar dat de Consumentenautoriteit zou concluderen dat van overtredingen door Pretium geen sprake is.
- 3.5 c) Willekeur jegens Pretium
De Consumentenautoriteit heeft niet beargumenteerd waarom een onderzoek is gestart naar de verkoopmethoden van Pretium en niet naar de vergelijkbare praktijken van andere

telecomaanbieders. Voorzover de Consumentenautoriteit wel een onderzoek gestart is naar andere telecomaanbieders, is in geen geval in de landelijke media ruchtbaarheid gegeven aan het onderzoek.

3.6 d) Onderzoek niet objectief en sprake van vooringenomenheid
Het onderzoek van de Consumentenautoriteit berust op aannames over wat een consument wel of niet zal begrijpen, terwijl deze veronderstellingen niet getoetst zijn door een onderzoek onder consumenten.

3.7 e) Onzorgvuldig onderzoek
De Consumentenautoriteit heeft ten onrechte alle klachten van consumenten buiten het dossier gelaten en bovendien geen enkele klacht onderzocht, terwijl deze klachten de aanleiding vormden voor de start van het onderzoek. Nu de Consumentenautoriteit deze klachten niet heeft willen verstrekken aan Pretium, ondanks herhaalde verzoeken daartoe, heeft Pretium deze klachten zelf ook niet kunnen onderzoeken. De Consumentenautoriteit heeft ten onrechte geen enkel onderzoek gedaan onder consumenten die door Pretium via telemarketing zijn benaderd. De 500 opnames van telemarketinggesprekken zijn door de Consumentenautoriteit slechts oppervlakkig onderzocht en bevatten geen representatieve steekproef.

3.8 f) Onvolledig onderzoeksdossier (aanvullend bezwaarschrift, randnrs. 100-118, aanvulling mondelinge zienswijze, randnrs. 2.1-2.13)
Pretium stelt dat het onderzoeksdossier alle informatie dient te bevatten die de toezichthouder in het kader van het onderzoek heeft verzameld. De Consumentenautoriteit heeft ten onrechte relevante en voor Pretium ontlastende documenten buiten het dossier gelaten, hetgeen in strijd is met de wetsgeschiedenis van de Whc en de vierde tranche van de Awb en het beginsel van *equality of arms* uit artikel 6 EVRM.

Het betreft:

- a) Klachten die de Consumentenautoriteit van Consuwijzer heeft ontvangen;
- b) Documenten die de Consumentenautoriteit van OPTA heeft ontvangen;
- c) Gespreksverslagen van de Consumentenautoriteit met OPTA en de Consumentenbond;
- d) De volgende stukken meegenomen bij het bedrijfsbezoek aan callcenter X: 'training algemeen', 'Agent(s) Production Statistics' en 'Training/coaching callcenter X';
- e en f) Documenten naar aanleiding van onderzoek van mailboxen van medewerkers van callcenter X;
- g, h en i) Verklaringen van medewerkers van callcenter X met prisma nr. 22/19, 22/20, 22/21, 22/22. Niet duidelijk is in hoeverre de verhoorverslagen die wel in het dossier zijn opgenomen (22/52, 22/53, 22/54 en 22/101) afwijken.
- j, k en l) Van het bedrijfsbezoek aan callcenter X ontbreken in het dossier een verzamellijst, hash-lijst, callcenter X 3rd party access form en een overdrachtformulier data IRS. Voorts een directoryoverzicht van alle documenten die bij de op de digitale kopie van callcenter X zijn aangetroffen en een cd-rom met geluidsbestanden met telefoongesprekken;
- m) Door callcenter X verzonden lijst van medewerkers, op verzoek van de Consumentenautoriteit verzonden (vijf pagina's van de betreffende fax van 13 april 2007. Pretium betwist dat de stukken onder a, b, c, d, e, f en l niet relevant zouden zijn voor de besluitvorming.

- 3.9 g) Pretium ten onrechte geen inzicht in verloop van het onderzoek
De Consumentenautoriteit heeft Pretium ten onrechte geen inzicht in het verloop van het onderzoek gegeven, ondanks herhaalde verzoeken daartoe.
- 3.10 h) Conclusies onevenredig in vergelijking met eerder onderzoek door NMA en OPTA
De OPTA zag geen aanleiding tot evaluatie van of onderzoek naar de WLR-maatregelen. De NMA kwam na onderzoek naar wervingsmethoden in de energiesector (waarvan de feiten vergelijkbaar zijn als in de zaak Pretium) tot de conclusie dat geen sprake is van structurele misstanden.

3. Open normen (aanvullend bezwaarschrift, randnrs. 119-127).

- 3.11 Pretium stelt dat de Consumentenautoriteit de open normen in de Wet koop op afstand op een geheel eigen wijze heeft geïnterpreteerd. Deze interpretatie is niet herleidbaar tot eerdere besluiten, rechtspraak, wettekst of de toelichting daarop. Pretium verwijst naar hetgeen over open normen door de Commissie is overwogen in het Advies in de zaak van UPC Nederland B.V. De Consumentenautoriteit heeft niet gemotiveerd waarom Pretium bekend had moeten of kunnen zijn met deze interpretatie noch gemotiveerd waarom de beweerdelijke overtreding van deze open normen aan Pretium zou kunnen worden verweten. De Consumentenautoriteit heeft derhalve in strijd gehandeld met het lex certa beginsel, het motiveringsbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel.

4. Onderscheid structurele en incidentele inbreuken (aanvullend bezwaarschrift, randnrs. 128-134).

- 3.12 Pretium stelt dat de Consumentenautoriteit ten onrechte niet per geconstateerde overtreding heeft geëxpliceerd waarom sprake is van een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten. Een dergelijke explicatie is noodzakelijk nu de handhavende bevoegdheid van de Consumentenautoriteit beperkt is tot gevallen waarbij sprake is van een overtreding die schade toebrengt of kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten. Pretium verwijst naar hetgeen over het onderscheid tussen incidentele en structurele inbreuk op wettelijke bepalingen door de Commissie is overwogen in het Advies in de zaak van UPC Nederland B.V.

5. Meedelen identiteit en commercieel oogmerk in verkoopgesprek (aanvullend bezwaarschrift, randnrs. 137-195)

- 3.13 Pretium stelt dat art. 7:46h, eerste lid, BW zodanig moet worden geïnterpreteerd dat enkel het noemen van de bedrijfsnaam voldoende is om te voldoen aan het identiteitsvereiste. Nu Pretium in alle gevallen aan deze verplichting voldoet, is dan ook geen sprake van een overtreding. Pretium stelt dat de Consumentenautoriteit de beweerdelijke overtreding heeft vastgesteld enkel op basis van 41 transcripts van gesprekken welke beschouwd moeten worden als een niet-representatieve selectie van gesprekken. Daar komt bij dat de Consumentenautoriteit selectief uit de gesprekken heeft geciteerd en als de transcripts in zijn geheel worden gezien blijkt dat bij de betreffende consument geen verwarring bestond over de identiteit of het commercieel oogmerk. Bovendien hebben de 41 gesprekken plaatsgevonden voor de invoering van de WLR-maatregelen in juli 2007. Tot slot benadrukt Pretium dat zowel het callscript als de

telefonische werving meermalen is beoordeeld door de Geschillencommissie Telecom, de Reclame Code Commissie en diverse voorzieningenrechtshouders en is in geen van deze gevallen geoordeeld dat Pretium onduidelijkheid omtrent het doel van haar gesprekken of haar identiteit zou wekken of laten bestaan.

6. Mededelen ontbindingsmogelijkheid in verkoopgesprek en bevestigingsbrief (aanvullend bezwaarschrift, randnrs. 196-235)

3.14 Pretium stelt dat de Consumentenautoriteit artikel 7:46c, eerste lid, aanhef onder f, BW onjuist interpreteert door te verlangen dat Pretium in het verkoopgesprek niet alleen melding moet maken van de toepasselijkheid van de ontbindingsmogelijkheid, maar ook de duur daarvan moet vermelden. Volgens Pretium volgt uit de wettekst en de wetsgeschiedenis dat de aanbieder in het verkoopgesprek slechts moet melden dat de ontbindingstermijn van toepassing is. Pretium stelt dat het noemen van een bedenkttermijn van zeven dagen in het verkoopgesprek – zoals de Consumentenautoriteit verlangt – misleidend kan zijn, nu de duur van de ontbindingsmogelijkheid (zeven werkdagen of drie maanden) afhankelijk is van de vraag of Pretium aan de schriftelijke informatieverplichtingen uit art. 7:46c, tweede lid, BW voldoet. Pretium stelt dat geen sprake is van een collectieve inbreuk op de belangen van consumenten. Uit de transcripts van de 45 verkoopgesprekken die tot een overeenkomst hebben geleid is slechts in vier gevallen de wettelijke ontbindingstermijn niet genoemd. Bovendien geldt dat geen sprake is van een representatieve selectie van de verkoopgesprekken.

3.15 Pretium stelt dat artikel 7:46c, tweede lid, onder b, BW, verlangt dat op het moment van nakoming, de levering van de telefoondienst, moet zijn voldaan aan het vereiste om de betreffende gegevens aan de klant te bevestigen. De ontbindingstermijn van drie maanden uit artikel 7:46d, eerste lid, BW vangt derhalve aan als Pretium op het moment van levering van de telefoondienst geen welkomstbrief aan de koper heeft verzonden. De bedenkttermijn van zeven dagen vangt naar het oordeel van Pretium aan op het moment van het sluiten van de overeenkomst, tijdens het verkoopgesprek en derhalve niet op het moment van ontvangst van de welkomstbrief. Ter onderbouwing van dit standpunt verwijst Pretium naar een uitspraak van de Geschillencommissie Telecommunicatie van 3 juli 2008.

7. Mededelen duur van de overeenkomst in verkoopgesprek (aanvullend bezwaarschrift, randnr. 236)

3.16 Pretium stelt dat de Consumentenautoriteit de geconstateerde overtreding van het niet vermelden van de minimale duur van de overeenkomst baseert op een niet-representatieve selectie van transcripts van verkoopgesprekken, waarvan een aantal niet volgens het callscript verlopen, dat wel aan de wettelijke vereisten voldoet.

8. Mededelen belangrijkste kenmerken van de zaak (aanvullend bezwaarschrift, randnrs. 237-252)

3.17 Pretium is van oordeel dat de wet Koop op afstand niet vereist dat de gesprekskosten als belangrijkste kenmerken van de zaak worden meegedeeld in het verkoopgesprek. Pretium verwijst hierbij naar de wetsgeschiedenis van artikel 7:46c, eerste lid, onder b juncto 7:46i BW en rechtspraak over het noemen van telefoontarieven. Pretium stelt dat sprake is van een 'open norm' waarbij de Consumentenautoriteit geenszins motiveert waarom Pretium bekend had moeten of kunnen zijn met de door de Consumentenautoriteit gegeven interpretatie van de norm. Daar komt bij dat het volgens Pretium voor een telecomaandbieder onmogelijk is om de gesprekskosten in een telemarketinggesprek te vermelden, omdat de gesprekskosten meer omvatten dan de tarieven voor de telefoondienst en vooral afhankelijk zijn van het belgedrag van de individuele consument. Tot slot is door de Geschillencommissie, de Reclame Code Commissie, de OPTA of een rechter nimmer overtreding door Pretium geconstateerd van artikel 7:46c, eerste lid, onder b juncto 7:46i BW.

9. Verwijtbaarheid (aanvullend bezwaarschrift, randnrs. 253-255)

3.18 Pretium stelt dat het opleggen van de sancties onredelijk is aangezien de overtredingen niet aan Pretium kunnen worden verweten en niet ernstig zijn. Ter onderbouwing van de overtredingen maakt de Consumentenautoriteit gebruik van een niet-representatieve selectie van verkoopgesprekken die bovendien dateren van de periode voor invoering van de WLR-maatregelen. Pretium stelt dat haar werkwijze is goedgekeurd door OPTA. Pretium stelt dat voor zover zij de Wet koop op afstand zou hebben overtreden, haar geen verwijt treft nu haar werkwijze gebruikelijk en geaccepteerd is in de branche en door de Consumentenautoriteit gehanteerde interpretatie van de wettelijke normen Pretium niet kenbaar was of kon zijn.

10. Opleggen sancties onredelijk gezien niet-onderzoeken en niet-sanctioneren vergelijkbare overtredingen door KPN (aanvullend bezwaarschrift, randnrs. 256-267)

3.19 Pretium stelt dat het opleggen van de sancties aan Pretium onredelijk is nu de Consumentenautoriteit vergelijkbare gedragingen door KPN niet onderzoekt, bestraft of aan KPN maatregelen oplegt.

11. Opleggen sancties onredelijk gelet op omstandigheden en negatieve publiciteit (aanvullend bezwaarschrift, randnrs. 268-270)

3.20 Pretium stelt dat het opleggen van de sancties onredelijk is omdat de onbekendheid van het publiek met het vastnetabonnement voor telefonie en de mogelijke verwarring bij de consument over deze dienst, niet aan Pretium kan worden toegerekend. Pretium benadrukt daarbij dat consumenten niet slechter af zijn als zij met Pretium gaan bellen. Pretium acht tevens van belang dat de Consumentenautoriteit miskent dat de verwarring omtrent WLR met name door KPN is veroorzaakt.

3.21 Pretium stelt dat het opleggen van de sancties onredelijk is omdat zij met de door de Consumentenautoriteit onrechtmatige uitlatingen in het programma KASSA, de uitspraken richting journalisten en via de staatssecretaris van EZ aan de Tweede Kamer, al voldoende 'gestraft' is.

12. Hoogte en omvang van de boetes en dwangsommen zijn onredelijk (aanvullend bezwaarschrift, randnrs. 271-280)

- 3.22 Pretium stelt dat de hoogte en omvang van de boetes en dwangsommen onredelijk zijn gelet op de ernst van de overtreding en in vergelijking met boetes die door de Consumentenautoriteit in andere zaken zijn opgelegd. Hierbij is naar het oordeel van Pretium relevant dat de vermeende overtredingen alleen informatieverplichtingen betreffen, de vermeende overtredingen zijn gebaseerd op niet uit de wettékst kenbare vereisten, Pretium geen ongewenste producten aan consumenten levert en consumenten door de overeenkomst met Pretium besparen op hun telefoonkosten.

13. Last onder dwangsom niet voldoende duidelijk en concreet (aanvullend bezwaarschrift, randnrs. 281-325)

- 3.23 Pretium stelt dat de eerste en de derde last niet voldoende concreet en duidelijk zijn geformuleerd, zodat voor Pretium niet duidelijk is wat zij precies moet doen om verbeurte van de dwangsommen te voorkomen. Daarbij komt dat de eerste en derde last feitelijk niet uitvoerbaar zijn voor Pretium.

De eerste last heeft betrekking op de vermelding van de identiteit en het commerciële oogmerk in de zin van art. 7:46h BW. Pretium geeft aan dat zij niet weet wat zij meer moet doen dan dat ze sinds de implementatie van de WLR-maatregelen feitelijk al doet. Voorts is Pretium van oordeel dat onmogelijk beoordeeld kan worden of verwarring bij de consument is weggenomen. Daarnaast merkt Pretium op dat ze ondanks controle van de callcenters, ze onmogelijk kan garanderen dat in alle gevallen aan deze last wordt voldaan.

De derde last betreft de mededeling van de essentiële gesprekskosten in een verkoopgesprek in de zin van art. 7:46c, eerste lid, onder b, BW. Vermelding van de gesprekskosten is naar het oordeel van Pretium niet mogelijk nu dit geheel afhankelijk is van het belgedrag van de consument. Daarbij verwijst ze naar jurisprudentie waarin is uitgemaakt dat een (niet volledige) verwijzing naar specifieke gesprekskosten in marketinguitingen misleidend is. Voorts heeft de Consumentenautoriteit in het besluit onvoldoende duidelijk gemaakt wat ze onder essentiële gesprekskosten verstaat.

Ten aanzien van de tweede last stelt Pretium dat deze onnodig en daarmee disproportioneel is, en om die reden niet had mogen worden opgelegd. De tweede last betreft de aanvang van de wettelijke bedenktijd in de welkomstbrief in de zin van artikel 7:46c, eerste lid, aanhef onder a, juncto 7:46i, eerste lid, BW. Vermelding van de bedenktijd van 7 werkdagen in de brief op moment van ontvangst van de brief door de consument brengt extra werk en kosten met zich. De last is volgens Pretium niet nodig indien Pretium in het verkoopgesprek de informatie geeft die art. 7:46c, eerste lid, BW vereist.

4. Standpunt Consumentenautoriteit

- 4.1 In reactie op het bezwaarschrift heeft de Consumentenautoriteit zich ten overstaan van de Commissie op het standpunt gesteld dat de bezwaren van Pretium ongegrond zijn. Daartoe heeft de Consumentenautoriteit het volgende naar voren gebracht.

Ad 1. De grenzen van het onderzoeksrapport (schriftelijke toelichting, randnrs. 22-25).

- 4.2 De Consumentenautoriteit is van oordeel dat uit de wetsgeschiedenis van de vierde tranche van de Awb niet volgt dat het onderzoeksrapport de verdere procedure zodanig begrenst dat geen andere bewijsmiddelen uit het Inzagedossier gebruikt mogen worden ter onderbouwing van overtredingen. Dit wordt bevestigd in de rechtspraak (CBb 17-11-2004, LJV AR6034; Rb. Rotterdam 5-12-2006, LJV BA8924). Het inzagedossier bevat namelijk alle onderliggende stukken die van belang zouden kunnen zijn bij de beoordeling of een last onder dwangsom of een bestuurlijke boete opgelegd dient te worden. Deze stukken worden tijdens de zienswijzenprocedure die volgt op het onderzoeksrapport ter inzage gelegd voor de overtreder. De Consumentenautoriteit wijst er op dat alle bewijsmiddelen die aan het sanctiebesluit ten grondslag zijn gelegd, zijn opgenomen in het inzagedossier. Dit geldt ook voor de 41 transcripts van telemarketinggesprekken die in het sanctiebesluit zijn gebruikt ter onderbouwing van de overtreding van artikel 7:46h, eerste lid, juncto 7:46i, eerste lid, BW (meedelen identiteit en commercieel oogmerk bij aanvang telefonisch verkoopgesprek).

- 4.3 De Consumentenautoriteit stelt dat de beginselen van hoor en wederhoor, de zorgvuldigheid en van fair trial niet geschonden zijn nu Pretium voorafgaand aan het geven van haar zienswijze op het onderzoeksrapport kennis heeft kunnen nemen van alle bewijsmiddelen. Daar komt bij dat de bewijsmiddelen van Pretium zelf afkomstig waren en uit de door Pretium ingebrachte mondelinge en schriftelijke zienswijze ook blijkt dat Pretium deze bewijsmiddelen heeft beoordeeld.

Ad 2. Procedurele gebreken van het onderzoek (schriftelijke toelichting, randnrs. 10-54)

- 4.4 De Consumentenautoriteit stelt dat van de door Pretium vermeende procedurele gebreken van het onderzoek geen sprake is. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat de door Pretium naar voren gebrachte punten voldoende gemotiveerd zijn weerlegd.

- 4.5 a) Disproportioneel gebruik van toezichtbevoegdheden (sanctiebesluit, randnrs. 32-35)
De Consumentenautoriteit stelt dat geen sprake is van disproportioneel gebruik van toezichtbevoegdheden. Het enkele feit dat gebruik is gemaakt de bevoegdheden die ingevolge de Awb aan toezichthouders toekomen, maakt het gebruik niet disproportioneel. Daar komt bij dat het bedrijfsbezoek aan Pretium een dag van te voren is aangekondigd, zonder wettelijke verplichting daartoe.

- 4.6 b) Schending van de onschuldpresumptie/ d) Onderzoek niet objectief en sprake van vooringenomenheid (schriftelijke toelichting, randnrs. 12-17)
De Consumentenautoriteit benadrukt dat in het televisieprogramma Kassa geen beschuldigingen zijn geuit jegens Pretium. Van schending van de onschuldpresumptie is naar het oordeel van de

Consumentenautoriteit geen sprake nu de werkzaamheden in verband met het al dan niet opleggen van de last onder dwangsom of bestuurlijke boete worden verricht door personen die niet betrokken zijn geweest bij de totstandkoming van het rapport. Het ontbreken van vooringenomenheid blijkt ook uit het feit dat in het sanctiebesluit geen overtreding van art. 7:46c, tweede lid, aanhef onder b, BW is vastgesteld, terwijl deze overtreding wel in het onderzoeksrapport was geconstateerd.

- 4.7 c) Willekeur jegens Pretium
De Consumentenautoriteit is van oordeel dat geen sprake is van willekeur jegens Pretium. De Consumentenautoriteit beschikt over een discretionaire bevoegdheid om een onderzoek in te stellen naar gedragingen van een bepaalde onderneming. Het is niet uitgesloten dat ook andere telecomaanbieders voorwerp kunnen worden van een onderzoek door toezichthoudende medewerkers van de Consumentenautoriteit.
- 4.8 e) Onzorgvuldig onderzoek (schriftelijke toelichting, randnrs. 18-21)
De Consumentenautoriteit stelt dat het niet op basis van de meldingen van consumenten, maar op basis van zorgvuldig onderzoek overtreding door Pretium heeft vastgesteld van verplichtingen voortvloeiend uit de Wet koop op afstand. De Consumentenautoriteit is verder van oordeel dat in het persbericht dat zij op 7 maart 2009 heeft uitgebracht, niet wordt gesteld dat de ontvangen meldingen van consumenten gegrond zouden zijn.
- 4.9 f) Onvolledig onderzoeksdossier (schriftelijke toelichting, randnrs. 26-43 en bijlage)
De Consumentenautoriteit stelt dat het inzagedossier volledig is en op een zorgvuldige wijze is samengesteld. De artikelen 2.11, eerste lid, en 2.17, eerste lid, Whc vereisen niet dat *alle* informatie die tijdens de onderzoeksfase is verzameld in het inzagedossier wordt opgenomen. Informatie die niet relevant is voor de beoordeling of een overtreding is begaan, hoeft niet opgenomen te worden in het inzagedossier. In het kader van de voorlopige voorzieningprocedure gericht tegen de openbaarmaking van het besluit, zijn overigens alle stukken aan Pretium overlegd.

Toelichting op de afzonderlijke stukken:

- a) De toezichthouders hebben vanuit opportuniteitsoverwegingen de keuze gemaakt om meldingen van consumenten niet nader te onderzoeken. De Consumentenautoriteit stelt dat Pretium niet in haar rechten van verdediging is geschaad, nu de meldingen niet als bewijs ten grondslag zijn gelegd aan het sanctiebesluit. Daarbij komt dat Pretium naar aanleiding van een Wob-verzoek van 5 april 2007 al beschikt over de meldingen.
- b) De Consumentenautoriteit stelt dat deze informatie niet relevant is voor de beoordeling van de overtredingen nu het merendeel betrekking heeft op CPS-dienstverlening. Het betreffende advies van Consuwijzer over de ontbindingstermijn is afkomstig van de Backoffice van de OPTA. Pretium is wegens het ontbreken van het stuk niet ernstig in haar belangen geschaad, nu de verwarring over de duur van de bedenktijd reeds bekend was bij de Consumentenautoriteit en Pretium.
- c) Voorzover bekend is geen gespreksverslag gemaakt van het overleg met de Consumentenbond. Het gespreksverslag van het overleg met OPTA voegt niets toe aan de zaak.
- d) De stukken bevatten algemene informatie over hoe callcentermedewerkers te werk moeten gaan en houden geen verband met de geconstateerde overtredingen.

e, f) De betreffende ontlastende informatie waar Pretium naar verwijst (aanvullend bezwaarschrift, randnr. 113) is wel opgenomen in het inzagedossier (nr. 22/37). De Consumentenautoriteit betreurt dat niet alle bijlagen in het inzagedossier zijn opgenomen, maar constateert dat de betreffende informatie geen gegevens bevat die een ander licht op de zaak werpen.

g, h en i) Er bevinden zich geen stukken achter de genoemde prisma nummers, deze niet bestaande stukken konden derhalve ook niet aan Pretium verstrekt worden.

j, k) De Consumentenautoriteit stelt dat deze stukken niet relevant zijn voor de besluitvorming.

l) De genoemde cd-rom is schriftelijk uitgewerkt en – met voorbehouden – in het inzagedossier opgenomen.

m) Deze stukken bevatten persoonsgegevens welke niet relevant zijn voor de besluitvorming.

4.10 g) Pretium ten onrechte geen inzicht in verloop van het onderzoek

De Consumentenautoriteit is van oordeel dat het niet gehouden was om Pretium op de hoogte te houden van de inhoud van de tijdens het onderzoek gedane bevindingen. Het is gebruikelijk dat het onderzoek enige tijd in beslag neemt en bovendien kon bij Pretium geen twijfel bestaan over het voortduren van het onderzoek.

4.11 h) Conclusies onevenredig in vergelijking met eerder onderzoek door NMA en OPTA

De Consumentenautoriteit stelt dat de vergelijking met de NMA niet opgaat omdat de Consumentenautoriteit en de NMA toezicht houden op verschillende sectoren, eigen bevoegdheden tot het instellen van een onderzoek hebben en eigen beleidsopvattingen tot uitgangspunt nemen. De Consumentenautoriteit betwist dat de verkoopmethoden van Pretium door de OPTA zouden zijn goedgekeurd.

Ad 3. Open normen (schriftelijke toelichting, randnrs. 44-47)

4.12 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 Pretium had moeten en kunnen weten wat op basis van de geconstateerde overtreden normen wordt geboden en wat niet is toegestaan. De Consumentenautoriteit betwist dat sprake is van nieuwe interpretaties van de Wet koop op afstand.

Ad 4. Onderscheid structurele en incidentele inbreuken (schriftelijke toelichting, randnrs. 50-54.)

4.13 De Consumentenautoriteit stelt dat geen sprake is van een verzameling van incidentele inbreuken en dat zij gezien de schending van het collectieve consumentenbelang bevoegd was om handhavend op te treden. Gelet op het grote aantal consumenten dat door Pretium is benaderd aan de hand van voorgeschreven callscripts, kan een overtreding die kan worden vastgesteld op basis van deze callscripts (artikel 7:46c, eerste lid, onder b en f, BW), per definitie kan worden aangemerkt als een structurele inbreuk op de collectieve belangen van consumenten. Van een structurele inbreuk is eveneens sprake in het geval van de geconstateerde overtreding door het ontwerp van de welkomstbrieven (artikel 7:46c, tweede

lid, onder a, BW). Voorts heeft de Consumentenautoriteit ten aanzien van de vastgestelde overtreding van artikel 7:46h, eerste lid, BW deze naast de callscripts mede beoordeeld aan de hand van de transcripts. Aan de hand van deze transcripts is vastgesteld dat in de praktijk geen sprake is van incidentele maar structurele inbreuk op de collectieve belangen van consumenten.

Ad 5. Meedelen identiteit en commercieel oogmerk in verkoopgesprek (schriftelijke toelichting, randnrs. 55-65)

- 4.14 De Consumentenautoriteit stelt dat om te voldoen aan het identiteitsvereiste het noemen van de bedrijfsnaam niet zonder meer voldoende is, maar afhankelijk van de omstandigheden van het geval. In de zaak Pretium is relevant dat in de onderzochte periode een groot aantal consumenten is benaderd, de naam Pretium bij het grote publiek niet bekend was nu Pretium geen reclame maakte en dat veel consumenten niet op de hoogte waren van het feit dat er een andere aanbieder dan KPN een aanbod kon doen voor een vastnetabonnement. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat de telemarketinggesprekken een representatieve selectie vormen. Verder is van een selectieve weergave van de 41 gesprekken in het sanctiebesluit is geen sprake. Artikel 7.46h, eerste lid, BW ziet op het begin van het verkoopgesprek, derhalve is ter illustratie verwezen naar passages uit het begin van het verkoopgesprek. De Consumentenautoriteit ziet geen aanleiding om aan te nemen dat Pretium na de invoering van de WLR-maatregelen wijzigingen heeft aangebracht in de callscripts op het punt van het vermelden van de identiteit en het commercieel oogmerk aan het *begin van het gesprek*. De doorgevoerde wijziging in de voicelog is niet relevant. De Consumentenautoriteit betwist dat de werkwijze van Pretium is goedgekeurd door andere instanties.

Ad 6. Meedelen ontbindingsmogelijkheid in verkoopgesprek en bevestigingsbrief (schriftelijke toelichting, randnrs. 66-78)

- 4.15 De Consumentenautoriteit stelt dat uit de bepalingen 7:46c, eerste lid, onder f en 7:46d, eerste lid en 7:46e BW volgt dat voor het sluiten van de overeenkomst de wettelijke bedenkttermijn van zeven werkdagen moet worden genoemd. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat het vanuit het perspectief van consumenten het in de rede ligt dat zij niet alleen geïnformeerd worden over het feit dat een ontbindingsmogelijkheid bestaat, maar ook over hoe lang zij dit recht kunnen uitoefenen. Volgens de Consumentenautoriteit prevaleert bij de uitleg van 7:46c, eerste lid, onder f en 7:46d, eerste lid, BW de wettekst boven de wetsgeschiedenis. Wat betreft de vermelding van de duur van de bedenkttermijn is de Consumentenautoriteit van oordeel dat deze altijd tenminste zeven dagen na ontvangst van de welkomstbrief is.

Ad 7. Meedelen duur van de overeenkomst in verkoopgesprek (schriftelijke toelichting, randnrs. 79-81)

- 4.16 De Consumentenautoriteit stelt vast dat in de 45 van transcripts van verkoopgesprekken die tot een overeenkomst hebben geleid pas in de voicelog, en derhalve niet tijdig, de duur van de overeenkomst wordt medegedeeld. De Consumentenautoriteit stelt dat sprake is van een representatieve selectie van verkoopgesprekken. Dat de gesprekken dateren van voor de invoering van de WLR-maatregelen is niet relevant, nu de deze maatregelen niet hebben geleid tot een aanpassing van de callscripts op het punt van de minimale duur van de overeenkomst.

Ad 8. Meedelen belangrijkste kenmerken van de zaak (schriftelijke toelichting, randnrs. 82-88)

- 4.17 De Consumentenautoriteit stelt dat artikel 7:46c, eerste lid, onder b, BW verlangt dat Pretium in een verkoopgesprek naast de abonnementskosten ook de gesprekskosten noemt als belangrijkste kenmerken van de zaak. Vermelding van de tarieven in een welkomstmap die aan de consument wordt toegezonden na het verkoopgesprek is derhalve niet tijdig. Naar het oordeel van de Consumentenautoriteit is het voor een telecomaandbieder niet onmogelijk om tijdens een verkoopgesprek de gesprekskosten te vermelden. De Consumentenautoriteit stelt dat het niet noemen van de gesprekskosten door Pretium nimmer is goedgekeurd door de Geschillencommissie, de OPTA, de Reclame Code Commissie of een rechter.

Ad 9. Verwijtbaarheid (schriftelijke toelichting, randnrs. 90-96)

- 4.18 De Consumentenautoriteit stelt dat verwijtbaarheid door haar verondersteld mag worden nu naar haar oordeel vaststaat dat Pretium als overtreder kan worden aangemerkt. De Consumentenautoriteit is van oordeel dat de overtredingen zijn geconstateerd op basis van een representatieve selectie van gesprekken. De Consumentenautoriteit stelt dat de door Pretium aangevoerde omstandigheden niet gekwalificeerd kunnen worden als schulduitsluitingsgronden in de zin van artikel 2.19, eerste lid, Whc. De Consumentenautoriteit betwist dat zij een nieuwe interpretatie heeft gegeven aan de wettelijke bepalingen en dat de callscripts en welkomstbrieven beoordeeld zouden zijn door de OPTA.

Ad 10. Opleggen sancties onredelijk gezien niet-onderzoeken en niet-sanctioneren vergelijkbare overtredingen door KPN (schriftelijke toelichting, randnr. 101)

- 4.19 De Consumentenautoriteit stelt dat geen sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel of het verbod van willekeur, aangezien de situatie in de zaak 105/KPN niet gelijk is aan de zaak Pretium. Zo zijn de door KPN later aangepaste callscripts, waarin gesproken werd over een bedenktijd van 5 dagen, nooit in de praktijk gebruikt en zijn de ten aanzien van Pretium geconstateerde overtredingen ernstiger. Daarbij benadrukt de Consumentenautoriteit dat in de bezwaarprocedure in de zaak 105/KPN nader onderzoek plaatsvindt en het besluit in deze zaak derhalve nog niet onherroepelijk is.

Ad 11. Opleggen sancties onredelijk gelet op omstandigheden en negatieve publiciteit (schriftelijke toelichting, randnrs. 102-105).

- 4.20 De Consumentenautoriteit stelt dat Pretium rekening had moeten houden met de onbekendheid van consumenten met Pretium en het vastnetabonnement voor vaste telefonie op basis van WLR. De Consumentenautoriteit betwist dat geen enkele consument als gevolg van de door Pretium begane overtredingen zou zijn gedupeerd. De Consumentenautoriteit heeft ten aanzien van Pretium een aantal ernstige overtredingen van de Wet koop op afstand geconstateerd. Pretium kan de verantwoordelijkheid voor deze overtredingen niet afwentelen op KPN.

Ad 12. Hoogte en omvang van de boetes en dwangsommen zijn onredelijk (schriftelijke toelichting, randnrs. 106-109)

- 4.21 De Consumentenautoriteit stelt dat de aan Pretium opgelegde dwangsommen en boetes vergelijkbaar zijn als in andere zaken. De Consumentenautoriteit betwist dat in de zaak UPC sprake zou zijn van ernstigere overtredingen nu de duur van de overtredingen (vermelding identiteit en commercieel oogmerk) drie maanden bedroeg en in het geval van Pretium veertien maanden. Verder is de Consumentenautoriteit van oordeel dat de situatie waarin een consument een overeenkomst sluit, zonder dat deze consument duidelijk is medegedeeld dat hij een nieuw abonnement afsluit met een nieuwe aanbieder qua ernst vergelijkbaar met de situatie dat een consument ongevraagd producten of diensten krijgt toegezonden. De zaak Garant-O-Matic verschilt van de zaak Pretium nu Garant-O-Matic alle overtredingen heeft erkend, de volledige verantwoordelijkheid voor haar gedragingen heeft genomen, deze direct heeft aangepast en in vergaande medewerking aan het onderzoeks- en sanctietraject heeft verleend.
- 4.22 De Consumentenautoriteit geeft aan dat de volgende omstandigheden hebben geleid tot een korting van 10% op de hoogte van de boetes ten aanzien van het tijdig meedelen van de bedenktijd en het vermelden van de bedenktijd bij nakoming kopen op afstand: de erkenning door Pretium van overtreding van artikel 7:46c, eerste lid, onder f BW en aanpassing van de callscripts, de deelname van de Consumentenautoriteit aan het televisieprogramma Kassa, alsmede het gegeven dat in de CPS-gedragsregels was aangegeven dat in de welkomstbrief een bedenktermijn van tenminste 5 werkdagen moest worden vermeld.

Ad. 13 Last onder dwangsom niet voldoende duidelijk en concreet (schriftelijke toelichting, randnrs. 110-127)

- 4.23 Ten aanzien van de eerste last stelt de Consumentenautoriteit dat Pretium naar aanleiding van de WLR-maatregelen geen enkele wijziging heeft doorgevoerd in het begin van het gesprek met betrekking tot mededeling van de identiteit en het commerciële oogmerk. De Consumentenautoriteit is niet verplicht om in het besluit te motiveren hoe ze voornemens was om de controle van de last uit te voeren.

Ten aanzien van de derde last stelt de Consumentenautoriteit dat het niet onmogelijk is om aan de vereisten van de wet te voldoen. De Consumentenautoriteit merkt daarbij op dat bij de Consumentenautoriteit bekend is dat tenminste een telecomaandbieder haar werkwijze conform de wettelijke vereisten inricht. Bovendien heeft de Consumentenautoriteit Pretium enkele suggesties gegeven over hoe invulling aan de last kan worden gegeven. Met het geven van de laagste prijsgarantie wordt niet voldaan aan de wettelijke vereisten om de belangrijkste kenmerken te vermelden.

Ten aanzien van de tweede last is de Consumentenautoriteit van oordeel dat niet gezegd kan worden dat deze tot extra werk of kosten zou leiden, nu met de last beoogd wordt dat Pretium zich in de toekomst aan de wettelijke verplichting houdt.

5. Toepasselijke regelgeving

5.1 De Consumentenautoriteit is op grond van artikel 2.2 van de Whc belast met onder meer de handhaving van artikel 8.5 Whc.

5.2 Artikel 8.5 Whc luidt – voor zover hier relevant – als volgt:

Artikel 8.5

(...)

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.

(...)

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

Artikel 46c

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;

b. de belangrijkste kenmerken van de zaak;

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

d. voor zover van toepassing: de kosten van aflevering;

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;

(...)

5.4 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.

- 5.5 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.*
- 5.6 Artikel 7:46i BW luidt – voor zover hier relevant – als volgt:
- 1. De artikelen 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. De artikelen 46g-46h zijn van overeenkomstige toepassing op overeenkomsten op afstand tot het verrichten van diensten.*
- 5.7 Op grond van art. 2.8 Whc – zoals dat gold in het tijdvak waar het handhavend optreden van de Consumentenautoriteit betrekking op heeft – is de Consumentenautoriteit gehouden om een rapport vast te stellen en daarin onder meer de feiten en omstandigheden te vermelden op grond waarvan is vastgesteld dat een overtreding is gepleegd.
- 5.8 Op grond van artikel 2.9 Whc is de Consumentenautoriteit 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.
- 5.9 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- per overtreding.
- 5.10 Artikel 2.19, eerste lid, Whc – zoals dat gold in het tijdvak waar het handhavend optreden van de Consumentenautoriteit betrekking op heeft – bepaalt dat de Consumentenautoriteit geen bestuurlijke boete oplegt, voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten.
- 5.11 Artikel 2.21, eerste lid, Whc – zoals dat gold in het tijdvak waar het handhavend optreden van de Consumentenautoriteit betrekking op 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.

6. Overwegingen Commissie

Ten aanzien van de ontvankelijkheid

- 6.1 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 Pretium aanvoert.

Ten aanzien van de inhoud van het bezwaar

- Ad 1. De grenzen van het onderzoeksrapport
- 6.2 De Commissie dient te beoordelen of de handelwijze van de Consumentenautoriteit waarbij zij ter onderbouwing van het besluit verwijst naar feiten en omstandigheden die niet herleidbaar zijn tot het onderzoeksrapport van 18 augustus 2008, maar die wel deel uit maken van het zogenoemde inzagedossier, geoorloofd is.

Bij de regeling van de bestuursrechtelijke handhaving is met de Wet handhaving consumentenbescherming door de wetgever aansluiting gezocht bij de inmiddels in werking getreden Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht (zie kamerstukken II 2006-2006, 30 411, nr. 3, p. 36) is. Zowel de Consumentenautoriteit als Pretium baseren hun standpunt op de wetsgeschiedenis van de vierde tranche van de Awb, waar art. 2.8 Whc op is gebaseerd. Die wetsgeschiedenis vermeldt:

*"Het eerste element van de zwaardere procedure is dat van de overtreding steeds een rapport of proces-verbaal moet worden opgemaakt. Anders gezegd: degene die een overtreding constateert dient deze constatering op schrift te stellen voordat daarvoor een boete kan worden opgelegd. Dit schept een extra waarborg dat duidelijk is waarvan de overtreder wordt beschuldigd. Het rapport of proces-verbaal speelt in het vervolg van de procedure een belangrijke rol. Het zal veelal één van de belangrijkste bewijsmiddelen zijn. Het verschaft de overtreder voorts belangrijke informatie over hetgeen waartegen hij zich moet verweren. Het rapport of proces-verbaal vormt daarbij de buitengrens: de verder procedure kan uitsluitend betrekking hebben op overtredingen waarvan rapport of proces-verbaal is opgemaakt, maar hoeft geenszins betrekking te hebben op alle overtredingen waarvan rapport of proces-verbaal is opgemaakt."*¹

Naar het oordeel van de Commissie kan de opmerking van de regering dat het rapport een 'buitengrens' vormt niet de betekenis toekomen die daaraan door Pretium wordt toegekend. Van belang is dat in de zogenaamde zwaardere procedure het onderzoeksrapport een voorgeschreven bewijsmiddel is, vergelijkbaar met een proces-verbaal. Voorts is van belang dat het onderzoeksrapport een belangrijke functie toekomt bij het waarborgen van het verdedigingsbelang van degene op wie het rapport betrekking heeft. Daarom ook is een belangrijk deel van het onderzoek ter voorbereiding van het boetebesluit aan dat onderzoeksrapport gekoppeld.

Naar het oordeel van de Commissie betekent dit dat de Consumentenautoriteit om redenen van proceseconomie gehouden is om de bevindingen die betrekking hebben op geconstateerde

¹ Kamerstukken II 2003-04, 29702, nr. 3, p. 151.

overtredingen in beginsel te concentreren in één enkel onderzoeksrapport. Niet kan echter worden gezegd dat het de Consumentenautoriteit niet is toegestaan om in voorkomend geval in opvolgende (nadere) onderzoeksrapporten voorafgaand aan het opvolgende sanctiebesluit nieuwe overtredingen aan de procedure toe te voegen, indien dat op een wijze geschiedt die toereikend recht doet aan het recht op verdediging van de persoon op wie het rapport betrekking heeft. Daar komt bij dat de vaststelling van het rapport niet definitief en onomkeerbaar de inhoud van het daarop volgende besluit afgrenst.

Uit de wetsgeschiedenis kan niet worden afgeleid dat het rapport de buitengrens vormt ten aanzien van het *bewijs* dat aan de geconstateerde overtredingen ten grondslag ligt. Het rapport is immers aangeduid als één van de belangrijkste *bewijsmiddelen*, maar niet het uitsluitende bewijsmiddel.

Voor de verdediging van de belanghebbende is het recht op inzage in het dossier van groot belang. Daarover wordt in de memorie van toelichting van de vierde tranche het volgende opgemerkt:

*"Het eerste lid van deze bepaling, dat is ontleend aan artikel 67m Awr, voorziet erin, dat de overtreder op zijn verzoek ter voorbereiding van zijn verdediging inzicht kan verkrijgen in zijn dossier. Onder het dossier dient in dit verband te worden verstaan alle stukken die relevant zijn voor de besluitvorming over de bestuurlijke boete, maar ook stukken die informatie bevatten die ten voordele van de overtreder strekt (...)."*²

Uit het voorgaande leidt de Consumentenautoriteit af dat in het dossier dat Pretium op grond van art. 2.11 Whc en art. 2.17 Whc kan inzien *alle* relevante stukken voor de besluitvorming moeten zijn opgenomen. Of en in hoeverre discrepantie mag bestaan tussen het dossier dat ter inzage wordt gelegd en het onderzoeksrapport kan hieruit echter niet worden afgeleid.

- 6.3 Zowel de Consumentenautoriteit als Pretium verwijzen naar de uitspraak van het CBb van 17 november 2004, *LJN AR6034*. Hierin oordeelt het CBb met betrekking tot artikel 59 en 60 Mededingingswet in rechtsoverweging 8.1 onder meer:

"(...)In overeenstemming daarmee overweegt het College dat het bezwaar of beroep van een klager er niet toe kan leiden, dat bijvoorbeeld een boete zou worden opgelegd op basis van feiten, omstandigheden of kwalificaties die niet eerst in een rapport als bedoeld in artikel 59 Mw zijn neergelegd. Er kunnen zich echter wel omstandigheden voordoen, waarbij het naar aanleiding van een bezwaar aanvullen van een dergelijk rapport en het vervolgens aanvullend herhalen van de procedure van artikel 60 Mw, toelaatbaar en zelfs geboden geacht moet worden.

De wetgever heeft er, alweer blijkens de wetsgeschiedenis, bewust voor gekozen om de beslissing omtrent het opleggen van een boete of een last onder dwangsom als het voor beroep vatbare besluit aan te wijzen en geen beroep open te stellen tegen een rapport als bedoeld in artikel 59 Mw.

Het College leidt daaruit af dat een klager strekking en inhoud van een dergelijk rapport in een bezwaar- of beroepsprocedure ten volle aan de orde moet kunnen stellen, hetgeen - binnen de grenzen gesteld door bij sanctiebeslissingen in acht te nemen beginselen, waarbij voor een boete met name gedacht moet worden aan het ne bis in idem-beginsel - uiteindelijk ook tot wijziging of aanpassing van het aangevochten besluit

² Kamerstukken II 2003-04, 29702, nr. 3, p. 147.

ten nadele van de beklagde moet kunnen leiden.

De vaststelling van een rapport is aldus te beschouwen als een beslissing inzake de procedure ter voorbereiding van een besluit die niet vatbaar is voor bezwaar of beroep, omdat de bij de opstelling van het rapport gemaakte keuzes niet definitief en onomkeerbaar de inhoud van het daarop volgende besluit afgrenzen en aldus niet geacht kunnen worden een partij rechtstreeks in zijn belang te treffen.”

Uit deze overwegingen volgt naar het oordeel van de Commissie dat het onderzoeksrapport niet definitief en onomkeerbaar de inhoud van het daarop volgende besluit afgrenst. Zo kan reeds het bezwaar of beroep van derden die het rapport aanvechten, vanzelfsprekend wel tot een wijziging of aanpassing van het besluit leiden.

Het onderzoeksrapport dient naar het oordeel van de Commissie in beginsel alle bewijsmiddelen te bevatten die het belastende en ontlastende bewijs vormen van de overtredingen die in het rapport zijn betrokken. Voor zover de bewijsmiddelen niet in het onderzoeksrapport zijn opgenomen, dienen deze steeds alle in het dossier zijn opgenomen, en dient in het onderzoeksrapport te zijn vermeld welke bewijsmiddelen het betreft en op grond van welke motieven en argumenten ze niet (nader) in het onderzoeksrapport zijn opgenomen.

Naar het oordeel van de Commissie staat het de Consumentenautoriteit niet vrij om ter onderbouwing van de overtredingen naar believen te verwijzen naar feiten en omstandigheden die niet in het onderzoeksrapport zijn opgenomen. De Commissie constateert dat de verwijzing van de Consumentenautoriteit naar de uitspraak van de rechtbank Rotterdam van 5 december 2006, *LJN* BA8924, een bevestiging vormt van hetgeen in de wetsgeschiedenis van de vierde tranche is bepaald met betrekking het feit dat het rapport de buitengrens vormt van de *overtredingen* die zijn geconstateerd.

- 6.4 Nu art. 2.8, tweede lid, onder c Whc verlangt dat het onderzoeksrapport de feiten en omstandigheden vermeldt op grond waarvan is vastgesteld dat een overtreding is gepleegd, zal de Consumentenautoriteit volgens de Commissie terughoudend moeten omgaan met het verwijzen in haar besluit naar bewijsmiddelen die niet in het rapport zijn opgenomen. De Commissie acht de handelswijze van de Consumentenautoriteit waarbij ter onderbouwing van de overtreding in het besluit naar believen verwezen wordt naar feiten en omstandigheden die weliswaar zijn opgenomen in het inzagedossier maar geen onderdeel uitmaken van het rapport, in dit geval ontoelaatbaar. Dat de bewijsmiddelen bekend zouden zijn bij Pretium nu de betreffende verkoopgesprekken van het bedrijf afkomstig zijn, maakt het voorgaande niet anders. Ook ziet de Commissie in de aangehaalde arresten van het Gerecht van Eerste aanleg en het Europese Hof van Justitie geen aanleiding voor een ander standpunt.

- 6.5 Een andere vraag is of Pretium door de ontoelaatbare handelswijze van de Consumentenautoriteit is geschaad in de rechten van haar verdediging uit art. 6 EVRM. Dit is naar het oordeel van de Commissie niet het geval nu de betrokken gegevens alle in het inzagedossier waren opgenomen, tot de inzage waarin Pretium tijdig en toereikend de gelegenheid is geboden. Pretium heeft in de bezwaarfase ruim de mogelijkheid verkregen om zich te verweren en te reageren op het bewijs dat aan het besluit ten grondslag is gelegd.

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

Voorts beveelt de Commissie de Consumentenautoriteit aan om zich te onthouden van de bovenstaande handelswijze welke naar het oordeel van de Commissie ontoelaatbaar moet worden geacht.

Ad 2. Procedurele gebreken van het onderzoek

6.6 a) disproportioneel gebruik bevoegdheden

De Commissie is – met de Consumentenautoriteit – van oordeel dat geen sprake is van disproportioneel gebruik van toezichtbevoegdheden. Afdeling 5.2 van de Awb kent aan toezichthouders een aantal toezichtbevoegdheden toe, waaronder het betreden van plaatsen (art. 5:15 Awb), het vorderen van inlichtingen (art. 5:16 Awb) en het vorderen van inzage in gegevens en bescheiden (art. 5:17 Awb). Daarbij geldt dat een ieder verplicht is aan een toezichthouder alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden (art. 5:20 Awb). Bij de uitoefening van toezichtbevoegdheden dient de toezichthouder het evenredigheidsbeginsel in acht te nemen (art. 5:13 Awb).

Door Pretium is niet aannemelijk gemaakt dat de toezichthouders van de Consumentenautoriteit gelet op het evenredigheidsbeginsel geen gebruik hadden mogen maken van de aan haar toekomende bevoegdheid om een bedrijfsbezoek te verrichten bij Pretium en bij twee onder verantwoordelijkheid van Pretium werkende callcenters. De uitlatingen van de Consumentenautoriteit in het televisieprogramma Kassa zijn in dit verband niet relevant.

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

6.7 b) schending van de onschuldpresumptie

De Commissie is – met de Consumentenautoriteit – van oordeel dat geen sprake is van schending van de onschuldpresumptie. De onschuldpresumptie, neergelegd in art. 6 EVRM, houdt in dat een ieder tegen wie vervolging is ingesteld voor onschuldig wordt gehouden, totdat zijn schuld in rechte is komen vast te staan.

De Commissie constateert dat de voorzieningenrechter van de Rb. s'-Gravenhage in het vonnis in kort geding van 8 mei 2007 heeft vastgesteld dat de Consumentenautoriteit onrechtmatig jegens Pretium heeft gehandeld door in het televisieprogramma Kassa en op de website Consuwijzer de indruk te wekken dat de klachten over Pretium gegrond waren, op het moment dat het onderzoek nog niet was afgerond. De Consumentenautoriteit heeft naar aanleiding van de uitspraak van de voorzieningenrechter rectificaties geplaatst. De aandacht die de zaak Pretium in de landelijke media en de Tweede Kamer heeft gekregen, kan niet worden toegerekend aan gedragingen van de Consumentenautoriteit.

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

6.8 c) willekeur jegens Pretium

De Commissie is – met de Consumentenautoriteit – van oordeel dat geen sprake is van willekeur jegens Pretium. De bevoegdheid van de Consumentenautoriteit om een onderzoek te starten naar gedragingen van een onderneming is discretionair van aard. Uit de wetsgeschiedenis van de Whc volgt dat één klacht van een consument over schending van een door de Consumentenautoriteit te handhaven voorschrift, voor de Consumentenautoriteit reeds aanleiding kan zijn om een onderzoek in te stellen, als zij op basis van die klacht vermoedt dat er sprake is van een overtreding die de collectieve belangen van consumenten schaadt of kan schaden.³ Dat een onderzoek is gestart naar de gedragingen van Pretium, sluit niet uit dat gedragingen van andere telecomaانبieders onderzocht (zullen) worden door de Consumentenautoriteit. Ten aanzien van de uitspraken in de media die de Consumentenautoriteit in de zaak Pretium heeft gedaan, verwijst de Commissie naar hetgeen in het voorgaande is overwogen.

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

6.9 d) Onderzoek niet objectief en sprake van vooringenomenheid

Het is de Commissie niet gebleken dat het door de Consumentenautoriteit verrichte onderzoek niet objectief zou zijn. De Commissie is eveneens van oordeel dat de door Pretium gestelde aanwezige vooringenomenheid van de Consumentenautoriteit jegens Pretium niet is gebleken. Daarbij merkt de Commissie op dat werkwijze van de Consumentenautoriteit zodanig is ingericht dat zogenoemde "Chinese walls" bestaan tussen de medewerkers die het onderzoek uitvoeren en medewerkers die het eventuele sanctiebesluit uitvoeren, hetgeen een waarborg vormt tegen vooringenomenheid. Hierna (nr. 6.10) zal de Commissie nog nader ingaan op de stelling van Pretium dat het onderzoek van de Consumentenautoriteit berust op ongetoetste aannames over wat een consument wel of niet zal begrijpen.

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

6.10 e) Onzorgvuldig onderzoek

De Commissie constateert dat de bij de Consumentenautoriteit ingekomen klachten en meldingen over de verkoopgesprekken van Pretium voor de Consumentenautoriteit aanleiding zijn geweest om een onderzoek te starten naar de gedragingen van Pretium. De overtredingen die door de Consumentenautoriteit zijn geconstateerd, zijn niet vastgesteld op basis van de ingekomen klachten of meldingen, maar op de resultaten van het onderzoek dat de Consumentenautoriteit naar aanleiding van deze klachten bij Pretium is gestart. Nu deze klachten of meldingen niet zijn gebruikt als bewijs bij de motivering van het besluit, is de Commissie – met de Consumentenautoriteit – van oordeel dat onderzoek naar de binnengekomen klachten en meldingen niet vereist is.

Kortheidshalve verwijst de Commissie naar hetgeen zij daarover reeds stelde in haar advies in zaak 17 (UPC Nederland B.V.), nr. 5.2.3 e.v.⁴

³ Kamerstukken I 2006-07, 30 411, nr. C, p. 4-5.

⁴ CA/NCB/17/226, p. 13-16.

- 6.11 De Commissie constateert dat bij de motivering van de hoogte van de bestuurlijke boete verwezen wordt naar de bij de Consumentenautoriteit binnengekomen meldingen, in randnr. 164 van het bestreden besluit:

"De omvang van de handelspraktijken van Pretium Telecom wordt ook bevestigd door de omvang van de door de Consumentenautoriteit ontvangen meldingen."

Nu de meldingen door de Consumentenautoriteit niet zijn onderzocht, kunnen deze ook niet dienen als motivering van de hoogte van de boete. De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit om de betreffende zinsnede bij beslissing op bezwaar te verwijderen. De Commissie is echter ook van oordeel dat de zinsnede niet essentieel is voor de motivering van de hoogte van de boete, en dat het verwijderen van de zinsnede derhalve ook geen consequenties heeft voor de hoogte van de boete.

- 6.12 Voorts is de Commissie van oordeel dat de uitlatingen van de Consumentenautoriteit in het persbericht van 7 maart 2009 niet gepast zijn. Het betreft het volgende citaat van de directeur van de Consumentenautoriteit:

"Zorgvuldig onderzoek heeft uitgewezen dat Pretium Telecom zich niet heeft gehouden aan de regels die gelden voor telefonische werving. Veel consumenten hebben op basis van onvolledige of verwarrende informatie een abonnement afgesloten."

Volgens de Commissie wordt met het citaat de indruk gewekt dat uit het onderzoek zou zijn gebleken dat veel consumenten onder invloed van onvolledige of verwarrende informatie een abonnement hebben afgesloten. Hoewel niet expliciet wordt vermeld dat de ontvangen meldingen en klachten van consumenten gegrond zijn, wordt met het citaat door de Consumentenautoriteit wel een onjuist beeld gewekt ten aanzien van de onderzoeksresultaten. Op basis van het onderzoek kan worden geconstateerd dat het aantal consumenten dat door Pretium mogelijk is benadeeld groot is. Of consumenten daadwerkelijk onder invloed van onvolledige en verwarrende informatie een abonnement hebben afgesloten, is niet onderzocht.

De Commissie adviseert om in de beslissing op bezwaar de motivering van de hoogte van de boete zodanig aan te passen dat de in nr. 6.11 genoemde zinsnede verwijderd wordt en om de bezwaren van Pretium op dit punt ongegrond te verklaren.

- 6.13 f) Onvolledig onderzoeksdossier

De Commissie is – met de Consumentenautoriteit – van oordeel dat art. 2.11, eerste lid, Whc en art. 2:17, eerste lid, Whc niet verlangen dat alle tijdens de onderzoeksfase vergaarde informatie in het onderzoeksdossier wordt opgenomen en naar de overtreder wordt verzonden. Het onderzoeksdossier dient alle stukken te bevatten die relevant zijn voor de besluitvorming. Zoals in het voorgaande (nr. 6.2) is aangegeven blijkt uit de memorie van toelichting van de vierde tranche van de Awb dat hieronder in ieder geval alle stukken vallen die dienen tot onderbouwing van de beslissing tot het opleggen van een bestuurlijke boete, maar ook stukken die informatie bevatten die ten voordele van de overtreder strekt.⁵ De stelling van de Consumentenautoriteit

⁵ Kamerstukken II 2003-04, 29 703, nr. 3, p. 147.

dat van ontlastende informatie tijdens het onderzoek niet is gebleken omdat, als daar wel sprake van zou zijn geweest, er eenvoudigweg geen rapport van overtreding zou zijn opgemaakt, kan de Commissie niet volgen.⁶ In zijn algemeenheid kan immers niet gezegd worden dat in elke zaak waarin overtredingen zijn geconstateerd, nooit ontlastend materiaal aanwezig kan zijn.

- 6.14 Pretium heeft ten aanzien van een aantal documenten gesteld dat deze ten onrechte buiten het onderzoeksdossier zijn gelaten (genummerd a t/m m). In het kader van de voorlopige voorzieningprocedure gericht tegen het besluit tot openbaarmaking van 12 februari 2009, zijn deze documenten, voorzover beschikbaar, aan Pretium overgelegd. Na inzage in deze documenten betwist Pretium in bezwaar de stelling van de Consumentenautoriteit dat de documenten onder a, b, c, d, e, f en l niet relevant zouden zijn voor de besluitvorming.

De Commissie zal van deze betwiste documenten beoordelen in hoeverre het relevante informatie voor de besluitvorming betreft die in het onderzoeksdossier had moeten worden opgenomen.

a) Klachten die de Consumentenautoriteit van Consuwijzer heeft ontvangen

De Commissie is van oordeel dat de genoemde klachten of meldingen niet relevant zijn voor de besluitvorming. De Commissie verwijst naar hetgeen hierover in het voorgaande is vermeld. De klachten of meldingen zijn de aanleiding geweest voor de Consumentenautoriteit om een onderzoek te starten naar de gedragingen van Pretium, maar vormen geen onderdeel van het bewijs dat ten grondslag ligt aan de geconstateerde overtredingen.

b) Documenten die de Consumentenautoriteit van OPTA heeft ontvangen

De Commissie stelt vast dat de documenten die de Consumentenautoriteit van OPTA heeft ontvangen een email bevatten van de backoffice van OPTA, van 12 januari 2007, inhoudende een voorbeeldmail die namens het hoofd van Consuwijzer naar consumenten wordt verzonden ter voorlichting. Uit deze voorlichtende email blijkt dat wordt uitgegaan van een opt-out brief met daarin de vermelding van een ontbindingstermijn van vijf dagen.

De Commissie is – met Pretium – van oordeel dat het document relevant is voor de besluitvorming en derhalve in het dossier had moeten worden opgenomen. Dat het betreffende advies van Consuwijzer over de ontbindingstermijn afkomstig is van de Backoffice van de OPTA, acht de Commissie niet relevant bij de beoordeling van de vraag of het document had moeten worden opgenomen in het dossier.

c) Gespreksverslagen van de Consumentenautoriteit met OPTA en de Consumentenbond

De Commissie is van oordeel dat het gespreksverslag van het overleg van de Consumentenautoriteit met OPTA geen informatie bevat die relevant is voor de besluitvorming. De relevantie van het document voor de besluitvorming is volgens de

⁶ Reactie Consumentenautoriteit op de schriftelijke aanvulling op de mondelinge toelichting van de bezwaren door Pretium, p. 6.

Commissie door Pretium onvoldoende aannemelijk gemaakt. De Commissie stelt vast dat een verslag van het overleg met de Consumentenbond, voor zover bekend, niet bestaat.

d) De volgende stukken meegenomen bij het bedrijfsbezoek aan callcenter X: 'training algemeen', 'Agent(s) Production Statistics' en 'Training/coaching callcenter X';

De Commissie is – met de Consumentenautoriteit – van oordeel dat de betreffende documenten niet relevant zijn voor de besluitvorming en meer specifiek voor de beoordeling van de verwijtbaarheid. De overtredingen zijn vastgesteld op basis van de callscripts en de transcripts die onderdeel uitmaken van het onderzoeksdossier. De documenten bevatten slechts algemene instructies over hoe callcentermedewerkers te werk moeten gaan.

e en f) Documenten naar aanleiding van onderzoek van mailboxen van medewerkers van callcenter X;

De Commissie stelt vast dat de Consumentenautoriteit erkent dat een aantal bijlagen genoemd in het Verslag van Ambtshandelingen niet in het onderzoeksdossier zijn opgenomen. De Commissie acht deze handelswijze van de Consumentenautoriteit onzorgvuldig, maar constateert eveneens dat Pretium onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt waarom deze ontbrekende bijlagen – anders dan de Consumentenautoriteit stelt – relevant zouden zijn voor de besluitvorming. De informatie waar Pretium naar verwijst treft geen doel, nu deze informatie wel is opgenomen in het onderzoeksdossier en derhalve is meegewogen bij de besluitvorming (bijlagen 3 en 8).

l) Cd-roms met geluidsbestanden met telefoongesprekken

De Commissie acht het niet onzorgvuldig dat de Consumentenautoriteit 586 verkoopgesprekken van de 1072 verkoopgesprekken op de cd-roms niet in het onderzoeksdossier heeft opgenomen. Daarbij acht de Commissie het van belang dat aan deze beslissing een zorgvuldige motivering van de Consumentenautoriteit ten grondslag ligt. Verder acht de Commissie relevant dat de 586 gesprekken door de toezichthouders van de Consumentenautoriteit niet geanalyseerd zijn op naleving door Pretium van de Wet koop op afstand.

- 6.15 De Commissie concludeert dat het document genoemd onder b relevante informatie bevat voor de besluitvorming en gelet op het zorgvuldigheidsbeginsel (art. 3:2 Awb) door de Consumentenautoriteit had moeten worden opgenomen in het onderzoeksdossier. De Commissie dient vervolgens te beoordelen of Pretium vanwege het ontbreken van het stuk in het onderzoeksdossier in de rechten van haar verdediging van art. 6 EVRM is geschaad. Zoals eerder is aangegeven is het document door de Consumentenautoriteit in het kader van de voorlopige voorzieningprocedure van 12 februari 2009 aan Pretium overgelegd. Naar het oordeel van de Commissie is Pretium niet geschaad in de rechten van haar verdediging nu het document meegewogen wordt bij de beslissing op bezwaar.

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

- 6.16 g) Pretium ten onrechte geen inzicht in verloop van het onderzoek

De Commissie acht de duur van de onderzoeksfase, 4 januari 2007 tot 8 maart 2008, en het moment waarop het onderzoeksrapport is vastgesteld, 18 augustus 2008, in de zaak Pretium niet onredelijk lang en ziet in de feiten en omstandigheden geen aanleiding voor het standpunt van Pretium dat de Consumentenautoriteit haar inzicht in het verloop van het onderzoek had moeten geven.

Vorst verwijst de Commissie naar hetgeen zij heeft overwogen in zaak 137 (OX-2 International B.V.) naar aanleiding van het bezwaar dat de Consumentenautoriteit tijdens de onderzoeksfase onvoldoende informatie zou verstrekken over hoe de onderneming haar handelswijze zou moeten aanpassen. In die zaak overweegt de Commissie:

*"Of de stelling nu juist is of niet, dat de Consumentenautoriteit gehouden zou zijn om individuele ondernemers te voorzien van informatie over de wijze waarop de werkwijze van het bedrijf ingevolge de wet moet worden ingericht, klachten daarover kunnen niet leiden tot de vaststelling dat de overtredingen in geding niet hebben plaatsgevonden (...). In het kader van de verwijtbaarheid die bij het bepalen van de hoogte van de bestuurlijke boete een rol speelt, dient te worden benadrukt dat elke ondernemer zelf de verantwoordelijkheid draagt om zich zorgvuldig op de hoogte te stellen van de voor hem toepasselijke wet- en regelgeving en deze na te leven."*⁷

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

- 6.17 h) Conclusies onevenredig in vergelijking met eerder onderzoek door NMA en OPTA
De Commissie is – met de Consumentenautoriteit – van oordeel dat de vergelijking door Pretium met de NMA niet opgaat omdat de Consumentenautoriteit en de NMA toezicht houden op verschillende sectoren, eigen bevoegdheden tot het instellen van een onderzoek hebben en eigen beleidsopvattingen tot uitgangspunt nemen. De Consumentenautoriteit is in beginsel niet gebonden aan de wijze waarop andere bestuursorganen hun bevoegdheden uitoefenen en het beleid dat door deze organen wordt geformuleerd. Verder stelt de Commissie vast dat door de OPTA geen onderzoek heeft plaatsgevonden naar de vraag of de verkoopmethoden van Pretium in overeenstemming zijn met de Wet koop op afstand.

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

Ad. 3 Open normen

- 6:18 De Commissie heeft in haar advies in de zaak 17 (UPC Nederland B.V.) 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 art. 7 EVRM en het strafrechtelijke legaliteitsbeginsel, van de Consumentenautoriteit vergen dat zij bij de uitoefening van haar bestuursrechtelijke handhavingsbevoegdheid per overtreden voorschrift zich ervan vergewist of dit voorschrift voldoende duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig is om een overtreding daarvan te kunnen

⁷ CA/NCB/137/162, p. 24.

bestrafen met een bestuurlijke boete. Is sprake van een 'open' of '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 gevegd dat ze in alle gevallen waarin sprake is van een min of meer vage of open termen tevoren (wetsinterpreterende) beleidsregels uitvaardigt.⁸

De Commissie zal in het onderstaande per gestelde overtreden voorschrift waar relevant nagaan of sprake is van een open norm en, zo ja, of de Consumentenautoriteit voldoende aannemelijk heeft gemaakt 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.

Ad 4. Onderscheid structurele en incidentele inbreuken

- 6.19 De Commissie heeft in haar advies in zaak 17 (UPC Nederland B.V.) op basis van de wetsgeschiedenis enkele 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. De Commissie heeft in dat advies ook aangegeven dat het voor de hand ligt om een onderscheid te maken tussen overtredingen die hun oorzaken vinden in een *structurele* inbreuk op wettelijk bepalingen en overtredingen die hun oorzaken vinden in een *incidentele* inbreuk op wettelijke bepalingen. Voorts heeft de Commissie overwogen:

"Het ligt voor de hand 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".⁹

De Commissie zal in het onderstaande voor zover relevant per gestelde overtreding nagaan of de betreffende overtreding is komen vast te staan en zo ja, of de Consumentenautoriteit voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er sprake was van een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten en zij om die reden bevoegd was tot het opleggen van een bestuurlijke boete.

Ad 5. Meedelen identiteit en commercieel oogmerk in verkoopgesprek

⁸ CA/NCB/17/226, p. 21-24.

⁹ CA/NCB/17/226, p. 13-17.

6.20 De Commissie is – met de Consumentenautoriteit – van oordeel dat art. 7:46h BW jo. art. 8.5, tweede lid, Whc voldoende duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig is om een overtreding daarvan te kunnen bestraffen met een bestuurlijke boete. Art. 7:46h, eerste lid, BW verlangt dat aan het begin van elk verkoopgesprek duidelijk de identiteit van de verkoper, alsmede het commerciële oogmerk van de oproep worden medegedeeld. Het gaat hier om een verplichting die blijkens de parlementaire geschiedenis bij telemarketing “telkens opnieuw aan het begin van een telefoongesprek moeten worden verstrekt”. Daarmee is onder meer beoogd om de consument bekend te maken met de persoon die hij eventueel moet aanspreken, bijvoorbeeld om van oproepen verschoond te blijven.¹⁰

Anders dan Pretium stelt, is naar het oordeel van de Commissie daarbij volgens de wettekst niet relevant of de mededeling van beide aspecten voor de *gemiddelde consument* duidelijk is. De in art. 7:46h BW neergelegde verplichtingen om aan het begin van het gesprek duidelijk identiteit en commercieel oogmerk van de oproep mede te delen, lenen zich niet goed voor een dergelijke contextuele uitleg. Het gaat hier om vastomlijnde formaliteiten die aan het begin van het gesprek vervuld moeten worden. Zou de contextuele uitleg van Pretium worden gevolgd, dan zou dit spoedig tot de conclusie kunnen leiden 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 niet langer behoeft te worden medegedeeld.

6.21 Ten aanzien van het *identiteitsvereiste* kan de Commissie de stelling van de Consumentenautoriteit – dat om te voldoen aan het identiteitsvereiste het noemen van de bedrijfsnaam niet zonder meer voldoende is, maar afhankelijk van de omstandigheden van het geval – niet volgen. Naar het oordeel van de Commissie is aan het identiteitsvereiste voldaan als de verkoper aan het begin van het verkoopgesprek zijn bedrijfsnaam noemt, zoals Pretium in haar bezwaarschrift stelt. De interpretatie die de Consumentenautoriteit hier voorstaat, kan ook worden gekenschetst als een contextuele uitleg van de verplichting tot het mededelen van de identiteit van de verkoper. Een dergelijke contextuele uitleg zou spoedig tot de conclusie kunnen leiden dat indien de verkoper alom bekend is, volstaan kan worden met het noemen van de bedrijfsnaam, terwijl nadere uitleg nodig zou zijn als de verkoper minder of niet bekend is. Een dergelijke contextuele uitleg is evenmin terug te voeren op de tekst, toelichting, aard en strekking van art. 7:46h, eerste lid, BW. Zou de redenering van de Consumentenautoriteit worden gevolgd, dan zou dit spoedig tot de conclusie kunnen leiden dat bij een oproep door “’s lands grootste kruidenier” volstaan kan worden met het noemen van de titel “’s lands grootste kruidenier” bij wijze van identificatie, omdat immers het grote publiek wel weet welke supermarkt onder die titel bekend staat. Ook een dergelijke contextuele uitleg verdraagt zich niet met de in art. 7:46h, lid 1, BW, neergelegde verplichtingen die veeleer het karakter dragen van vastomlijnde formaliteiten die aan het begin van het gesprek vervuld moeten worden, onder meer om de consument in de gelegenheid te stellen om gesprek in een vroeg stadium te beëindigen.

De Commissie constateert kortom dat Pretium in de callscripts uit de periode van 5 januari 2007 tot 24 juli 2007 en de callscripts die zijn gehanteerd vanaf 24 juli tot en met in ieder geval 7 maart 2008 voorschrijft dat aan het begin van het verkoopgesprek de naam Pretium Telecom

¹⁰ Kamerstukken II 1999-00, 26 861, nr. 3, p. 29-30.

wordt genoemd (bestreden besluit, randnr. 77). Daarmee voldoen de callscripts naar het oordeel van de Commissie aan de eisen die art. 7:46h BW in dit opzicht stelt. De Commissie oordeelt dat dus geen sprake is van een overtreding die zijn oorzaak vindt in een structurele inbreuk van art. 7:46h, eerste lid, BW jo. art. 8.5, tweede lid, Whc. De Consumentenautoriteit heeft van 235 verkoopsgesprekken het transcript geanalyseerd en op basis daarvan geconstateerd dat de callcentermedewerkers in de praktijk bij aanvang van de verkoopsgesprekken veelal mededelen dat zij bellen namens Pretium Telecom (bestreden besluit, randnr. 86).

Gelet hierop is de Commissie van oordeel dat de Consumentenautoriteit ten aanzien van de op Pretium rustende verplichting tijdig haar identiteit mede te delen, ook overigens onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er sprake was van een overtreding die een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten opleverde en zij om die reden bevoegd was tot het opleggen van een bestuurlijke boete.

De Commissie adviseert de bezwaren van Pretium op dit punt gegrond te verklaren.

- 6.22 Wat betreft de verplichting van het mededelen van het commerciële oogmerk is de Commissie – met de Consumentenautoriteit – van oordeel dat art. 7:46h BW verlangt dat door Pretium expliciet duidelijk wordt gemaakt dat in het verkoopsgesprek een overeenkomst voor een vastnetabonnement wordt aangeboden en dat, anders dan Pretium in haar bezwaarschrift stelt, niet slechts sprake is van een 'administratieve overname' van het vastnetabonnement.

De Commissie constateert dat Pretium in de callscripts uit de periode van 5 januari 2007 tot 24 juli 2007 en de callscripts die zijn gehanteerd vanaf 24 juli tot en met in ieder geval 7 maart 2008 niet heeft voorgeschreven dat aan het begin van het verkoopsgesprek duidelijk wordt medegedeeld dat aan de consument een overeenkomst wordt aangeboden. Het staat genoegzaam vast dat het oogmerk van de telefoongesprekken die Pretium initieert, gericht is op het bewegen van de consument tot het aangaan van een overeenkomst met Pretium. Dát oogmerk dient aan het begin van het gesprek duidelijk en ondubbelzinnig te worden medegedeeld. De Commissie verwijst in dit verband naar haar bevindingen in haar advies in zaak 17 (UPC Nederland B.V.), nr. 5.3. Juist ook de herhaalde stellingname van Pretium dat slechts sprake is van een 'administratieve overname' van het vastnetabonnement duidt er op dat Pretium het belang van de verplichting uit art. 7:46h, eerste lid, BW jo. art. 8.5, tweede lid, Whc ernstig onderschat.

Gelet op het bovenstaande is de Commissie van oordeel dat de Consumentenautoriteit ten aanzien van de op Pretium rustende verplichting tijdig het commerciële oogmerk van het verkoopsgesprek mede te delen, terecht heeft geoordeeld dat sprake was van een overtreding van art. 7:46h, eerste lid, BW jo. art. 8.5, tweede lid, Whc. Voorts heeft de Consumentenautoriteit 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.

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

6.23 De Commissie is van oordeel dat de door de Consumentenautoriteit gevolgde redenering in met name randnr. 78 van het bestreden besluit niet helder is. In het bestreden besluit wordt door de Consumentenautoriteit ter onderbouwing van de gestelde overtredingen verwezen naar 235 verkoopgesprekken waarvan het transcript is geanalyseerd en tevens wordt geciteerd uit een aantal van deze geanalyseerde gesprekken. Het is de Commissie niet duidelijk of de Consumentenautoriteit stelt dat uit de 235 transcripts blijkt dat in de praktijk wordt afgeweken van het voorgeschreven callscript of dat in de praktijk het voorgeschreven callscript wordt gevolgd. Ook wordt ten aanzien van de in randnr. 77 weergegeven callscripts niet duidelijk aangegeven of de Consumentenautoriteit deze nu wel of niet in overeenstemming acht met art. 7:46h BW jo. art. 8.5, tweede lid, Whc. De Commissie acht een verbetering van de motivering van het bestreden besluit op dit punt noodzakelijk.

De Commissie adviseert de bezwaren van Pretium op dit punt gegrond te verklaren.

6.24 De Commissie kan Pretium niet volgen in haar stelling dat haar handelswijze zou zijn goedgekeurd door andere instanties. In de eerste plaats geldt dat de Consumentenautoriteit niet gebonden is aan oordelen en adviezen van andere instanties en bestuursorganen. De Consumentenautoriteit is gelet op haar publiekrechtelijke bevoegdheden gehouden een eigen oordeel te vormen. 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 de handelswijze van Pretium door de genoemde instanties niet is getoetst aan art. 7:46h BW. De Commissie ziet gelet op het bovenstaande geen aanleiding om de overige bezwaren van Pretium te bespreken.

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

Ad 6. Meedelen ontbindingsmogelijkheid in verkoopgesprek en bevestigingsbrief

6.25 De Commissie is van oordeel dat art. 7:46c, eerste lid, onder f BW jo. art. 8.5, tweede lid, Whc voldoende duidelijk, nauwkeurig en ondubbelzinnig is om een overtreding daarvan te kunnen bestraffen met een bestuurlijke boete. Naar het oordeel van de Commissie volgt uit de wettekst en de wetsgeschiedenis van art. 7:46c, eerste lid, onder f, BW dat een consument voor het sluiten van een overeenkomst gewezen wordt op het al dan niet van toepassing zijn van de mogelijkheid van ontbinding.

De Commissie constateert dat in de callscripts die in de periode van 5 januari 2007 tot en met 11 april 2007 door Pretium worden gebruikt, niet staat vermeld dat de consument een ontbindingsmogelijkheid heeft. Daarmee stelt de Commissie vast dat sprake is van een overtreding van art. 7:46h Whc die zijn oorzaak vindt in een structurele inbreuk.

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

Met ingang van 11 april 2007 zijn de callscripts zodanig aangepast dat tweemaal wordt vermeld dat de consument een ontbindingsmogelijkheid heeft. In de callscripts in de periode van 11 april

2007 tot 10 juni 2008 wordt echter de duur van ontbindingstermijn niet genoemd, dan wel wordt een onjuiste termijn genoemd. De Consumentenautoriteit stelt zich op het standpunt dat dit ook een overtreding van art. 7:46c, eerste lid, onder f, BW oplevert.

De Commissie is echter van oordeel dat art. 7:46c, eerste lid, onder f, BW niet verplicht tot het benoemen van de termijn in het telefonische verkoopgesprek.

In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat de tekst van art. 7:46c, eerste lid, onder f, BW in dit opzicht niet helder is: de zinsnede "overeenkomstig de artikelen 46d lid 1 en 46e" kan zowel betrekking hebben op "het al dan niet van toepassing zijn" als op "de mogelijkheid van ontbinding".

In de tweede plaats moet worden vastgesteld dat de tekst van artikel 4 van Richtlijn 97/7/EG inzake overeenkomsten op afstand, waar art. 7:46c, eerste lid, onder f, BW, op gebaseerd is, slechts stelt dat "voordat een overeenkomst op afstand wordt gesloten de consument tijdig moet beschikken over de volgende informatie", namelijk "het bestaan van een herroepingsrecht".

In de derde plaats moet worden vastgesteld dat, zoals hierna (nr. 6.26) zal blijken, bij telefonisch totstandgekomen overeenkomsten als waar hier sprake van is, achtereenvolgens een termijn van drie maanden én een termijn van zeven werkdagen geldt. Uit niets blijkt dat de wetgever heeft beoogd of voorzien dat in het telefoongesprek de werking van en onderlinge verband tussen beide termijn uiteengezet moet worden.

Tegen deze achtergrond ligt het voor de hand om deze bepaling in gevallen als waarvan hier sprake is, vrij letterlijk uit te leggen: alleen *het al dan niet van toepassing zijn van de mogelijkheid van ontbinding* dient te worden genoemd in het telefonische verkoopgesprek.

Op grond van het voorgaande concludeert de Commissie dat Pretium met ingang van 11 april 2007 de overtreding van art. 7:46c, eerste lid, onder f, BW jo. art. 8.5, tweede lid, Whc heeft beëindigd. Het voorgaande heeft consequenties voor de hoogte van de boete die ten aanzien van de overtreding van art. 7:46c, eerste lid, onder f, BW jo. art. 8.5, tweede lid, Whc is opgelegd. De Commissie stelt vast dat de duur van de geconstateerde overtreding 3 maanden bedraagt, terwijl de Consumentenautoriteit in het besluit uitgaat van overtreding in de periode 5 januari 2007 tot 10 juni 2008. De mate van ernst van de overtreding is naar het oordeel van de Commissie geringer dan de Consumentenautoriteit in haar motivering van het besluit heeft gesteld, aangezien de duur van de ontbindingstermijn naar het oordeel van de Commissie niet genoemd hoeft te worden in het telefoongesprek.

De Commissie adviseert om de bezwaren van Pretium op dit punt gegrond te verklaren.

- 6.26 Wat betreft het noemen van de juiste ontbindingstermijn in de aanbiedingsbrief oordeelt de Commissie als volgt. 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 bedenktijd 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.

In art. 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;¹¹
- 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:¹²
- 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:¹³
- 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.

In verband met hetgeen hiervoor onder nr. 3 is gesteld, dient te worden vastgesteld welke verplichtingen voortvloeien uit overeenkomstige toepassing op diensten van artikel 7:46c, tweede lid, BW. De Consumentenautoriteit en Pretium 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.

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:

Art. 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;

¹¹ Zie art. 46i, eerste lid, jo. 46c, eerste lid, BW.

¹² Zie art. 46i, eerste lid, jo. 46c, tweede lid, BW.

¹³ Zie art. 46i, zesde lid, jo. 46d, eerste lid, BW.

- 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. (...)"

Art. 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:

- 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 (...)

De Commissie oordeelt als volgt. De Commissie merkt allereerst op dat tussen partijen niet in geschil is of met de dienstverlening van Pretium met uitdrukkelijke instemming van de consument al aangevangen wordt voordat de in artikel 46d, eerste lid, eerste en derde volzin, BW bedoelde termijn is verstreken; in dat geval zou namelijk geen bedenktijd van toepassing zijn (art. 46i, vijfde lid, onder a, BW).

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

- bij de uitvoering van een telefonische totstandgekomen 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.

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 welkomstbrief van Pretium had moeten vermelden dat vanaf de datum van ontvangst van die brief een ontbindingstermijn van zeven werkdagen in werking trad.

Ten overvloede overweegt de Commissie dat hetgeen de Consumentenautoriteit in haar besluit (rdnr. 117 en 118) overweegt, met verwijzing naar de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel van de Wet Koop op Afstand, verwarring kan wekken. Gezien de tekst van de Richtlijn begint bij het sluiten van een overeenkomst als waarvan hier sprake is, ófwel een termijn van drie maanden te lopen ófwel een termijn van zeven werkdagen. Het door de Consumentenautoriteit aangehaalde citaat uit de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel wekt de indruk dat beide termijnen gelijktijdig zouden kunnen gaan lopen, maar daarvan is ook gezien de context van het citaat geen sprake.¹⁴ De Commissie meent dat dit alles het besluit niet aantast nu dit zich hier concentreert op de termijn zoals de welkomstbrief vermeldt.

Op grond van een en ander komt de Commissie tot het advies om de bezwaren van Pretium op dit punt ongegrond te verklaren.

¹⁴ Zie Kamerstukken II, 1999/2000, 26 861, nr. 3, p. 33.

Ad 7. Meedelen duur van de overeenkomst in verkoopgesprek

- 6.27 De Commissie is van oordeel dat de Consumentenautoriteit terecht heeft geoordeeld dat sprake is van overtreding van art. 7:46c, eerste lid, onder i, BW jo. art. 8.5, tweede lid, Whc en dat zij voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat er sprake was van een inbreuk op de collectieve belangen van consumenten die haar bevoegd maakte tot het opleggen van een bestuurlijke boete. De overtreding is gebaseerd op een analyse van transcripts van 45 verkoopgesprekken die uiteindelijk tot een overeenkomst hebben geleid. Nu dit alle opgenomen verkoopgesprekken betreft waarin een overeenkomst is gesloten, kan niet, zoals Pretium stelt, gezegd worden dat sprake is van een niet-representatieve selectie van verkoopgesprekken. Nu de Consumentenautoriteit in al deze gesprekken heeft geconstateerd dat niet is voldaan aan de vereisten van art. 7:46c, eerste lid, onder i, BW, is de Commissie van oordeel dat de Consumentenautoriteit terecht overtreding van die bepaling heeft geconstateerd. Aangezien in alle onderzochte gevallen waarin een overeenkomst tot stand gekomen is, van het callscript is afgeweken, moet geconstateerd worden dat afdoende toezicht op naleving van het callscript ontbrak hoewel de callscripts in opdracht van Pretium werden uitgevoerd, Pretium verantwoordelijkheid droeg voor de naleving daarvan en de naleving kon afdwingen. Er is dus sprake van tekortkomingen in het al dan niet bewuste ontwerp van de organisatie van Pretium en haar werkprocessen en derhalve van verwijtbare overtredingen van Pretium.

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

Ad 8. Meedelen belangrijkste kenmerken van de zaak

- 6.28 De Consumentenautoriteit heeft vastgesteld dat de callscripts die zijn gebruikt in de periode van 5 januari 2007 tot en met 7 maart 2008 de callcentermedewerker niet opdraagt om uit eigen beweging de hoogte van de gesprekskosten te noemen. Er wordt kort gezegd volstaan met de mededeling dat de consument zal besparen op abonnements- en gesprekskosten en dat de garantie gegeven wordt van de laagste telefoonrekening.

Dit nalaten van Pretium om de gesprekskosten te noemen, oordeelt de Consumentenautoriteit in strijd met art. 7:46c, eerste lid, onder b, BW jo. art. 8.5, tweede lid, Whc (de plicht om de 'belangrijkste kenmerken van de zaak' te noemen). Vermelding verdient dat de Consumentenautoriteit in dit verband van belang acht dat niet alleen in het verkoopgesprek geen mededelingen worden gedaan over de gesprekskosten, maar ook niet op andere wijze, bijvoorbeeld op haar website. De Consumentenautoriteit stelt voorts dat zij verlangt dat tijdens het verkoopgesprek *de meest essentiële gesprekskosten* vermeld worden en zij wijst er op dat andere aanbieders in verkoopgesprekken wel in staat zijn om deze in het verkoopgesprek weer te geven.

Tegen deze achtergrond oordeelt de Commissie dat de Consumentenautoriteit voldoende duidelijk heeft gemaakt wat zij in dit verband onder 'belangrijkste kenmerken van de zaak' verstaat. Deze uitleg van art. 7:46c, eerste lid, onder b, BW jo. art. 8.5, tweede lid, Whc is gegeven de tekst en totstandkomingsgeschiedenis daarvan zeer wel verdedigbaar.

Daarbij laat de Commissie zwaar wegen dat art. 7:46c, eerste lid, onder b, BW jo. art. 8.5, tweede lid, Whc ertoe strekt dat de consument "zich een toereikend beeld moet kunnen vormen

van hetgeen hem te koop wordt aangeboden".¹⁵ Het enkele feit dat de consument een 'laagste prijsgarantie' wordt geboden – daargelaten wat dit precies inhoudt – geeft geen inzicht in de essentiële kosten van een telefoonabonnement. Aan Pretium kan worden toegegeven dat het bij ingewikkelder tariefstructuur niet eenvoudig is om alle details van gesprekskosten in het verkoopgesprek weer te geven, maar dat is niet wat de Consumentenautoriteit vergt van Pretium (nog daargelaten of de tariefstructuur van Pretium werkelijk zo ingewikkeld is). De Commissie is van oordeel dat in het verkoopgesprek inzicht moet worden geboden in de essentiële elementen die de prijs van de aangeboden dienst bepalen. Dit volgt niet alleen uit art. 7: 46c, eerste lid, onder b, BW, maar ook uit art. 7: 46c, eerste lid, onder c, BW. Bovendien kan bij de uitleg van 7: 46c, eerste lid, onder b, BW gewezen worden op een drietal bepalingen, die hier niet van toepassing zijn maar die wel inzicht geven in de wijze waarop de communautaire wetgever prijs transparantie benadert.

Art. 5 Ontwerp Richtlijn consumentenrechten¹⁶ bepaalt:

(1) Voorafgaande aan de sluiting van enige verkoop- of dienstenovereenkomst verstrekt de handelaar de consument de volgende informatie, voor zover die niet al duidelijk is uit de context:
(...) c) de prijs, inclusief belastingen, of, als het om een soort product gaat waarvan de prijs redelijkerwijs niet vooraf kan worden berekend, de manier waarop de prijs wordt berekend, en, in voorkomend geval, alle extra vracht-, leverings- of portokosten of, indien deze kosten redelijkerwijs niet vooraf kunnen worden berekend, in ieder geval het feit dat er eventueel dergelijke extra kosten moeten worden betaald;
(...)

Art. 22 (3) (a) Dienstenrichtlijn¹⁷ bepaalt:

De dienstverrichters, bedoeld in artikel 230b, aanhef, verstrekken de afnemer van diensten op diens verzoek de volgende aanvullende informatie:
1. wanneer de dienstverrichter de prijs van een bepaald soort dienst niet vooraf heeft vastgesteld, de prijs van de dienst of, indien de precieze prijs niet kan worden gegeven, de manier waarop de prijs wordt berekend, zodat de afnemer de prijs kan controleren, of een voldoende gedetailleerde kostenraming; (...)

Art. 7 (2) (c) Richtlijn art. 7 (2) Richtlijn OHP¹⁸ (= art. 6:193e (c) BW) bepaalt:

In het geval van een uitnodiging tot aankoop wordt de volgende informatie als essentieel beschouwd, indien deze niet reeds uit de context blijkt:
c) de prijs, inclusief belastingen, of, als het om een soort product gaat waarvan de prijs redelijkerwijs niet vooraf kan worden berekend, de manier waarop de prijs wordt berekend, en, in voorkomend geval, alle

¹⁵ Kamerstukken 1999-00, 26 861, nr. 3, p. 18.

¹⁶ COM(2008) 614 def.

¹⁷ Richtlijn 2006/123/EG d.d. 12-12-2006 van het Europees Parlement en de Raad betreffende diensten op de interne markt (PbEU L 376), nog te implementeren (zie Kamerstukken II 2007-08, 31 579, nr. 2) als art. 6:230d BW.

¹⁸ Richtlijn nr. 2005/29/EG d.d. 11 mei 2005 van het Europees Parlement en de Raad van de Europese Unie van 11 mei 2005 betreffende oneerlijke handelspraktijken van ondernemingen jegens consumenten op de interne markt (PbEU L 149), geïmplementeerd in Nederland bij wet van 25 september 2008, Stb. 2008, 397.

extra vracht-, leverings- of portokosten of, indien deze kosten redelijkerwijs niet vooraf kunnen worden berekend, het feit dat er eventueel deze extra kosten moeten worden betaald;

In deze drie bepalingen is steeds een belangrijk uitgangspunt dat de prijs of desnoods de wijze van prijsberekening van tevoren duidelijk moet zijn voor de consument. Het enkele geven van een 'laagste prijsgarantie' is onder geen van deze bepalingen afdoende. Ook tegen deze achtergrond is de toepassing die de Consumentenautoriteit geeft aan art. 7: 46c, eerste lid, onder b, BW jo. art. 8.5, tweede lid, Whc, de juiste: van de verkoper mag worden verwacht dat deze in het verkoopsgesprek inzicht geeft in de prijs danwel de samenstellende delen daarvan, al dan niet als belangrijkste kenmerk van de dienstverlening.

Tenslotte merkt de Commissie nog op dat uitspraken van andere instanties, zoals rechters, geschillencommissie en Reclame Code Commissie uiteraard relevant zijn voor de Consumentenautoriteit waar het de interpretatie van wetsartikelen betreft die de Consumentenautoriteit dient te handhaven. Beslissend hoeven deze uitspraken niet te zijn, en geen van de uitspraken waar Pretium aan refereert komt wat dit betreft beslissende betekenis toe omdat ze niet ingaan op de vraag of gesprekskosten onderdeel uitmaken van de "belangrijkste kenmerken van de zaak".

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

Ad 9. Verwijtbaarheid

- 6.29 Het bezwaar van Pretium dat het opleggen van de sancties onredelijk is aangezien de overtredingen niet aan Pretium kunnen worden verweten, verwerpt de de Commissie. Daarbij verwijst de Commissie in algemene zin naar hetgeen zij in haar advies in zaak 17 (UPC Nederland B.V.), rdnr. 5.2.35.
- 6.30 Ten aanzien van art. 7:46h BW is de Commissie van oordeel dat aan het identiteitsvereiste is voldaan en het aan Pretium verweten gedrag geen overtreding oplevert. Aan het vraagstuk van verwijtbaarheid komt de Commissie dan ook niet toe. Met betrekking tot het vereiste van het tijdig noemen van het commerciële oogmerk stelt de Commissie vast dat de overtreding is geconstateerd op basis van de gebruikte callscripts, en dat derhalve sprake is van een overtreding door tekortkomingen in het al dan niet bewuste ontwerp van de organisatie Pretium en haar werkprocessen. Pretium is verantwoordelijk voor de callscripts die zij door callcenters heeft laten uitvoeren. Overtredingen die hun grond vinden in callscripts - die op aanzienlijke schaal zijn toegepast door in opdracht van Pretium werkende callcenters, waarbij Pretium naleving van het script controleerde, daarover instructies kon geven en feitelijk gaf - leveren aan Pretium verwijtbare overtredingen op.
- 6.31 Ten aanzien van art. 7:46c, eerste lid, onder f BW is de Commissie van oordeel dat het niet melden van de duur van de ontbindingstermijn in het verkoopsgesprek geen overtreding oplevert, en aan het vraagstuk van verwijtbaarheid op dat punt komt de Commissie niet toe. Met betrekking tot het vereiste dat voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst in het verkoopsgesprek wordt medegedeeld dat een wettelijke ontbindingstermijn van toepassing is,

stelt de Commissie vast dat de overtreding is geconstateerd op basis van de callscripts. Om genoemde redenen levert deze overtreding dus een aan Pretium verwijtbare overtreding op.

- 6.32 Met betrekking tot het vereiste dat in de welkomstbrieven een bedenktijd van 7 werkdagen na ontvangst van de brief moet worden vermeld, stelt de Commissie vast dat de overtreding van art. 7:46c, tweede lid, onder a, BW, is geconstateerd op basis van de standaardtekst van de verstuurde welkomstbrieven, en dat derhalve sprake is van een overtreding door tekortkomingen in het al dan niet bewuste ontwerp van de organisatie Pretium en haar werkprocessen. Ook deze overtreding levert dus een aan Pretium verwijtbare overtreding op.
- 6.33 Met betrekking tot het vereiste dat in het verkoopsgesprek de duur van de overeenkomst tijdig wordt genoemd, stelt de Commissie vast dat de overtreding van art. 7:46c, eerste lid, onder i, BW is geconstateerd op alle beschikbare 45 transcripts van verkoopsgesprekken die tot een overeenkomst hebben geleid. Nu in al deze 45 verkoopsgesprekken een overtreding is geconstateerd, is de Commissie van oordeel dat ook hier sprake is van een overtreding die zijn oorzaak vindt in een *structurele inbreuk*. Om de redenen genoemd in rdnr. 6.27 concludeert de Commissie dat sprake is van tekortkomingen in het al dan niet bewuste ontwerp van de organisatie van Pretium en haar werkprocessen en derhalve van verwijtbare overtredingen van Pretium.
- 6.34 Met betrekking tot het vereiste dat in het verkoopsgesprek tijdig de belangrijkste kenmerken van een zaak moeten worden genoemd, stelt de Commissie vast dat de overtreding van art. 7:46c, eerste lid, onder b, BW) is geconstateerd op basis van de gebruikte callscripts. Ook deze overtreding levert op de gronden genoemd in rdnr. 6.30 een aan Pretium verwijtbare overtreding op.

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

Ad 10. Opleggen sancties onredelijk gezien niet-onderzoeken en niet-sanctioneren vergelijkbare overtredingen door KPN

- 6.35 De Commissie is – met de Consumentenautoriteit – van oordeel dat geen sprake is van strijd met het gelijkheidsbeginsel of het verbod van willekeur. De Consumentenautoriteit heeft naar het oordeel van de Commissie voldoende aannemelijk gemaakt dat de situatie in zaak 105/KPN niet gelijk is aan de zaak Pretium.

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

Ad 11. Opleggen sancties onredelijk gelet op omstandigheden en negatieve publiciteit

- 6.36 De Commissie is van oordeel dat het bezwaar van Pretium (dat het opleggen van de sancties onredelijk is omdat de onbekendheid van het publiek met het vastnetabonnement voor telefonie en de mogelijke verwarring bij de consument over deze dienst, niet aan Pretium kan worden toegerekend) niet meer relevant is, gelet op hetgeen de Commissie heeft overwogen ten aanzien van art. 7:46h BW.

In het voorgaande is de Commissie reeds ingegaan op de negatieve publiciteit in de landelijke media en heeft geoordeeld dat dit niet aan de Consumentenautoriteit kan worden toegerekend. Daar komt bij dat de door de voorzieningenrechter vastgestelde onrechtmatige uitlatingen van de Consumentenautoriteit zijn verdisconteerd bij het bepalen van de hoogte van de boete.

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

Ad 12. Hoogte en omvang van de boetes en dwangsommen zijn onredelijk

- 6.37 De Commissie constateert dat tot op heden de Consumentenautoriteit nog geen beleid ten aanzien van het opleggen van boetes heeft vastgesteld. Ten aanzien van het ontbreken van boetebeleid heeft de Commissie in haar advies in zaak 35 (Sana Direct B.V.) als volgt overwogen:

'De Commissie stelt vast 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 de hoogte van de bestuurlijke boete die het meest doeltreffend is en bovendien in rechte stand kan houden. Dit kan ertoe leiden dat verschillende mogelijkheden worden 'uitgeprobeerd', om te komen tot een uitgebalanceerd toemettingsbeleid. Daartegen bestaat naar het oordeel van de Commissie geen bedenkingen.'

*'Dit neemt echter niet weg dat de 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 de hoogte dient te worden gegeven.'*¹⁹

- 6.38 De Consumentenautoriteit heeft in de randnrs. 159 tot en met 183 van het bestreden besluit 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.
- 6.39 De Commissie is van oordeel dat de Consumentenautoriteit in haar schriftelijke toelichting op het besluit voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de hoogte en omvang van de boetes en dwangsommen niet onredelijk zijn gelet op de ernst van de overtreding en in vergelijking met boetes die door de Consumentenautoriteit in andere zaken zijn opgelegd. Daarbij merkt de Commissie op dat het niet relevant is of consumenten feitelijk zijn benadeeld, zoals al eerder in dit advies is aangegeven.
- 6.40 De Commissie heeft in het voorgaande overwogen dat geen overtreding kan worden geconstateerd van art. 7:46h BW (identiteitsvereiste) en art. 7:46c, eerste lid, onder f (noemen ontbindingstermijn) BW. De Commissie adviseert de Consumentenautoriteit om deze bevindingen in de beslissing op bezwaar te verdisconteren in de hoogte van de boete, de daaraan ten grondslag liggende motivering en de lasten onder dwangsom.

¹⁹ CA/NB/35/112.

De Commissie adviseert de bezwaren van Pretium op dit punt gegrond te verklaren.

- 6.41 Naar het oordeel van de Commissie heeft de Consumentenautoriteit bij het vaststellen van de hoogte van de boete onvoldoende rekening gehouden met boeteverlagende omstandigheden. De uitlatingen van de Consumentenautoriteit in het televisieprogramma Kassa, welke door de voorzieningenrechter onrechtmatig zijn geacht en de uitlatingen van de Consumentenautoriteit in het persbericht van 7 maart 2009 zijn naar het oordeel van de Commissie omstandigheden die aanleiding vormen om de opgelegde boetes voor alle geconstateerde overtredingen met 25 % te verlagen.

De Commissie adviseert de bezwaren van Pretium op dit punt gegrond te verklaren.

Bij het vaststellen van de boete heeft de Consumentenautoriteit de omstandigheid dat verwarring over de duur van de bedenktijd bestond, meegewogen. Pretium heeft gehandeld overeenkomstig door de OPTA uitgevaardigde gedragsregels (CPS van 29 mei 2002) waarin is opgenomen dat in de welkomstbrief een bedenktijd van ten minste 5 werkdagen moet worden vermeld. Gelet op de mogelijke verwarring over de duur van de bedenktijd heeft de Consumentenautoriteit een korting toegepast van 10% op de boetes betrekking hebbende op het vermelden van de bedenktijd. Tijdens de hoorzitting is door Pretium gesteld dat OPTA uitging van vijf werkdagen, twee dagen na het telemarketinggesprek, zodat de bedenktijd in wezen zeven dagen betrof. Nu Pretium deze redenering naar het oordeel van de Commissie niet nader heeft kunnen onderbouwen, ziet de Commissie geen aanleiding om de toegepaste korting van 10% onredelijk te achten.

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

Ad 13. Last onder dwangsom niet voldoende duidelijk en concreet

- 6.42 De Commissie merkt ten aanzien van de eerste last op dat in het voorgaande door de Commissie is overwogen dat geen overtreding kan worden geconstateerd van art. 7:46h BW wat betreft het identiteitsvereiste, hetgeen ook consequenties heeft voor de opgelegde dwangsom. De bezwaren van Pretium op dit punt kunnen dan ook onbesproken blijven.

De Commissie adviseert de bezwaren van Pretium op dit punt gegrond te verklaren.


Voorts heeft Pretium naar het oordeel van de Commissie niet aannemelijk gemaakt dat de last betreffende het duidelijk en ondubbelzinnig meedelen van het commercieel oogmerk niet voldoende duidelijk of concreet zou zijn. Ook de derde last is naar het oordeel van de Commissie zodanig duidelijk en concreet dat Pretium zou moeten weten wat gedaan moet worden om aan de last te voldoen. Overigens heeft de Consumentenautoriteit – anders dan Pretium stelt – en hoewel het daartoe niet gehouden is, aan Pretium handreikingen geboden om aan de verplichtingen van art. 7:46c, eerste lid, onder b, BW te voldoen. Ten aanzien van de tweede last kan de Commissie de stelling van Pretium dat deze last onnodig en disproportioneel is niet volgen, nu de last niet meer van Pretium verlangt dan waartoe de wet haar reeds verplicht.

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

7. Conclusie

- 7.1 Op grond van het bovenstaande adviseert de Commissie het bezwaarschrift van Pretium Telecom B.V. van 12 januari 2009; tegen het besluit van de Consumentenautoriteit van 4 december 2008, kenmerk CA/NB/22/200,
- gegrond te verklaren voor zover dit bezwaarschrift is gericht tegen:
 - de vaststelling van de overtreding van artikel 8.5, tweede lid, Whc juncto artikel 7:46h, eerste lid, juncto 7:46i, eerste lid, BW en de daarvoor opgelegde boete en last onder dwangsom;
 - de vaststelling van de overtreding van artikel 8.5, tweede lid, Whc juncto artikel 7:46c, eerste lid, aanhef onder f, juncto 7:46i, eerste lid, BW (noemen ontbindingstermijn) en de daarvoor opgelegde boete en last onder dwangsom;
 - de hoogte, omvang en motivering van de boetes en dwangsommen.
 - voor het overige ongegrond te verklaren.
- 7.2 Het advies is aldus vastgesteld te Den Haag op 1 september 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. H.D. Tolsma (extern lid en secretaris).

Namens de Commissie,
de voorzitter,



Prof. mr. W.H. van Boom

