

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/COL/2012/201186_OV

Zaaknummer: 11.0178.37.1.01

Datum: 24 april 2012

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op het bezwaar van Pretium Telecom B.V. gericht tegen zijn besluit van 17 oktober 2011, inzake een boete wegens overtreding van de telemarketingregelgeving.

1 Samenvatting

1. Op 17 oktober 2011 heeft het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) een besluit¹ genomen waarin aan Pretium Telecom B.V. (hierna: Pretium) een boete is opgelegd wegens overtreding van artikel 11.7, vierde lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) (oud). Pretium heeft op 9 november 2011 bezwaar gemaakt tegen dit besluit (hierna: het bestreden besluit). Het college verklaart alle bezwaren van Pretium ten aanzien van het bestreden besluit ongegrond.
2. In dit besluit wordt in het navolgende eerst ingegaan op het verloop van de procedure (paragraaf 2), de inhoud van het bestreden besluit (paragraaf 3) en het juridisch kader (paragraaf 4). Vervolgens wordt ingegaan op de uitspraak van de voorzieningenrechter (paragraaf 5), de bezwaren van Pretium (paragraaf 6), de zienswijze van Pretium ten aanzien van de door het college toegevoegde stukken (paragraaf 7) en de onbetwiste feiten (paragraaf 8). In de daarop volgende paragraaf wordt ingegaan op de overwegingen van het college (paragraaf 9) en wordt een conclusie hiervan gegeven (paragraaf 10). In paragraaf 11 staan de overwegingen van het college ten aanzien van de publicatie van onderhavig besluit. Ten slotte volgt het dictum (paragraaf 12).

2 Verloop van de procedure

3. Voor de procedure tot 17 oktober 2011 verwijst het college naar het boetebesluit van 17 oktober 2011.²
4. Bij besluit van 17 oktober 2011 heeft het college aan Pretium een boete opgelegd wegens het overtreden van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud).
5. Bij fax van 25 oktober 2011³ heeft Pretium aangegeven dat zij van mening is dat het boetebesluit niet gepubliceerd dient te worden nu de inhoud bedrijfsvertrouwelijk en onrechtmatig is.
6. Bij brief van 26 oktober 2011⁴ heeft het college aan Pretium kenbaar gemaakt dat hij desalniettemin voornemens is het boetebesluit op 9 november 2011 te publiceren.

¹ Kenmerk OPTA/ACNB/2011/202390.

² Zie bestreden besluit, randnummers 4 - 19.

³ Kenmerk PRETL-0240/corr.

⁴ Kenmerk OPTA/ACNB/2011/202480.

Besluit Openbaar

7. Bij fax van 9 november 2011⁵ heeft Pretium pro forma bezwaar ingediend tegen het besluit van het college van 17 oktober 2011. Het college heeft de ontvangst van dit bezwaarschrift bevestigd,⁶ een termijn gesteld om het bezwaarschrift aan te vullen en de beslissing op bezwaar verdaagd met zes weken.⁷
8. Op 9 november 2011 heeft Pretium zich tot de voorzieningenrechter van de rechtbank Rotterdam gewend met het verzoek een voorlopige voorziening (hierna: de voorlopige voorziening) te treffen inzake de publicatie van het besluit van het college van 17 oktober 2011. Na zitting op 9 december 2011 heeft de voorzieningenrechter op 22 december 2011 uitspraak gedaan (hierna: uitspraak van de voorzieningenrechter).⁸ Het college heeft op grond van deze uitspraak afgezien van publicatie van zijn besluit van 17 oktober 2011.
9. Op 10 januari 2012 heeft Pretium telefonisch uitstel gevraagd van de termijn waarin het pro forma bezwaarschrift aangevuld diende te worden met gronden. Het college heeft dit toegezegd, hetgeen schriftelijk is bevestigd bij brief van 13 januari 2012.⁹ Tevens heeft Pretium aangegeven geen gebruik te maken van de mogelijkheid om het bezwaarschrift mondeling toe te lichten in een hoorzitting.
10. Bij brief van 23 januari 2012¹⁰ heeft Pretium de gronden bij het ingediende bezwaarschrift aangevuld.
11. Bij brief van 29 maart 2012¹¹ heeft het college een aantal stukken aan het dossier toegevoegd. Op 2 april 2012 heeft Pretium per fax om uitstel gevraagd van de termijn voor het indienen van haar zienswijze hierop. Een medewerkster van het college heeft op 4 april 2012 telefonisch contact gehad met de gemachtigde van Pretium en aangegeven dat uitstel mogelijk is, maar gepaard gaat met opschorting van de termijn tot het nemen van een beslissing op bezwaar. Pretium heeft bij fax van 10 april 2012¹² haar zienswijze op de toegevoegde documenten kenbaar gemaakt. Hierbij heeft zij aangegeven dat haar eerdere verzoek tot uitstel van de termijn hiermee komt te vervallen. Ook heeft zij aangegeven geen gebruik te willen maken van de mogelijkheid om deze zienswijze mondeling toe te lichten in een hoorzitting. Het college heeft de ontvangst hiervan per mail bevestigd op 11 april 2012.¹³

3 Het bestreden besluit

12. In het bestreden besluit heeft het college aan Pretium een boete van [PASSAGE VERWIJDERD IN VERBAND MET UITSRPAAK RECHTBANK] opgelegd voor overtreding van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud).
13. De boete is opgelegd omdat Pretium in de periode van [PASSAGE VERWIJDERD IN VERBAND MET UITSRPAAK RECHTBANK] een groot aantal commerciële verkoopgesprekken heeft gevoerd dan wel heeft

⁵ Kenmerk Zaaknummer 11.0178.37 Bezwaar tegen het besluit van 17 oktober 2011.

⁶ Bij brief van 11 november 2011 met kenmerk OPTA/ACNB/2011/202666.

⁷ Bij brief van 15 november 2011 met kenmerk OPTA/ACNB/2011/202687.

⁸ Kenmerk 11/4907 TELEC SCHV.

⁹ Kenmerk OPTA/ACNB/2012/200065.

¹⁰ Kenmerk PRETL.0240.

¹¹ Kenmerk OPTA/ACNB/2012/200583.

¹² Kenmerk PRETL-0240\corr.

¹³ Welke tevens op 12 april 2012 per brief met kenmerk OPTA/ACNB/2012/201141 is bevestigd.

Besluit Openbaar

laten voeren, waarin zij het recht van verzet niet op de vereiste wijze aangeboden, dan wel laten aanbieden, waar dat wel had gemoeten.

4 Juridisch Kader

14. Voor het juridisch kader verwijst het college korthedshalve naar bijlage 1. Deze bijlage bevat de relevante wetsartikelen uit de Tw over de telemarketingregelgeving, de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) over de bevoegdheden van het college en de Wet openbaarheid bestuur (hierna: Wob) over de openbaarmaking. Tevens zijn de belangrijkste punten weergegeven uit de voor de overtreding toepasselijke Boetebeleidsregels.¹⁴

5 Uitspraak van de voorzieningenrechter

15. Op 9 november 2011 heeft Pretium zich tot de voorzieningenrechter gewend met het verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening. Pretium heeft als gronden voor dit verzoek aangevoerd dat het dossier onvolledig is, nu hierin ontlastend materiaal ontbreekt. Ook voert Pretium aan dat het boetebesluit onrechtmatig is. Volgens Pretium had de belangenafweging van het college ertoe moeten leiden dat de publicatie van het boetebesluit werd opgeschort.
16. De rechter heeft bevestigd dat het recht van verzet actief en uit eigener beweging moet worden aangeboden. Van strijd met het rechtszekerheidsbeginsel is in deze procedure volgens de rechter geen sprake. Ook heeft de rechter gesteld dat het in beginsel aan de onderzoekende toezichthoudend ambtenaar is om te bepalen welke onderzoekshandelingen er verricht moeten worden en welk bewijsmateriaal hij aan zijn bevindingen ten grondslag legt. De tweede set gesprekken¹⁵ is naar het oordeel van de voorzieningenrechter in ieder geval niet verkregen op een wijze die zozeer indruist tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht, dat het gebruik van dit bewijsmateriaal ontoelaatbaar moet worden geacht.
17. Desondanks heeft de rechter geoordeeld dat het college niet tot publicatie mocht overgaan van het bestreden besluit wegens onvoldoende zorgvuldig onderzoek en het (mede daardoor) ontbreken van een toereikende motivering. Hierbij heeft de rechter aangegeven dat er bij hem gerede twijfel is ontstaan over de vraag of het bewijs voldoende representatief is voor de wijze waarop Pretium het recht van verzet heeft aangeboden gedurende de onderzoeksperiode. Ook heeft de rechter gesteld dat niet valt uit te sluiten dat het college een ongerechtvaardigd onderscheid heeft gemaakt tussen Pretium en met haar gelijk te stellen marktpartijen, nu zij enkel Pretium heeft beboet voor het niet aanbieden van het recht van verzet in de periode waarop het bestreden besluit ziet.

6 Bezwaren

18. Pretium heeft bezwaar gemaakt tegen het besluit van het college van 17 oktober 2011. Zij stelt zich op het standpunt dat het besluit niet in stand kan blijven en door het college vernietigd dan wel herroepen dient te worden.

¹⁴ Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA), *Stcrt* (29 juli) 2005, nr.145, p. 11.

¹⁵ Welke gesprekken het college heeft verkregen van de Consumentenautoriteit, zie randnummer 13 van het bestreden besluit.

Besluit Openbaar

19. Pretium stelt dat het besluit is gebaseerd op een onjuiste uitleg van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud). Daarnaast heeft het college volgens Pretium gehandeld in strijd met beginselen van rechtszekerheid en vertrouwen. Tevens geeft Pretium aan dat zij het onderzoek onvolledig en ondeugdelijk acht. Ook is Pretium van oordeel dat er geen bewijs, althans onrechtmatig verkregen bewijs, van enige overtreding aanwezig is. Ten aanzien van de sanctieoplegging stelt Pretium dat dit ten onrechte is gedaan en in strijd met het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur. Ook de hoogte van de opgelegde sanctie acht Pretium willekeurig en disproportioneel. Tot slot stelt Pretium zich op het standpunt dat het besluit van het college tot openbaarmaking van het boetebesluit onrechtmatig is.

7 Zienswijze Pretium ten aanzien van de toegevoegde stukken

20. Pretium is primair van oordeel dat het college in het kader van het onderzoek ten onrechte ontlastend materiaal buiten beschouwing heeft gelaten en aldus in strijd met artikel 3:2 Awb heeft gehandeld. Het alsnog in bezwaar toevoegen van bepaalde documenten doet daar naar het oordeel van Pretium niet aan af. Subsidiair stelt Pretium zich in de door haar naar voren gebrachte zienswijze (hierna: de zienswijze) op het standpunt dat aan het dossier in bezwaar louter ontlastend materiaal kan worden toegevoegd.
21. Ook is Pretium van oordeel dat haar de mogelijkheid tot het geven van een zienswijze op de toegevoegde documenten wordt onthouden nu de stukken niet volledig zijn. Hierdoor wordt Pretium naar eigen zeggen geschaad in haar recht op verdediging als bedoeld in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens. Tot slot stelt Pretium dat uit de toegevoegde documenten duidelijk blijkt dat het college naar haar oordeel een ongerechtvaardigd onderscheid heeft gemaakt tussen Pretium en andere marktpartijen.

8 Onbetwiste feiten

22. De volgende feiten zijn in bezwaar niet door Pretium weersproken of betwist en worden door het college als vaststaand beschouwd.
23. De bestuurder en enig aandeelhouder van Pretium is de rechtspersoon Deus Ex Machina B.V. (hierna: D.E.M.). [vertrouwelijk] is bestuurder van D.E.M.. Pretium levert telefoondiensten via zogenoemde Carrier Preselectie en Wholesale Line Rental.
24. Pretium promoot voornoemde dienstverlening middels telemarketing. Dit heeft zij gedurende de gehele onderzoeksperiode gedaan. Bij de uitvoering van deze telemarketingactiviteiten in de onderzoeksperiode heeft Pretium een aantal externe callcenters ingeschakeld die uit naam en in opdracht van haar verkoopgesprekken voerden.¹⁶
25. Een toezichthoudend ambtenaar van het college belast met het onderzoek (hierna: de rapporteur) heeft het aanbieden van het recht van verzet in de onderzoeksperiode onder andere onderzocht aan de hand van drie sets gespreksopnamen. De eerste set heeft Pretium op grond van een informatievordering aan het college verstrekt.¹⁷ De set bestaat uit 253 gesprekken¹⁸ die zijn gevoerd tussen 19 maart 2007 en 8 juli

¹⁶ Zie onderzoeksrapport, randnummer 63.

¹⁷ Zie bestreden besluit, randnummers 10 en 11.

¹⁸ In randnummers 30 en 43 van het onderzoeksrapport is ten onrechte opgenomen dat het gaat om 235 gesprekken. Het betreft hier een kennelijke verschrijving. Deze verschrijving is in voetnoot 2 van het bestreden besluit reeds geadresseerd.

Besluit Openbaar

2008. De tweede set heeft het college opgevraagd bij de Consumentenautoriteit (hierna: CA).¹⁹ Deze set bestaat uit 717 gesprekken die zijn gevoerd tussen 6 maart 2009 en 12 april 2009. De derde set heeft Pretium aan het college verstrekt in het kader van een civiele procedure tussen het college en Pretium.²⁰ Deze set bestaat uit 245 gesprekken die zijn gevoerd in de periode tussen 2 juni 2009 en 29 juni 2009.

26. In ruim 95% van de gesprekken uit de derde set waarin het recht van verzet had moeten worden aangeboden²¹ wordt het recht van verzet door Pretium aangeboden middels een bandje dat wordt gestart na afloop van het gesprek. Op het bandje wordt de volgende tekst uitgesproken:

*“Het bedrijfsleven heeft regels opgesteld ten aanzien van het voeren van telemarketinggesprekken met consumenten. Op grond daarvan dient de consument in elk telemarketinggesprek de mogelijkheid te worden geboden om bezwaar te maken tegen het verder gebruik van zijn of haar telefoonnummer door Pretium Telecom. U kunt u daarvoor registreren via de website www.uwtelemarketingrechten.nl. Dit bericht wordt automatisch één maal herhaald, mocht u het eerder willen stoppen dan kunt u het gesprek gewoon beëindigen.”*²²

27. Op 29 mei 2007 heeft brancheorganisatie Dutch Dialogue Marketing Association (hierna: DDMA) in een voorlichtingsbijeenkomst twee implementatievormen voor het aanbieden van het recht van verzet voorgesteld aan marktpartijen (hierna: het implementatievoorstel).²³
28. Het college heeft in 2008 met diverse marktpartijen contact gehad omtrent de telemarketingregelgeving, specifiek omtrent de uitleg en naleving van het aanbieden van het recht van verzet zoals neergelegd in artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud). In dit kader is een aantal signalerende brieven verzonden en is, mede naar aanleiding van hun reactie, met een aantal marktpartijen vervolgens een dialoog gevoerd.

9 Overwegingen

9.1 Uitleg van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud).

29. Pretium stelt in haar bezwaarschrift dat het college in het bestreden besluit de norm van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud), op onjuiste wijze heeft uitgelegd en toegepast. Primair stelt Pretium dat de norm niet vereist dat het recht van verzet actief werd aangeboden. Subsidiair stelt Pretium dat het college de onjuiste conclusie heeft getrokken dat het door Pretium gebruikte bandje, voor het aanbieden van het recht van verzet, onvoldoende zou zijn.

9.1.1 Actief aanbieden van het recht van verzet

30. Pretium stelt in haar bezwaarschrift dat het actief aanbieden van het recht van verzet pas op 1 oktober 2009 als wettelijke verplichting is geïntroduceerd bij de invoering van artikel 11.7, tweede lid, Tw (nieuw). Volgens Pretium miskent het college dit. Dat het college na consultatie reeds in 2006 een standpunt heeft

¹⁹ Zie bestreden besluit, randnummer 13.

²⁰ Zie bestreden besluit, randnummer 12.

²¹ Zie bestreden besluit, randnummer 27.

²² Zie bestreden besluit, randnummer 70.

²³ Zie bijlage 3c, van het aanvullend bezwaarschrift. Pretium verwijst naar dit implementatievoorstel van DDMA in haar bezwaarschrift als 'de industriestandaard'.

Besluit Openbaar

ingenomen²⁴ (hierna: Standpunt Telemarketing 2006) waarin hij stelt dat het recht van verzet actief aangeboden dient te worden, zou daar volgens Pretium niet aan af doen.²⁵

31. De relevante passage van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud) stelt dat: *“de abonnee (...) bij elke overgebrachte communicatie de mogelijkheid wordt geboden om verzet aan te tekenen tegen het verder gebruik van zijn elektronische contactgegevens. Aan de abonnee worden in dat geval geen kosten in rekening gebracht van voorzieningen waarmee wordt voorkomen dat hem een ongevraagde communicatie wordt overgebracht.”*
32. Voorafgaand aan de gedragingen van Pretium die hebben geleid tot het boeteonderzoek heeft het college in zijn Standpunt Telemarketing 2006 uitleg gegeven aan de norm van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud). Die uitleg behelst kort gezegd dat naar zijn oordeel alleen uitvoering wordt gegeven aan deze norm, als de mogelijkheid om verzet aan te tekenen direct, actief en uit eigener beweging wordt geboden.
33. Het college baseert zich daarbij onder meer op de wetsgeschiedenis bij de totstandkoming van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud):

*“(...) Het betrokken bedrijf dient de consument namelijk in elk gesprek actief de mogelijkheid te bieden om door te geven dat hij niet meer door dat bedrijf of die organisatie gebeld wil worden. (...)”*²⁶ [onderlijning door het college].

*“(...) Artikel 11.7 vierde lid Telecommunicatiewet bepaalt dat aan de consument bij ieder telemarketinggesprek actief de mogelijkheid moet worden geboden om verzet aan te tekenen tegen verder gebruik van zijn elektronische contactgegevens door of namens adverteerder. (...)”*²⁷ [onderlijning door het college].

en:

*“Gelet op de overlast die wordt veroorzaakt door de in artikel 11.7, vierde lid bedoelde vormen van ongevraagde communicatie (bijvoorbeeld telemarketing), dient het de abonnee zo eenvoudig mogelijk te worden gemaakt zich te verzetten tegen deze vorm van ongevraagde communicatie. Dat kan door hem bij elke overgebrachte communicatie de mogelijkheid aan te bieden om zich te verzetten tegen het verder gebruik van zijn elektronische contactgegevens.”*²⁸ [onderlijning door het college].

34. Pretium onderbouwt haar argumentatie deels door te stellen dat het actief aanbieden van het recht van verzet pas uit de herziening van de wet in 2009 is voortgekomen.²⁹ De wetgever heeft bij de herziening van de wet slechts een meer expliciete vorm gegeven aan de wettelijke bepaling, zonder daar een nieuwe betekenis aan toe te kennen. Dit heeft hij gedaan door het gedeeltelijk herschikken van de woordelijke omschrijving van de norm. Daardoor ontstaat echter geen werkelijk nieuwe norm. De conclusie dat die

²⁴ Zie: Definitief Standpunt Telemarketing, 16 mei 2006. Gepubliceerd op 17 mei 2006 op www.opta.nl.

²⁵ Zie hoofdstuk III, paragraaf A.1, nr. 3.5, van het aanvullend bezwaarschrift.

²⁶ Zie *Kamerstukken II*, 2004/05, Aanhangsel van de Handelingen, 2432, p. 4905 e.v..

²⁷ Zie *Kamerstukken II*, 2004/05, Aanhangsel van de Handelingen, 228, p. 477 e.v..

²⁸ Zie de toelichting bij het amendement van het lid Van Dam, *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 851, nr. 14.

²⁹ Zie hoofdstuk III, paragraaf A.1, nrs. 3.6 en 3.7, van het aanvullend bezwaarschrift.

Besluit Openbaar

verplichtingen niet al uit de oude norm voortvloeiden, mag aan dit gegeven derhalve niet worden verbonden. Het college overweegt dat Pretium die conclusie wel getrokken heeft, in weerwil van de wetsgeschiedenis zoals die hierboven is weergegeven.

35. Pretium stelt verder in haar bezwaarschrift dat de hierboven aangehaalde wetsgeschiedenis geen duidelijkheid verschaft over de vraag of het voormalig recht van verzet dat volgt uit artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud), actief moest worden aangeboden.³⁰ Naar het oordeel van het college is de wetgever daarin wel degelijk duidelijk geweest. Zoals hierboven omschreven is dat standpunt op meerdere punten in de wetsgeschiedenis bevestigd. Formuleringen van de wetgever als “*actief de mogelijkheid te bieden*” en “*de mogelijkheid aan te bieden om zich te verzetten*”³¹ laten geen ruimte voor andere interpretatie. Er moet een mogelijkheid zijn tot verzet en die mogelijkheid moet *actief worden geboden*, of, in een andere formulering met dezelfde betekenis: *door [...] de mogelijkheid aan te bieden*.
36. Nu de wet voldoende duidelijk is moet de onduidelijkheid waarin Pretium naar eigen zeggen zou hebben verkeerd, voor haar eigen rekening komen. Eens te meer omdat het college in zijn Standpunt Telemarketing 2006 op een heldere, en niet voor meerdere interpretaties vatbare wijze, duidelijkheid heeft verschaft.
37. Pretium impliceert dat het college met zijn Standpunt Telemarketing 2006, ten aanzien van actief aanbieden, verder is gegaan dan datgene dat de wetgever heeft beoogd. Uit bovenstaande volgt reeds dat deze stelling onjuist is. In zijn Standpunt Telemarketing 2006 heeft het college geen uitbreiding van de norm aangebracht. Het college heeft simpelweg de juridische stand van zaken weergegeven. Deze vloeit voort uit de wet en de wetsgeschiedenis. Daarmee heeft het college zich uitsluitend binnen het kader van de norm van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud), bewogen.
38. De lijn die het college heeft gevoerd in zijn Standpunt Telemarketing 2006 ten aanzien van het actief aanbieden van het recht van verzet is door de voorzieningenrechter in haar uitspraak onderschreven.³² Onlangs heeft de rechtbank deze uitleg bevestigd.³³
39. Op grond van het voorgaande oordeelt het college dat het bezwaar van Pretium ten aanzien van het actief aanbieden van het recht van verzet,³⁴ niet slaagt.

9.1.2 Indirecte verzetsmogelijkheid

40. Het college heeft door middel van het Standpunt Telemarketing 2006 haar zienswijze bekendgemaakt omtrent de uitleg van de destijds van kracht zijnde wetgeving. Ten aanzien van het aanbieden van het recht van verzet wordt in voornoemde document gesproken over een “absoluut recht van verzet”. Dit absoluut recht van verzet houdt in dat op onvoorwaardelijke wijze, direct en zonder kosten de keuze van abonnees

³⁰ Zie hoofdstuk III, paragraaf A.1, nr. 3.8, van het aanvullend bezwaarschrift.

³¹ Zie de toelichting bij het amendement van het lid Van Dam, *Kamerstukken II, 2002/03, 28 851*, nr. 14.

³² Uitspraak voorzieningenrechter, r.o. 2.6.1.

³³ Rechtbank Rotterdam, 16 februari 2012, *LJN BV6137*, r.o. 2.4.4.

³⁴ Zie hoofdstuk III, paragraaf A.1, van het aanvullend bezwaarschrift.

Besluit Openbaar

dient te worden gerespecteerd. Het college heeft in randnummers 33 en 35 van dit besluit verwezen naar de daarbij relevante wetsgeschiedenis. Bovendien heeft ook de voorzieningenrechter dit oordeel bevestigd.³⁵

41. Het college sluit niet op voorhand uit dat middels een geautomatiseerde gesproken boodschap (hierna: bandje) aan het eind van een gesprek een wetconforme verzetsmogelijkheid kan worden aangeboden. Of daarmee op juiste wijze het recht van verzet wordt aangeboden is afhankelijk van de wijze van implementatie van het systeem dat in het recht van verzet moet voorzien. Er moet bij elke overgebrachte communicatie de mogelijkheid aangeboden worden om zich te verzetten. Ten overvloede: in de wetsgeschiedenis wordt hierbij aangegeven dat dit voor abonnees zo eenvoudig mogelijk dient te worden gemaakt.³⁶ Naar het oordeel van het college dienen adverteerders en de door hen ingeschakelde callcenters die expliciete wens van de wetgever te respecteren, en daar rekening mee te houden in hun bedrijfsvoering.
42. Het college oordeelt dat de wijze waarop Pretium gebruik maakte van een bandje niet voldoet aan de wet. Pretium koos ervoor om in het bandje slechts te verwijzen naar een lange URL³⁷. Door middel van dit bandje wordt de abonnee niet op eenvoudige, onvoorwaardelijke wijze, direct en kosteloos het recht van verzet aangeboden. Pretium biedt abonnees een mogelijkheid om zich door middel van registratie via een externe website te verzetten tegen de ongevraagde verkoopgesprekken van Pretium.
43. Het college beoordeelt dergelijke omslachtige procedures niet als direct en kosteloos. Het kost immers tijd en moeite om te registreren. Bovendien vereist deze door Pretium ingerichte wijze van afmelden toegang tot internet, waar kosten mee gemoeid zijn. Van daadwerkelijk aanbieden van het recht van verzet is in dit geval geen sprake. De implementatie van een bandje zoals toegepast door Pretium levert derhalve geen naleving op van de plicht om het recht van verzet aan te bieden.
44. Dat was anders geweest als Pretium ervoor had gekozen om bij de inrichting van een dergelijk bandje te zorgen dat tijdens het af luisteren ervan *daadwerkelijk* verzet kon worden aangetekend. Bijvoorbeeld had tijdens het beluisteren van het bandje de mogelijkheid geboden kunnen worden om door op '1' te drukken het recht van verzet te benutten. Dergelijke systemen³⁸ zijn wijdverbreid beschikbaar en worden op grote schaal voor diverse, vergelijkbare doeleinden toegepast. Overigens heeft de DDMA deze mogelijkheid ook

³⁵ Vgl. rechtbank Rotterdam, 1 juni 2011, AWB 11/1753 TELECOM WILD, r.o. 2.4.2. De voorzieningenrechter oordeelt in deze uitspraak dat uit de tekst van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw (nieuw) en ook uit de wetsgeschiedenis niet anders kan worden opgemaakt dan dat het recht van verzet actief, direct en uit eigener beweging dient te worden aangeboden. Nu de wetswijziging van de Tw materieel geen wijziging aan de strekking van de wet op dit punt heeft aangebracht (zie tevens randnummer 34 van dit besluit), gaat dit oordeel tevens op voor artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud).

³⁶ Zie de toelichting bij het amendement van het lid Van Dam, *Kamerstukken II, 2002/03, 28 851, nr. 14*: "*Gelet op de overlast die wordt veroorzaakt door de in artikel 11.7, vierde lid bedoelde vormen van ongevraagde communicatie (bijvoorbeeld telemarketing), dient het de abonnee zo eenvoudig mogelijk te worden gemaakt zich te verzetten tegen deze vorm van ongevraagde communicatie. Dat kan door hem bij elke overgebrachte communicatie de mogelijkheid aan te bieden om zich te verzetten tegen het verder gebruik van zijn elektronische contactgegevens.*". [onderlijning door het college].

³⁷ Dit is een gestructureerde naam die verwijst naar specifieke data, in dit geval een webpagina. In deze naam is alle informatie opgenomen over de benodigde techniek om de betreffende gegevens te bereiken.

³⁸ Bedoeld worden Interactive Voice Response (IVR) systemen: een telefonische toepassing om opdrachten via telefoontoetsen of de stem door een computer uit te laten voeren.

Besluit Openbaar

in haar implementatievoorstel opgenomen als vorm voor het aanbieden van het recht van verzet. Het college is door de branche op geen enkele wijze betrokken bij het opstellen van dit implementatievoorstel.

45. Het college is van oordeel dat niets van zijn handelen maakt dat Pretium er op mocht vertrouwen dat de voorschriften uit het implementatievoorstel in overeenstemming waren met de norm die volgt uit de wet. Dat Pretium stelt dat het college ingestemd heeft met het implementatievoorstel, of daarvan op de hoogte was en geen bezwaar heeft gemaakt daartegen doet daar niet aan af. In onderdeel 9.2.1 zal het college gemotiveerd weerleggen dat Pretium er op mocht vertrouwen dat het college het implementatievoorstel zou hebben geaccepteerd als normconforme interpretatie van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud). Het gegeven dat de uitleg door het college van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud) volgens Pretium haaks zou staan op het implementatievoorstel, is in dit kader derhalve niet van belang. Het college concludeert dat voor zover Pretium heeft vertrouwd op het implementatievoorstel, de gevolgen van het hanteren van de norm uit het implementatievoorstel geheel en al voor haar eigen rekening komt.
46. Pretium stelt dat uit het primaire besluit van 5 juli 2010 van het college in de procedure tegen een andere marktpartij³⁹ zou blijken dat er geen bezwaar bestond om door middel van een bandje het recht van verzet aan te bieden. Het college onderschrijft die visie. Hij heeft het gebruik van een bandje niet uitgesloten. Echter daarmee is niet gezegd dat *iedere* implementatie die gebruik maakt van een bandje *altijd* aan de norm voldoet.
47. Wanneer (het gebruik van) een bandje of welke andere methodiek dan ook niet voldoet aan de criteria die volgen uit de wet, dan is de implementatie simpelweg niet in overeenstemming met de gestelde norm. Die criteria zijn nota bene door het college duidelijk weergegeven in zijn Standpunt Telemarketing 2006. Dat in het sanctiebesluit van deze andere marktpartij door het college niet is ingegaan op die criteria is niet van belang. In dat besluit werd al een fatale overtreding van de norm vastgesteld voordat het college aan die beoordeling toekwam.
48. Op grond van het voorgaande oordeelt het college dat het bezwaar van Pretium ten aanzien van de indirecte verzetsmogelijkheid,⁴⁰ niet slaagt.

9.1.3 Conclusie ten aanzien van de uitleg van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud)

49. Gelet op al het voorgaande concludeert het college dat alle bezwaren van Pretium betreffende de uitleg van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud) ongegrond zijn.

9.2 Handelwijze college

9.2.1 Rechtszekerheidsbeginsel

50. Pretium stelt in haar aanvullend bezwaarschrift dat het college zich in zijn primaire besluit ten onrechte distantieert van het implementatievoorstel, en dat hij een norm formuleert ter invulling van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud) die destijds niet kenbaar was.⁴¹

³⁹ Besluit met kenmerk OPTA/ACNB/2010/201930.

⁴⁰ Zie hoofdstuk III, paragraaf A.2, van het aanvullend bezwaarschrift.

Besluit Openbaar

51. Pretium stelt in haar aanvullend bezwaarschrift dat door de telemarketingbranche in overleg met OPTA is gewerkt aan het implementatievoorstel waarin beide partijen zich konden vinden.⁴² Volgens Pretium is er sprake van 'betrokkenheid' van OPTA bij de totstandkoming van, en 'commitment' aan, deze norm.⁴³
52. Dat zou, kort gezegd, moeten blijken uit de volgende door Pretium aangevoerde feiten en omstandigheden. Het college zou het aan de telemarketingbranche hebben overgelaten hoe zij de afmeldmogelijkheid vorm gaf, waarbij hij het oordeel heeft gehad dat het goed zou zijn als er vanuit de branche richting zou worden gegeven aan de individuele bedrijven. Het college zou een presentatie hebben gekregen van de DDMA over haar implementatievoorstel, elders benoemd als "*28-03-2007 Persoonlijke mededeling sector aan OPTA over praktijktoepassing*". Verder heeft het college afgezien van nadere minimumvereisten ter zake van de invulling van het recht van verzet. Ook zou het college structureel overleg hebben gevoerd met de telemarketingbranche om het implementatievoorstel aan te passen op grond van artikel 11.7, twaalfde lid, Tw (nieuw).⁴⁴
53. Het college heeft, zoals weergegeven in het aanvullend bezwaarschrift, de praktische invulling aan de markt overgelaten. Daarbij heeft het college het oordeel gegeven dat het goed zou zijn geweest als er vanuit de brancheorganisatie richting zou zijn gegeven. Daarmee heeft het college enkel de branche als collectief aangespoord de handschoen op te pakken. Het college heeft geen initiatief genomen tot het maken van een implementatievoorstel, en is niet betrokken geweest bij de vorming daarvan.
54. Uit de stukken die zijn overlegd door Pretium blijkt geen betrokkenheid van het college. Voor zover wordt gesteld⁴⁵ dat de vorming van het implementatievoorstel in overleg met hem heeft plaatsgehad weerspreekt het college dat. Van overleg is geen sprake geweest, laat staan dat een afrondend overleg aan de orde kan zijn geweest.
55. Het is het college onduidelijk waarop brancheorganisatie DDMA doelt,⁴⁶ wanneer zij spreekt over: "*De sector heeft OPTA geïnformeerd over mogelijke praktijktoepassingen, mede op basis van de uitkomst van evaluaties*"⁴⁷ en "*28-03-2007 Persoonlijke mededeling sector aan OPTA over praktijktoepassing*".⁴⁸ Uit de stukken blijkt niet dat er daadwerkelijk sprake is geweest van een presentatie of een boodschap in een andere vorm aan (medewerkers van) het college, laat staan dat bekend is wat de inhoud van die boodschap aan (medewerkers van) het college is geweest en welke betekenis daar aan zou kunnen worden gehecht.
56. Het college overweegt dat hij nooit, of althans niet op juiste wijze, is geïnformeerd over een implementatievoorstel. Er is derhalve geen grond om aan te nemen dat hij redelijkerwijs weet had moeten hebben van het bestaan, de inhoud, omvang, status en betekenis van een implementatievoorstel. Het

⁴¹ Zie hoofdstuk III, paragraaf B.1, nr. 3.28, van het aanvullend bezwaarschrift.

⁴² Zie hoofdstuk III, paragraaf B.1, nr. 3.27, van het aanvullend bezwaarschrift.

⁴³ Zie hoofdstuk III, paragraaf B.1, nr. 3.29, van het aanvullend bezwaarschrift.

⁴⁴ Zie hoofdstuk III, paragraaf B.1, nr. 3.29, van het aanvullend bezwaarschrift, alsmede hoofdstuk II, nr. 2.2, van het aanvullend bezwaarschrift.

⁴⁵ Zie hoofdstuk III, paragraaf B.1, nr. 3.29, sub (iii), van het aanvullend bezwaarschrift.

⁴⁶ Zie bijlage 3c, van het aanvullend bezwaarschrift.

⁴⁷ Zie bijlage 3c, pagina 2, van het aanvullend bezwaarschrift.

⁴⁸ Zie bijlage 3c, pagina 8, van het aanvullend bezwaarschrift.

Besluit Openbaar

implementatievoorstel behelst niet meer dan de contouren van een aanpak die voorgesteld is door de brancheorganisatie.⁴⁹ De brancheorganisatie heeft die 'industriestandaard' klaarblijkelijk zelf ook nooit als zodanig betiteld. Dit wordt bevestigd in de presentatie door de DDMA, waarbij in de inleiding wordt gesproken over 'een voorstel tot uniforme invulling van het recht van verzet' en 'dit voorstel voor de *Telemarketing Bijsluiter*'. Van een wijdverbreide, breedgedragen en eenvormige toepassing door het merendeel van de branche die het predicaat 'industriestandaard' zou moeten dragen is niet gebleken.

57. De totstandkoming van het implementatievoorstel is uitsluitend de verantwoordelijkheid van de brancheorganisatie. Dat het college heeft aangedrongen op een geharmoniseerde aanpak doet daar niet aan af. Daarbij overweegt het college dat het niet op zijn weg lag om zich op enige wijze te verzetten tegen het implementatievoorstel. Hij is daarmee nooit zodanig bekend geweest dat hij dat noodzakelijkerwijs had moeten doen. Ook de fax van 25 mei 2007, die Pretium heeft verzonden aan het college,⁵⁰ doet daar niet aan af.⁵¹
58. Het college overweegt dat uit het uitblijven van verdere minimum vereisten geen impliciet waardeoordeel kan worden afgeleid over de juistheid van het implementatievoorstel. Het opstellen van nadere vereisten zou pas aan de orde zijn gekomen indien de bestaande normen niet toereikend zouden zijn. Naar het oordeel van het college zijn de in de wet en in het Standpunt Telemarketing 2006 gestelde normen helder en duidelijk geweest. Dat er geen noodzaak is gezien tot het opstellen van nadere minimumvereisten heeft naar het oordeel van het college louter te maken met de toereikendheid van de normen. In die afweging betreft het college het implementatievoorstel, of welk ander initiatief, in zijn geheel niet. In tegenstelling tot wat Pretium stelt⁵² is het niet uitvaardigen van nadere minimum kwaliteitseisen op generlei wijze een erkenning van de juistheid of rechtskracht van het implementatievoorstel.
59. Het college overweegt dat hij er nimmer aanleiding toe heeft gegeven om aan te nemen dat een andere norm zou vigeren dan de norm die volgt uit de wet. In tegendeel, het college heeft met zijn Standpunt Telemarketing 2006 een duidelijke en heldere uitleg gegeven van zijn opvatting van de wettelijke norm. De voorgeschreven toepassing uit het implementatievoorstel is op geen enkele wijze aan het college toe te schrijven. Het college concludeert derhalve dat er grote mate van rechtszekerheid moest bestaan omtrent de geldende norm. Dat oordeel is bevestigd in de uitspraak van de voorzieningenrechter.⁵³

9.2.2 Vertrouwensbeginsel

60. Pretium stelt in haar aanvullend bezwaarschrift dat het college zonder voorbehoud akkoord is gegaan met haar voornemen om het implementatievoorstel toe te passen, en dat zij er op mocht vertrouwen dat het college akkoord ging met de aanpassingen in haar werkwijze.⁵⁴

⁴⁹ Zie bijlage 3c, pagina 3, van het aanvullend bezwaarschrift. Hier staat: "*in navolging van de financiële bijsluiter is er het voorstel van de sector voor een telemarketing bijsluiter*". [onderlijning door het college].

⁵⁰ Zie bijlage 9 van het onderzoeksrapport.

⁵¹ Zie paragraaf 9.2.2 van dit besluit.

⁵² Zie hoofdstuk III, paragraaf B.1, nr. 3.32, van het aanvullend bezwaarschrift.

⁵³ Uitspraak voorzieningenrechter, r.o. 2.6.1.

⁵⁴ Zie hoofdstuk III, paragraaf B.1, nr. 3.36, van het aanvullend bezwaarschrift.

Besluit Openbaar

61. Zoals in paragraaf 9.2.1 van dit besluit beschreven, is het college niet op de hoogte geweest van het bestaan, de inhoud, omvang en betekenis van een afgerond implementatievoorstel. De mededeling van Pretium inhoudende dat zij zich zou conformeren aan het implementatievoorstel - zonder daarbij aan te geven wat dit inhoudt - komt derhalve inhoudelijk geen waarde toe. Het college heeft die aankondiging voor kennisgeving aangenomen.
62. Naar het oordeel van het college mocht Pretium uit haar mededeling aan het college, en het uitblijven van een reactie daarop, niet het vertrouwen afleiden dat haar toepassing van het implementatievoorstel conform de geldende wettelijke norm was. Het college heeft geen plicht om *ex-ante* de werkwijze van partijen te toetsen, en dus ook geen plicht om te reageren op de aankondiging dat enig voor hem onbekend implementatievoorstel wordt toegepast. Uit het uitblijven van een reactie van het college kan in dit geval geen waarde worden toegekend. Dat het college de telemarketingbranche in het geheel, en/of individuele marktpartijen in het bijzonder, heeft aangesproken op de naleving van de wettelijke norm doet daar niet aan af.
63. Pretium had kennis kunnen en moeten nemen van de wettelijke norm en het Standpunt Telemarketing 2006. Daaruit had voor haar evident duidelijk moeten zijn dat de toepassing uit het implementatievoorstel (ten minste gedeeltelijk) niet in overeenstemming was met de geldende norm. Dat gegeven had naar het oordeel van het college bij Pretium argwaan moeten wekken ten aanzien van de juistheid van het implementatievoorstel.
64. Gegeven deze omstandigheden kon Pretium er niet gerechtvaardigd op vertrouwen dat het college akkoord ging met het toepassen van het implementatievoorstel. Het had bovendien op haar weg gelegen om dat expliciet bij het college te verifiëren.
65. Pretium heeft er te lichtvaardig, en derhalve onterecht, op vertrouwd dat de invulling van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud) aan de hand van het implementatievoorstel in overeenstemming zou zijn met de wet. Als er al daadwerkelijk sprake was van vertrouwen door Pretium kan dat niet objectief worden herleid tot het doen of nalaten van het college, en kan het college niet worden verweten dat vertrouwen op enige wijze te hebben opgewekt. Een beroep op het vertrouwensbeginsel slaagt dan ook niet.
66. Mogelijk bedoelt Pretium⁵⁵ dat het college in een e-mail van een van zijn medewerkers de toezegging zou hebben gedaan dat een eventueel boeteonderzoek niet nodig zal zijn, en dat Pretium daar op had mogen vertrouwen. Het college overweegt dat Pretium in redelijkheid belang kan hebben bij de inhoud van deze e-mail. Gegeven het feit dat het college over deze e-mail beschikt, heeft hij de e-mail toegevoegd aan het dossier. Hiermee is een volledige heroverweging van het college mogelijk ten aanzien van het door Pretium ingediende bezwaar betreffende de mogelijke strijdigheid met het vertrouwensbeginsel.
67. Uit de toegevoegde e-mail blijkt dat de lezing die Pretium hieraan geeft ver buiten de betekenis van de tekst strekt. Het college overweegt dat deze e-mail is opgesteld om Pretium aan te sporen tot het nakomen van de verplichtingen van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud). De strekking van de e-mail is dat indien er sprake is van normconforme toepassing, een boeteonderzoek niet nodig zal zijn. Dat sluit dus allerminst uit

⁵⁵ Zie hoofdstuk III, paragraaf C.2, nr. 3.64 e.v., van het aanvullend bezwaarschrift.

Besluit Openbaar

dat bij de constatering van niet conforme toepassing er wel degelijk een onderzoek, met als gevolg een sanctietraject, mogelijk is.

68. De voorzieningenrechter bevestigt bovenstaande overweging van het college.⁵⁶ In dit kader stelt de rechter dat op grond van het betreffende, door Pretium ingebrachte citaat uit deze e-mail, niet is gebleken van een concrete toezegging van het college jegens Pretium waaraan zij gerechtvaardigd vertrouwen mocht ontleen dat jegens haar van handhavend onderzoek zou kunnen worden afgezien.
69. Op grond van het bovenstaande mocht Pretium er niet op vertrouwen dat er überhaupt geen boeteonderzoek gedaan zou worden. Het college overweegt dat het beroep op het vertrouwensbeginsel ook in dat kader niet slaagt.

9.2.3 Gelijkeheidsbeginsel en verbod van willekeur

70. In haar bezwaarschrift stelt Pretium dat zij mogelijk ongelijk is behandeld door het college. Het college heeft in 2008 aan diverse marktpartijen een signalerende brief gestuurd in verband met de uitleg van het recht van verzet, en verder met een aantal van deze marktpartijen een nadere dialoog gevoerd daarover. Het college overweegt dat Pretium in redelijkheid belang kan hebben bij de inhoud van de correspondentie. Gegeven het feit dat het college over de correspondentie beschikt, heeft hij deze toegevoegd aan het dossier. Hiermee is een volledige heroverweging van het college mogelijk ten aanzien van het door Pretium ingediende bezwaar betreffende de mogelijke strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel en het verbod van willekeur.
71. Een gedeelte van de inhoud van de correspondentie is direct te herleiden tot de betreffende marktpartijen. Deze marktpartijen hebben het college verzocht de documenten op bepaalde punten te anonimiseren. Het betreft hier bijvoorbeeld bedrijfs- en persoonsnamen en bedrijfsvertrouwelijke informatie welke direct of indirect te herleiden is tot de betreffende marktpartij.⁵⁷ De belangenafweging van het college heeft ertoe geleid dat het belang van deze marktpartijen tot anonimisering zwaarder diende te wegen dan het belang van Pretium tot volledige inzage. Gelet hierop zijn enkel de vertrouwelijke gedeeltes van de correspondentie geanonimiseerd.
72. Het college is van oordeel dat ondanks de weggelaten vertrouwelijkheden, Pretium goed in staat was geweest haar inhoudelijke zienswijze hierop kenbaar te maken nu de kern van de documenten nog steeds duidelijk zichtbaar is. De documenten zijn aan het dossier toegevoegd om een heroverweging ten aanzien van mogelijke strijdigheid met het gelijkheidsbeginsel of verbod van willekeur mogelijk te maken. Naar het oordeel van het college blijkt uit de documenten duidelijk op welke wijze er een dialoog is gevoerd tussen het college en andere marktpartijen. Hoe deze marktpartijen tot in detail aan de wettelijke verplichtingen voldeden is in dit kader niet relevant.
73. Uit de toegevoegde documenten blijkt naar het oordeel van het college dat, voor zover er sprake was van gelijke gevallen, Pretium niet anders is behandeld dan andere marktpartijen. Het college is met alle relevante marktpartijen waarover hij signalen ontving in contact getreden. Bij Pretium is dat begin 2007

⁵⁶ Zie uitspraak voorzieningenrechter, r.o. 2.6.4.

⁵⁷ Zie artikel 10, eerste lid, onderdeel c, Wob.

Besluit Openbaar

gebeurd. Dat dit voor de invoering van het implementatievoorstel was, maakt naar het oordeel van het college geen verschil.

74. Het implementatievoorstel is, zoals hierboven reeds beschreven, in dat kader geen relevante gebeurtenis. Immers, marktpartijen moesten op basis van reeds lange tijd van kracht zijnde wetgeving aan de norm voldoen. De komst van een praktische invulling hiervan in de vorm van een voorstel tot een industriebrede aanpak maakt dat niet wezenlijk anders. Het college oordeelt daarom dat de stelling van Pretium,⁵⁸ dat een waarschuwing voor de invoering van het implementatievoorstel niet op één lijn kan worden gesteld met signalerende brieven die zijn verzonden na de invoering van het implementatievoorstel, onjuist is.
75. Met de toevoeging van de stukken betreffende correspondentie tussen het college en voornoemde marktpartijen, is naar het oordeel van het college eens te meer duidelijk dat de dialoog op eenzelfde wijze heeft plaatsgevonden tussen Pretium en de overige marktpartijen.
76. De betreffende marktpartijen zijn naar aanleiding van klachten aangesproken op het niet naleven van de vereisten van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud). Aan al deze marktpartijen is een informerende brief verzonden. Deze brief is tevens in soortgelijke bewoordingen aan Pretium verzonden.⁵⁹
77. Alle andere marktpartijen hebben naar aanleiding van deze eerste signalerende brief een reactie verzonden met hierin informatie omtrent de naleving van de wettelijke verplichtingen rondom telemarketing. Daarna heeft het college met vijf partijen verder contact gehad, aangezien de eerste reactie van deze marktpartijen vragen bij het college opriepen of anderszins aandacht behoefde.
78. Pretium daarentegen heeft juist niet gereageerd op het verzoek van 8 november 2006.⁶⁰ Hierop heeft het college op 6 december 2006 andermaal een brief gestuurd met daarin een herhaald verzoek om informatie.⁶¹ Ook daarop is een reactie uitgebleven. Vervolgens is op 24 januari 2007 een waarschuwing opgelegd.⁶² Voor zover Pretium meent dat het college geen gelijksoortige dialoog is aangegaan met haar, is dat derhalve te wijten aan het feit dat Pretium deze dialoog zelf heeft vermeden.
79. Daarbij komt dat Pretium, in tegenstelling tot andere marktpartijen, in enkele landelijke dagbladen paginagrote advertenties heeft geplaatst waarin transcripties waren weergegeven van volledige telemarketinggesprekken door of namens Pretium gevoerd.⁶³ Naar aanleiding van deze advertenties ontstond het vermoeden bij het college dat Pretium, ondanks de eerder opgelegde waarschuwing, gehandeld heeft in strijd met artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud). Deze spontane verklaring van Pretium was de aanleiding voor het college om onderzoek te doen naar de naleving van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud) door Pretium.

⁵⁸ Zie hoofdstuk III, paragraaf C.2, nr. 3.82, van het aanvullend bezwaarschrift..

⁵⁹ Zie brief met kenmerk OPTA/IPB/2006/203057.

⁶⁰ Zie bijlage 2 van het onderzoeksrapport.

⁶¹ Zie bijlage 3 van het onderzoeksrapport.

⁶² Zie bijlage 4 van het onderzoeksrapport.

⁶³ Zie bijlage 10 van het onderzoeksrapport.

Besluit Openbaar

80. Pretium stelt dat er sprake is van een marktbrede toepassing van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud). Volgens Pretium is het daarom vreemd dat zij als enige over de periode 2007- 2008 wordt beboet.⁶⁴ Het college merkt in dit kader op dat hij, in de hiervoor reeds aangehaalde procedure tegen een andere marktpartij, wel degelijk met de handelwijze van laatstgenoemde in het jaar 2008 rekening heeft gehouden.⁶⁵
81. Ten overvloede merkt het college op dat zelfs als Pretium als enige zou zijn beboet voor die periode, het dan nog niet automatisch betekent dat er sprake is van ongelijkheid. Zoals reeds hierboven is vastgesteld is er sprake van een situatie bij Pretium die anders is dan de situatie bij andere, met haar gelijk te stellen marktpartijen. Dat partijen in de basis een zelfde voorgeschreven praktijktoepassing hanteren betekent niet dat de werkelijke uitvoering ook daadwerkelijk gelijk is. Bovendien voorziet het implementatievoorstel in verschillende implementatiemogelijkheden, waarbij één van de implementatievormen wel degelijk rekening houdt met het aanbieden van een directe mogelijkheid tot verzet, door middel van een daarvoor geschikt geautomatiseerd systeem.
82. Het college oordeelt op grond van het bovenstaande dat Pretium voor zover er sprake is van gelijke gevallen, ook daadwerkelijk gelijk is behandeld. Het college acht het bezwaar van Pretium dat het gelijkheidsbeginsel door hem is geschonden derhalve ongegrond.
83. Pretium stelt dat telemarketingbedrijven zoals callcenters op een uniforme wijze werken en dat Pretium niet bij machte is om callcenters aan te sturen om invulling te geven aan het recht van verzet.⁶⁶ Het college overweegt hierover dat Pretium als opdrachtgever van callcenters haar eigen verantwoordelijk heeft en zich niet kan verschuilen achter een praktijk in de telemarketingbranche. Het college verwijst voor een nadere behandeling van deze bezwaargrond naar paragraaf 9.4.1 van dit besluit.
84. Daarbij is het college van oordeel dat Pretium haar opdrachtnemers wel degelijk kan aansturen om op juiste wijze invulling te geven aan artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud). Verder heeft het college in zijn Standpunt Telemarketing 2006 al aangegeven zich bij het toezicht in eerste instantie te richten op de opdrachtgevers. Er is ten aanzien daarvan geen sprake van willekeur. Het college heeft een afweging gemaakt waarbij hij voorkeur geeft aan een aanpak die op de meest efficiënte wijze een einde maakt aan gedragingen die niet in overeenstemming met de wet- en regelgeving zijn.
85. Pretium geeft tot slot aan dat de onevenredig en willekeurig strenge behandeling blijkt uit het feit dat geen enkele klacht betreffende het recht van verzet in het dossier is opgenomen. Volgens Pretium zijn dergelijke klachten niet aanwezig.⁶⁷ Klachten zijn voor het college een mogelijke indicator in het toezicht. Dat sluit niet uit dat het college op basis van andere signalen kan overgaan tot handhaving. Het college constateert dat in deze zaak niet zozeer klachten maar vooral de spontane verklaring van Pretium, met inachtneming van de voorgeschiedenis, de concrete aanleiding is geweest van het handhavend optreden door hem. Naar het

⁶⁴ Zie hoofdstuk III, paragraaf E.1, nr. 3.114 e.v., van het aanvullend bezwaarschrift.

⁶⁵ Zie bijvoorbeeld randnummers 91 tot en met 95 van besluit met kenmerk OPTA/ACNB/2010/201930, tevens rechtbank Rotterdam, 16 februari 2012, *LJN* BV6137, r.o. 2.3.1.

⁶⁶ Zie hoofdstuk III, paragraaf E.1, nr. 3.114, van het aanvullend bezwaarschrift.

⁶⁷ Zie hoofdstuk III, paragraaf E.1, nr. 3.126, van het aanvullend bezwaarschrift.

Besluit Openbaar

oordeel van het college is Pretium daardoor niet onevenredig, of willekeurig streng behandeld. Het college verwijst voor een nadere behandeling van deze bezwaargrond naar paragraaf 9.4.2 van dit besluit.

86. Het college concludeert dat het opleggen van de boete aan Pretium niet strijdig is geweest met het gelijkheidsbeginsel of met het verbod van willekeur. Het bezwaar op dit punt slaagt naar het oordeel van het college niet.

9.2.4 Conclusie ten aanzien van de handelwijze van het college

87. Op basis van al het voorgaande concludeert het college dat de bezwaren ten aanzien van de handelwijze van het college ongegrond zijn.

9.3 Onderzoek

88. In haar bezwaarschrift geeft Pretium aan dat het college geen zorgvuldig onderzoek heeft uitgevoerd naar overtredingen van het recht van verzet door Pretium. Het onderzoek van het college is naar het oordeel van Pretium zowel ondeugdelijk, als onvolledig.⁶⁸ Pretium stelt verder dat een deel van het bewijs onrechtmatig is verkregen.⁶⁹

9.3.1 Deugdelijkheid van het onderzoek

89. Volgens Pretium is het onderzoek niet deugdelijk geweest omdat de rapporteur geen vragen heeft gesteld aan Pretium en de door haar ingeschakelde callcenters. Er zijn geen vragen gesteld over de wijze van aanbieden van het recht van verzet, de afspraken daaromtrent en het bestaan, de omvang en de aard van de door Pretium gevoerde telemarketinggesprekken. Ook heeft het college geen onderzoek gedaan naar eventuele klachten en is er geen bedrijfsbezoek gebracht aan Pretium. Pretium wijst in dit verband naar het contrast met een onderzoek naar een andere marktpartij.⁷⁰ Volgens Pretium bestaan er ten aanzien van elke set gespreksopnamen bovendien specifieke bezwaren waardoor geen van deze sets ten grondslag kan liggen aan het vaststellen van de gedragingen van Pretium.
90. Het college overweegt dat hij niet gehouden is om op een bepaalde, vaste wijze onderzoek te verrichten. Het is aan de toezichthoudend ambtenaar om te bepalen welke onderzoekshandelingen er verricht worden en welk bewijsmateriaal hij aan zijn bevindingen ten grondslag legt.⁷¹ In dit kader wijst Pretium op het boetebesluit van een andere marktpartij⁷² en het contrast met het daaraan voorafgaande onderzoek.⁷³ De desbetreffende rapporteur heeft op grond van de omstandigheden van dat geval redelijkerwijs andere keuzes gemaakt. Dat gegeven doet aan de deugdelijkheid van het onderzoek naar Pretium niets af.
91. Het college is van oordeel dat uit zijn onderzoek voldoende duidelijk moet blijken welke gedragingen hebben plaatsgevonden. De keuzes van de rapporteur (ten aanzien van de al dan niet gestelde vragen aan

⁶⁸ Zie hoofdstuk III, paragraaf C.1 en C.2, nr. 3.41 e.v., van het aanvullend bezwaarschrift.

⁶⁹ Zie hoofdstuk III, paragraaf D.2, nr. 3.101 e.v., van het aanvullend bezwaarschrift.

⁷⁰ Het onderzoek voorafgaand aan besluit met kenmerk OPTA/ACNB/2010/201930.

⁷¹ Dit is tevens bevestigd in de uitspraak van de voorzieningenrechter, r.o. 2.6.6.

⁷² Besluit met kenmerk OPTA/ACNB/2010/201930.

⁷³ Zie hoofdstuk III, paragraaf C.1, nr. 3.47 e.v., van het aanvullend bezwaarschrift.

Besluit Openbaar

Pretium of de door haar ingeschakelde callcenters, het niet afleggen van een bedrijfsbezoek en het niet onderzoeken van eventuele klachten) hebben in dit geval niet geleid tot tekortkomingen in het onderzoek.

92. Het college constateert dat de rapporteur in het onderzoeksrapport onder meer: verklaringen van Pretium in de advertentie van Pretium heeft gebruikt; de correspondentie tussen het college en Pretium uitvoerig heeft behandeld; zowel bij Pretium als bij de CA opnamen van gesprekken heeft opgevraagd; de gespreksopnamen nauwkeurig heeft geanalyseerd en de werkwijze van Pretium op grond van instructies van Pretium aan callcenters heeft onderzocht. Uit dit alles blijkt naar het oordeel van het college duidelijk wat de gedragingen van Pretium gedurende de onderzoeksperiode zijn geweest.
93. Pretium stelt in haar bezwaarschrift verder dat het college ondeugdelijk onderzoek heeft gedaan doordat de drie sets gesprekken die als bewijs aan het onderzoeksrapport ten grondslag liggen niet representatief zouden zijn voor haar handelwijze gedurende de onderzoeksperiode. Pretium verwijst hierbij naar een passage uit de uitspraak van de voorzieningenrechter (r.o. 2.6.6):

“Gelet op hetgeen hiervoor is overwogen is er bij de voorzieningenrechter gereede twijfel gerezen over de vraag of deze drie sets gespreksopnamen wel voldoende representatief zijn voor de wijze waarop door verzoekster (al dan niet) het recht van verzet werd aangeboden in de periode hier in geding.”

94. Pretium stelt dat er aan de inhoudelijke analyse van de gesprekken door het college veel mankeert en dat het college een flink aantal gesprekken ten onrechte heeft aangemerkt als gesprekken waarin het recht van verzet niet zou zijn aangeboden.⁷⁴ In deze stelling gaat Pretium er echter aan voorbij dat het college de toepassing door Pretium van het implementatievoorstel niet in overeenstemming met de wettelijke norm van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud) acht.
95. De drie sets gespreksopnamen zijn niet de enige onderzoeksgegevens voor het vaststellen van de handelwijze van Pretium. Het college heeft de gedraging van Pretium vastgesteld aan de hand van de drie sets gespreksopnamen, de callscripts en de verklaringen van Pretium over haar handelwijze.
96. Volgens Pretium bestaan er ten aanzien van elke set gespreksopnamen specifieke bezwaren waardoor geen van deze sets een representatief beeld geeft van de wijze waarop Pretium het recht van verzet heeft aangeboden. Derhalve levert geen van deze sets naar het oordeel van Pretium afdoende bewijs om een overtreding vast te kunnen stellen.
97. Het beeld van de handelwijze van Pretium krijgt mede gestalte door de conclusies die redelijkerwijs kunnen worden getrokken uit de datasets. Over de toegepaste handelwijze van Pretium zijn Pretium en het college het globaal genomen niet oneens. Uit de procedure tot nu toe volgt dat, in het beste geval, Pretium heeft gehandeld volgens het implementatievoorstel. Gelet op het voorgaande, overweegt het college dat een representatief beeld niet betekent dat hij gehouden is een exact, haast wiskundig beeld te vormen. De datasets moeten bijdragen aan een in redelijkheid voldoende waargetrouw beeld.

⁷⁴ Zie hoofdstuk III, paragraaf D.1, nr. 3.91, van het aanvullend bezwaarschrift..

Besluit Openbaar

98. Pretium stelt dat de eerste dataset van 253 gespreksopnamen uit de periode 19 maart 2007 tot 8 juli 2007 niet bruikbaar is, omdat deze dataset niet representatief is nu deze dataset van voor de invoering van het implementatievoorstel is.
99. Los van de keuze om het implementatievoorstel te implementeren, diende Pretium zich ten tijde van het voeren van de gesprekken uit de eerste dataset ook al aan de volstrekt duidelijke wettelijke norm te houden. Naar het oordeel van het college zijn de gesprekken uit deze periode dan ook zonder bezwaar bruikbaar als onderzoeksmateriaal om bij te dragen aan een waargetrouw beeld van de handelwijze van Pretium.
100. Pretium stelt dat de tweede set van 717 gesprekken uit de periode 6 maart 2009 tot 12 april 2009 onbruikbaar is, nu een groot aantal van de verkoopgesprekken leiden tot een overeenkomst. Pretium is van mening dat hierdoor geen conclusies kunnen worden getrokken uit deze set.
101. Het college heeft geen aanwijzingen die hem er toe brengen de integriteit van de gegevens in twijfel te trekken. Het college heeft geconstateerd dat de rapporteur geen bewerking van de dataset heeft gemaakt. Het blote feit dat de omvang van de set is teruggebracht tot een selectie, mogelijk omdat die voor de CA relevant is, zou daar tevens niets aan af doen. Het maken van een relevante selectie betekent niet automatisch dat de set daarmee een wezenlijk ander beeld geeft ten aanzien van het aanbieden van het recht van verzet, dan wanneer dat niet zou zijn gebeurd.
102. Daarbij overweegt het college tevens dat ongeacht het feit dat een gesprek tot een transactie leidt, er naar zijn oordeel nog altijd de verplichting bestaat tot het direct en actief aanbieden van het recht van verzet. Het college acht de tweede dataset zonder meer bruikbaar als onderzoeksmateriaal om bij te dragen aan de vorming van een waargetrouw beeld van de handelwijze van Pretium.
103. Ten overvloede overweegt het college dat Pretium en hij het ten aanzien van de derde set eens zijn over hetgeen deze gegevensset uitwijst, namelijk dat Pretium in ruim 95% van de gevallen het implementatievoorstel heeft toegepast.⁷⁵ In tegenstelling tot Pretium, is het college van mening dat daarmee de wettelijke norm overtreden wordt.
104. Het bezwaar van Pretium dat de drie datasets niet bruikbaar zijn omdat zij niet representatief zijn voor de wijze waarop zij het recht van verzet heeft aangeboden gedurende de onderzoeksperiode, beoordeelt het college als ongegrond. Het college is van oordeel dat mede op basis van de analyse van de 1.215 gespreksopnamen van de drie datasets het beeld ontstaat dat Pretium amper het recht van verzet heeft aangeboden in die gesprekken waarin dit had moeten.⁷⁶ In het deel van de gesprekken waarin Pretium haar implementatie van het implementatievoorstel heeft toegepast, oordeelt het college dat dit geen juiste wijze van het aanbieden van het recht van verzet is naar de norm van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud). Het college is dan ook van oordeel dat de analyse van de 1.215 gespreksopnamen van de drie datasets bijdraagt aan het beeld van de werkwijze van Pretium.

⁷⁵ Zie bestreden besluit, randnummer 26 en hoofdstuk III, paragraaf D.1, nr. 3.94, van het aanvullend bezwaarschrift.

⁷⁶ Zie bestreden besluit, randnummer 68: 'niet in elk gesprek is het mogelijk om het recht van verzet aan te bieden'.

Besluit Openbaar

105. Het beeld van de werkwijze van Pretium wordt verder bevestigd door de callscripts die Pretium als werkinstructie aan de door haar ingeschakelde callcenters heeft verstrekt. Daarin wordt in het geheel geen aandacht besteed aan het aanbieden van het recht van verzet.
106. Het college is van oordeel dat hij op grond van de drie sets gespreksopnamen, de callscripts en de verklaringen van Pretium over de toepassing van het implementatievoorstel, in redelijkheid een voldoende overtuigend beeld vast heeft kunnen stellen over de werkwijze van Pretium. Dat beeld laat zien dat Pretium geheel of hoofdzakelijk niet het recht van verzet heeft aangeboden op de door artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud) vereiste wijze.
107. Het college concludeert dat zijn onderzoek deugdelijk is uitgevoerd. Het bezwaar van Pretium op dit punt slaagt naar het oordeel van het college niet.

9.3.2 Volledigheid van het onderzoek

108. Pretium stelt in haar bezwaarschrift dat het bestreden besluit is gebaseerd op onvolledige gegevens, waarbij ontlastende gegevens ten onrechte niet in het onderzoeksdossier zijn opgenomen. Het betreft volgens Pretium 1.387 gesprekken en correspondentie tussen het college en respectievelijk Pretium, brancheorganisaties en negentien marktpartijen.⁷⁷ Het college overweegt hieromtrent als volgt.

1.387 Gespreksopnamen

109. Pretium stelt dat de 1.387 gespreksopnamen, die het college in december 2009 van Pretium heeft verkregen in het kader van een civiele kortgeding procedure, ontlastend voor haar zijn omdat de gespreksopnamen voortkomen uit een periode waarin Pretium het recht van verzet conform het implementatievoorstel heeft aangeboden.⁷⁸ Het college acht de wijze van aanbieden van het recht van verzet conform voornoemd implementatievoorstel niet correct en verwijst voor zijn overwegingen hieromtrent naar paragraaf 9.1 van dit besluit. Naar het oordeel van het college kunnen deze 1.387 gespreksopnamen dan ook niet ontlastend voor Pretium zijn.
110. Nu de gespreksopnamen niet ontlastend voor Pretium kunnen zijn, is het college niet om die reden gehouden de opnamen als bewijs mee te nemen in zijn onderzoeksrapport. Pretium heeft verder niet op een andere wijze aannemelijk gemaakt waarom de betreffende opnamen moeten worden opgenomen in het dossier. Nu het aan het college is om te bepalen welk bewijsmateriaal hij aan zijn bevindingen ten grondslag legt⁷⁹ en hem niet is gebleken waarom de betreffende opnamen toegevoegd dienen te worden, merkt hij dit bezwaar aan als ongegrond.

Correspondentie tussen het college en Pretium

111. Ten aanzien van het bezwaar van Pretium betreffende de ontbrekende correspondentie tussen het college en Pretium⁸⁰ overweegt het college dat hij in het kader van het bezwaar van Pretium ten aanzien van het

⁷⁷ Zie hoofdstuk III, paragraaf C.2, nr. 3.52 e.v., van het aanvullend bezwaarschrift.

⁷⁸ Zie hoofdstuk III, paragraaf C.2, nrs. 3.57 - 3.62 en bijlage 16, van het aanvullend bezwaarschrift.

⁷⁹ Zie uitspraak voorzieningenrechter, r.o. 2.6.6.

⁸⁰ Zie hoofdstuk III, paragraaf C.2, nrs. 3.63 - 3.71, van het aanvullend bezwaarschrift.

Besluit Openbaar

vertrouwensbeginsel⁸¹ reeds één e-mail aan het dossier heeft toegevoegd.⁸² De toevoeging betreft een e-mail van 22 februari 2007 welke door een medewerker van het college aan Pretium is verzonden. Nu deze e-mail reeds in dat kader aan het dossier is toegevoegd en betrokken is bij de heroverweging van het college, treft het bezwaar van Pretium ten aanzien van dit punt geen doel.

112. Het college concludeert dat alle documenten betreffende correspondentie tussen het college en Pretium uit de eerste helft van 2007 die betrekking hebben op de overtreding in het dossier zijn opgenomen. De door Pretium gestelde ontbrekende correspondentie tussen het college en Pretium heeft naar het oordeel van het college geen betrekking op de zaak of is niet beschikbaar bij het college.

113. Pretium stelt in dit kader bijvoorbeeld dat de callscripts die zij aan het college heeft verzonden, niet in het onderzoeksrapport zijn opgenomen. Het college constateert echter dat Pretium het betreffende callscript in bijlage 7 van haar aanvullend bezwaarschrift zelf reeds heeft ingebracht. Hiermee maakt dit document onderdeel uit van de heroverweging van het college. Bovendien is het ontbrekende callscript voor het relevante deel, namelijk het deel dat gaat over het aanbieden van het recht van verzet, identiek aan het callscript dat zich wel in het dossier bevindt.⁸³

114. Ook is Pretium van mening dat de door het college aan Pretium verstrekte klachten en de correspondentie hieromtrent niet in het dossier zijn opgenomen.⁸⁴ De klagergegevens hebben naar het oordeel van het college in redelijkheid geen betrekking op de vastgestelde overtreding, nu deze klachten geenszins ten grondslag hebben gelegen aan het vaststellen van de overtreding door Pretium gedurende de onderzoeksperiode. Nu de klagergegevens niet als bewijs hebben gediend is toevoeging hiervan aan het dossier derhalve niet aan de orde.

115. Overigens is het college van oordeel dat er in februari 2007 geen volledige klachten aan Pretium zijn verstrekt nu het belang van Pretium niet heeft opgewogen tegen het belang van inspectie, controle en toezicht.⁸⁵ Het college heeft, op verzoek van Pretium, wel in april 2007 enkele klagergegevens aan Pretium verstrekt zodat zij hiermee het callcenter kon opsporen dat deze klagers had benaderd.⁸⁶

116. Pretium stelt in dit kader tot slot dat een verslag van het overleg tussen het college en Pretium op 23 maart 2007 aan het dossier ontbreekt. Het college stelt echter vast dat hij van deze bijeenkomst geen verslag heeft gemaakt.

117. Concluderend is het college van oordeel dat het bezwaar van Pretium ten aanzien van de onvolledigheid van het dossier wegens ontbrekende correspondentie tussen het college en Pretium niet slaagt.

⁸¹ Zie hoofdstuk III, paragraaf B.2, van het aanvullend bezwaarschrift.

⁸² Middels brief van 29 maart 2012 met kenmerk OPTA/ACNB/2012/200583.

⁸³ Zie bijlage 39 van het onderzoeksrapport.

⁸⁴ Zie hoofdstuk 3, sub (iii), p. 5, van de zienswijze van Pretium op de toegevoegde stukken,

⁸⁵ Zie bijvoorbeeld bijlage 6 van het onderzoeksrapport.

⁸⁶ Zie bijlage 8 van het onderzoeksrapport.

Besluit Openbaar

Correspondentie tussen het college en brancheorganisaties

118. Met betrekking tot overleg tussen het college en brancheorganisaties DDMA en de werkgeversvereniging voor contactcenters (hierna: WGCC) over de wijze waarop het recht van verzet door de sector wordt aangeboden,⁸⁷ heeft Pretium de brief van het college van 29 augustus 2006 aan DDMA en WGCC reeds zelf ingebracht. Deze brief maakt hiermee onderdeel uit van de heroverweging van het college.
119. De overige stukken met betrekking tot overleg tussen het college en voornoemde brancheorganisaties in de tweede helft van 2006 en de eerste helft van 2007 hebben volgend het college geen betrekking op de zaak, of staan niet tot zijn beschikking.
120. Pretium benoemt in dit kader bijvoorbeeld een presentatie van een voorlichtingsbijeenkomst van DDMA op 29 mei 2007. Het college merkt op dat hij hiervoor niet was uitgenodigd en derhalve niet aanwezig of anderszins betrokken was. Bovendien heeft het college deze presentatie nooit eerder (direct van de DDMA, of via andere kanalen) ontvangen.
121. Voorts is het college zich in zijn geheel niet bewust van enige presentatie van DDMA aan het college op 28 maart 2007. Het college heeft dan ook geen stukken met betrekking tot zo'n presentatie in zijn bezit.
122. Ten aanzien van een presentatie van de telemarketingbranche van 3 december 2008 in verband met nieuwe regels omtrent het aanbieden van het recht van verzet, stelt het college vast dat hij voor deze bijeenkomst niet uitgenodigd was. Het college is hier derhalve niet bij aanwezig geweest en heeft deze presentatie niet tot zijn beschikking.
123. Naar het oordeel van het college zitten alle documenten met betrekking tot overleg tussen het college en brancheorganisaties DDMA en WGCC over de wijze waarop het recht van verzet door de sector wordt aangeboden in het dossier. Het bezwaar van Pretium, dat het college bepaalde correspondentie tussen het college en brancheorganisaties heeft achtergehouden, slaagt derhalve niet.

Correspondentie tussen het college en andere marktpartijen

124. Het bezwaar van Pretium ten aanzien van de ontbrekende correspondentie tussen het college en marktpartijen in 2008⁸⁸ acht het college ongegrond. Het college heeft de betreffende stukken reeds in het kader van het bezwaar omtrent het gelijkheidsbeginsel en verbod van willekeur,⁸⁹ geanonimiseerd, aan het dossier toegevoegd.⁹⁰ De ontbrekende stukken die in dit kader door het college aan het dossier zijn toegevoegd betreffen de (geanonimiseerde en van vertrouwelijke informatie verschoonde) brieven uit 2008 van het college aan diverse marktpartijen inzake het naleven van telemarketingregels en nadere brieven van het college aan vijf van deze marktpartijen. Het bezwaar van Pretium omtrent de onvolledigheid van het dossier wegens het ontbreken van stukken betreffende de correspondentie tussen het college en andere marktpartijen is na deze toevoeging niet langer relevant.

⁸⁷ Zie hoofdstuk III, paragraaf C.2, nr. 3.72 - 3.78, van het aanvullend bezwaarschrift.

⁸⁸ Zie hoofdstuk III, paragraaf C.2, nrs. 3.79 - 3.86, van het aanvullend bezwaarschrift.

⁸⁹ Zie hoofdstuk III, paragraaf E.2, van het aanvullend bezwaarschrift.

⁹⁰ Middels brief van 29 maart 2012 met kenmerk OPTA/ACNB/2012/200583.

Besluit Openbaar

Conclusie ten aanzien van de volledigheid van het onderzoek

125. Gelet op al het voorgaande is het college van oordeel dat het dossier volledig is. De volgens Pretium ontbrekende stukken bestaan simpelweg niet, hebben geen betrekking op de zaak, zijn niet bij het college beschikbaar of hooguit zijdelings bij het college bekend. Een aantal van de door Pretium benoemde documenten maakten bovendien al onderdeel uit van het dossier, zijn door het college in het kader van de heroverweging ten aanzien van een ander bezwaar reeds toegevoegd aan het dossier of zijn door Pretium zelf ingebracht tijdens de procedure. Het college is van oordeel dat het bezwaar van Pretium op dit punt niet slaagt.

9.3.3 Verrijking van het bewijs

126. Pretium stelt voorts dat de eerste en tweede set gespreksopnamen die ten grondslag zijn gelegd aan het bestreden besluit onrechtmatig door het college zijn verkregen.⁹¹ De eerste set gespreksopnamen heeft het college volgens Pretium onbevoegd bij haar opgevraagd. Het college kan op grond van de gevorderde dataset volgens Pretium niet overgaan tot een onderzoek met als gevolg het opleggen van een sanctie, aangezien dit strijdig zou zijn met het vertrouwensbeginsel.⁹² Hierdoor had het college volgens Pretium geen gebruik mogen maken van zijn wettelijke bevoegdheid tot het vorderen van informatie, nu dit voor de vervulling van zijn taak redelijkerwijs niet nodig was. Deze kwestie is nog aanhangig bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven (hierna: CBb). Ook de tweede set gespreksopnamen is volgens Pretium zonder rechtsgrond, en hiermee op onrechtmatige wijze, van de CA verkregen. Ten aanzien van deze bezwaren overweegt het college als volgt.

127. Ten aanzien van de eerste dataset is er naar het oordeel van het college bij Pretium geen verwachting gewekt waaruit Pretium kon of mocht opmaken dat er geen onderzoek naar haar ingesteld zou worden. Het college verwijst voor zijn overwegingen hieromtrent naar randnummers 67 - 69 van dit besluit.

128. Nu er bij het college een vermoeden van overtreding door Pretium bestond, paste het binnen haar taak als toezichthouder om hier een onderzoek naar in te stellen. Op grond van artikel 18.7, eerste lid, Tw is het college bevoegd om ten behoeve van dit onderzoek informatie te vorderen bij Pretium. Deze bevoegdheid kan het college te allen tijde uitoefenen, voor zover dit redelijkerwijs voor de vervulling van haar taak nodig is. In beginsel is het aan het college om haar taken op dit gebied nader invulling te geven.⁹³ Naar het oordeel van het college was er derhalve voldoende rechtsgrond aanwezig om de eerste set gespreksopnamen bij Pretium op te vragen en ten grondslag te leggen aan zijn boetebesluit. Het college acht het bezwaar van Pretium op dit punt ongegrond.

129. Ten aanzien van de tweede set gespreksopnamen is het college van oordeel dat ook deze niet op onrechtmatige wijze is verkregen. De gespreksopnamen zijn gebruikt voor de taken die aan het college zijn opgedragen. De set is opgevraagd bij de CA en verstrekt op grond van artikel 15 van het door het college

⁹¹ Zie hoofdstuk III, paragraaf D.2, nr. 3.102 e.v., van het aanvullend bezwaarschrift.

⁹² Volgens Pretium had zij er, op grond van het e-mailbericht van het college van 22 februari 2007, immers gerechtvaardigd op mogen vertrouwen dat het college geen boeteonderzoek zou starten ten aanzien van haar telemarketingactiviteiten in 2007.

⁹³ CBb, 27 augustus 2009, AB 2009/372.

Besluit Openbaar

en de CA overeengekomen samenwerkingsprotocol.⁹⁴ Daarmee is de verstrekking van de gegevens door de CA aan het college gedragen door een legitieme grondslag.⁹⁵ Deze wijze van verkrijging druipt in het geheel niet in tegen hetgeen van een behoorlijk handelende overheid mag worden verwacht.⁹⁶

130. Nu het besluit van de CA - waarvoor (ondermeer) de tweede set gespreksopnamen als bewijs heeft gediend - is vernietigd door de rechter,⁹⁷ ligt het op de weg van het college om na te gaan of deze vernietiging het gebruik van de set gespreksopnamen door het college in de weg staat. Uit de betreffende uitspraak van de rechter blijkt niet dat vernietiging van het besluit van de CA is uitgesproken op gronden die de verkrijging of rechtmatigheid van het bewijs aantasten. Naar het oordeel van het college staat de vernietiging van het besluit van de CA het gebruik van de opgevraagde set gespreksopnamen niet in de weg. Ook verzet geen ander algemeen beginsel van behoorlijk bestuur zich tegen gebruik hiervan.⁹⁸ Deze overwegingen zijn reeds bevestigd door de voorzieningenrechter.⁹⁹ Het college oordeelt dat het bezwaar van Pretium op dit punt niet slaagt.

9.3.4 Conclusie ten aanzien van het onderzoek

131. Gelet op al het voorgaande is het college van oordeel dat zijn onderzoek deugdelijk heeft plaatsgevonden. Het college is van oordeel dat de bezwaren van Pretium op dit punt ongegrond zijn.

132. Naar het oordeel van het college bevinden alle relevante documenten zich reeds in het dossier. Het bezwaar van Pretium betreffende de onvolledigheid van het dossier acht het college derhalve ongegrond.

133. Ook is het college van oordeel dat het bewijs rechtmatig is verkregen en voldoende grond biedt om de overtredingen van het recht van verzet door Pretium gedurende de gehele onderzoeksperiode te staven. Het bezwaar op dit punt merkt het college derhalve tevens aan als ongegrond.

9.4 Opgelegde boete

134. In haar bezwaarschrift geeft Pretium aan dat het college onterecht een boete heeft opgelegd. Daarnaast heeft Pretium aangegeven dat de door het college aan Pretium opgelegde boete zowel ten opzichte van de verweten gedraging als ten opzichte van de boetes die in andere gevallen door het college zijn opgelegd, willekeurig en disproportioneel is. Hieromtrent overweegt het college als volgt.

9.4.1 Rechtmatigheid van het opleggen van de boete

135. In dit kader stelt Pretium zich primair op het standpunt dat de opgelegde boete onrechtmatig is nu Pretium geen overtreding heeft begaan. Hiervoor is volgens Pretium onvoldoende grond en onvoldoende bewijs.¹⁰⁰ Subsidiair stelt Pretium zich op het standpunt dat het opleggen van een boete aan Pretium onrechtmatig is

⁹⁴ Zie *Stcrt* 2007, nr. 135, p. 13. Zie tevens

<http://www.consumumentenautoriteit.nl/sites/default/files/redactie/Samenwerkingsprotocol%20OPTA.pdf>.

⁹⁵ Zoals bepaald in de uitspraak van de rechtbank Haarlem van 16 juli 2009, *LJN*: BJ2959.

⁹⁶ Zoals ook is bevestigd door de voorzieningenrechter, zie uitspraak voorzieningenrechter, r.o. 2.6.7.

⁹⁷ Rechtbank Rotterdam, 4 mei 2011, *LJN*: BQ3528.

⁹⁸ Zie in dit kader tevens: HR, 1 juli 1992, *NJ* 1994,621.

⁹⁹ Zie uitspraak voorzieningenrechter, r.o. 2.6.7.

¹⁰⁰ Zie hoofdstuk III, paragraaf F.1, nr. 3.132 e.v., van het aanvullend bezwaarschrift.

Besluit Openbaar

nu zij niet verwijtbaar is.¹⁰¹ In dit kader voert Pretium aan dat de door het college gehanteerde uitleg van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud) geen *lex certa* was en dat de betrokken callcenters niet als overtreder zijn aangemerkt.

136. Het college heeft reeds geconcludeerd dat Pretium gedurende de onderzoeksperiode naar zijn oordeel wel degelijk een overtreding van de telemarketingregels heeft begaan. Voor zijn overwegingen hieromtrent verwijst hij naar paragraaf 9.1 van dit besluit. Nu de overtreding naar het oordeel van het college vaststaat, maakt hij gebruik van zijn bevoegdheid sanctionerende instrumenten in te zetten om zijn rol als handhaver van de wetgeving te effectueren.¹⁰² Het bezwaar van Pretium op dit punt acht het college ongegrond.

137. Ten aanzien van het subsidiair bezwaar van Pretium tegen het opleggen van een boete, betreffende het ontbreken van verwijtbaarheid aan de zijde van Pretium, overweegt het college als volgt.

138. Pretium geeft aan dat de door het college gehanteerde invulling van de norm in artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud) geen *lex certa* was.¹⁰³ Deze invulling strookte volgens Pretium niet met de wetstekst en wetsgeschiedenis. Bovendien was de invulling van het college niet voorzienbaar aangezien deze afwijkt van het implementatievoorstel en nooit eerder door het college bekend is gemaakt.

139. Het college heeft in randnummer 59 reeds overwogen dat de norm van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud) en de invulling die het college hier vervolgens aan gaf volstrekt duidelijk was, dan wel duidelijk had moeten zijn voor Pretium. Het college heeft in randnummer 36 geconcludeerd dat de onduidelijkheid waarin Pretium zich kennelijk bevond, derhalve voor haar eigen rekening dient te komen. Op grond hiervan gaat het college niet mee met de stelling dat Pretium door onduidelijke normen of invulling hiervan door het college mogelijk minder verwijtbaar zou zijn.

140. Pretium geeft in het kader van de verwijtbaarheid verder aan dat het haar bevreemdt dat de callcenters die de telemarketinggesprekken in opdracht van Pretium voerden niet als overtreder zijn aangemerkt door het college.¹⁰⁴ Naar haar oordeel bepaalde niet Pretium hoe het recht van verzet in de verkoopgesprekken werd aangeboden, maar deden de callcenters dat. Het waren immers de callcenters die een implementatievoorstel hadden ontwikkeld, waar zij zich gedurende de onderzoeksperiode aan hebben gehouden. De callcenters werden hierbij derhalve niet in hun feitelijke handelingen aangestuurd door Pretium.

141. In dit kader merkt het college op dat uit jurisprudentie blijkt dat Pretium zich bij een overtreding van de telemarketingregels niet kan verschuilen achter de door haar ingeschakelde callcenters. Ook niet als zij van deze callcenters uitdrukkelijk, dan wel contractueel heeft geëist de regels na te leven.¹⁰⁵

¹⁰¹ Zie hoofdstuk III, paragraaf F.2, nr. 3.135 e.v., van het aanvullend bezwaarschrift.

¹⁰² Zie: Visie op Toezicht en Handhaving, 12 maart 2008. OPTA's visie op Toezicht en Handhaving 2011 is op dit moment nog een consultatiedocument dat in concept is.

¹⁰³ Zie hoofdstuk III, paragraaf F.2, nrs. 3.137 - 3.140, van het aanvullend bezwaarschrift.

¹⁰⁴ Zie hoofdstuk III, paragraaf F.2, nrs. 3.141 - 3.147, van het aanvullend bezwaarschrift.

¹⁰⁵ ABRvS, 18 mei 2011, *LJN BQ4944*.

Besluit Openbaar

142. Verder merkt het college op dat het inschakelen van callcenters niets afdoet aan de verwijtbaarheid van Pretium aangezien dit haar niet ontslaat van haar eigen verantwoordelijkheid tot regelnaleving. Pretium heeft de callcenters naar eigen zeggen niet feitelijk aangestuurd. Het college constateert dat Pretium tevens niet heeft gezorgd voor adequate controlemaatregelen op de uitvoering van de wettelijke verplichting tot het aanbieden van het recht van verzet. Hiermee heeft zij willens en wetens het risico genomen dat de callcenters deze verplichting niet hebben nageleefd conform de wet en de uitleg die het college hieraan geeft. Aangezien Pretium opdrachtgever is van de callcenters, en de callcenters als gevolmachtigde van Pretium optreden, dient Pretium in te staan voor het naleven van de wet door degenen die haar vertegenwoordigen.¹⁰⁶
143. Dat het college geen van de callcenters in kwestie als overtreder heeft aangemerkt, doet derhalve niets af aan het overtredderschap of de verwijtbaarheid van Pretium. Ten overvloede merkt het college op dat hij in zijn Standpunt Telemarketing 2006 heeft aangegeven zich bij het toezicht op de telemarketingregels in eerste instantie te richten op de opdrachtgevers.¹⁰⁷
144. Het college bekijkt of Pretium zich, gedurende de onderzoeksperiode, bij haar telemarketingactiviteiten heeft gehouden aan de normen zoals zijn vervat in de Tw. Of Pretium en de door haar ingeschakelde callcenters hierbij mogelijkwijs voldeden aan een door de branche opgesteld implementatievoorstel is voor het college niet inzichtelijk, en bovendien niet relevant.

9.4.2 Boetehoogte

145. Volgens Pretium heeft het college in 2008 negentien ondernemingen aangeschreven wegens het niet (volledig) voldoen aan de verplichtingen van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud) en is het college met vijf van deze ondernemingen een dialoog aangegaan over het aanbieden van het recht van verzet. Nu enkel Pretium een boete opgelegd heeft gekregen - en geen van deze andere ondernemingen - stelt Pretium zich op het standpunt dat het college willekeurig en onevenredig heeft gehandeld.¹⁰⁸
146. Het college heeft reeds geconcludeerd dat zijn handelwijze gedurende het onderzoek, alsook bij het opleggen van een boete aan Pretium niet willekeurig heeft plaatsgevonden. Een vergelijking met andere marktpartijen treft in dit kader geen doel. Daar waar Pretium en de andere marktpartijen als gelijke gevallen zijn aan te merken, zijn ze gelijk behandeld. Voor zijn overwegingen hieromtrent verwijst het college naar paragraaf 9.2.3 van dit besluit. Het bezwaar van Pretium ten aanzien van de willekeurigheid van de opgelegde boete acht het college, gelet op deze overwegingen, ongegrond.
147. Verder stelt Pretium dat het college in het bestreden besluit onterecht van zijn Boetebeleidsregels 2005¹⁰⁹ (hierna: de Boetebeleidsregels) afwijkt. Mocht er al sprake zijn van een overtreding, dan kan naar het oordeel van Pretium niet worden gesproken van een ernstige overtreding. Volgens Pretium is de

¹⁰⁶ Rechtbank Rotterdam, 4 mei 2011, *LJN* BQ3528.

¹⁰⁷ Zie Standpunt Telemarketing 2006, p. 14.

¹⁰⁸ Zie hoofdstuk III, paragraaf G, nrs. 3.149 - 3.150, van het aanvullend bezwaarschrift.

¹⁰⁹ Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA). *Stcrt* (29 juli) 2005, nr.145, p. 11.

Besluit Openbaar

boetehoogte buitensporig hoog, gezien het gebrek aan bewijs ter zake van de omvang, schadelijkheid en de duur van de overtreding.¹¹⁰ In reactie hierop overweegt het college als volgt.

148. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete stelt het college, op grond van zijn Boetebeleidsregels, allereerst de ernst van de overtreding vast. Hij bepaalt hiertoe de zwaarte van de overtreding in abstracto en beziet deze daarna in het licht van de economische context en de feitelijke gevolgen van de overtreding (hierna: de omgevingsfactoren). De optelsom van deze elementen bepaalt de definitieve kwalificatie van de overtreding (zeer ernstig, ernstig of minder ernstig) en de daaraan verbonden boetecategorie. Vervolgens stelt het college, binnen de bandbreedte van deze boetecategorie, de boetehoogte vast met inachtneming van de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder.

149. Volgens Pretium is het college onterecht van bovenstaande Boetebeleidsregels afgeweken nu de overtreding van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud) in het bestreden besluit is aangemerkt als ernstige overtreding, terwijl de overtreding naar haar oordeel op grond van de Boetebeleidsregels zou moeten worden gekwalificeerd als een minder ernstige overtreding.¹¹¹ Het college merkt op dat een dergelijke kwalificatie van het betreffende wetsartikel nergens in de Boetebeleidsregels is opgenomen. Ten aanzien van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud) is enkel specifiek opgenomen dat dit een overtreding behelst die in abstracto naar zijn aard 'minder zwaar' is. Deze kwalificatie heeft het college in zijn bestreden besluit opgenomen. De ernst van de overtreding is vervolgens, naast de zwaarte van de overtreding, in belangrijke mate afhankelijk van de omgevingsfactoren. Het college heeft voornoemde aspecten allen gezien in zijn bestreden besluit. Op grond van het samenspel van deze elementen heeft het college in concreto de ernst van de overtreding bepaald. Het college is van oordeel dat hij hiermee niet afwijkt van zijn Boetebeleidsregels.

150. Daarnaast stelt Pretium dat er onmogelijk kan worden gesproken van een ernstige overtreding nu er geen enkele klacht is ingediend bij het college betreffende de handelwijze van Pretium ten aanzien van het aanbieden van het recht van verzet.¹¹² Het college merkt op dat het feit dat er geen klachten ten grondslag hebben gelegen aan het bestreden besluit en geen klachten zijn opgenomen in het dossier allerminst uitsluit dat deze klachten zijn ingediend bij het college. Bovendien benadrukt het college dat uit de Boetebeleidsregels blijkt dat de ernst van de overtreding niet enkel afhangt van het aantal klachten dat het college al dan niet heeft binnengekregen over een bepaalde handelwijze van een bepaalde onderneming. Het aantal binnengekomen klachten kan een rol spelen bij het bepalen van de ernst van de overtreding. Het gebrek hieraan, nog los van de vraag of dit überhaupt het geval is, maakt niet dat de overtreding niet ernstig zou kunnen zijn.

151. Vervolgens maakt Pretium bezwaar tegen de door het college vastgestelde omgevingsfactoren die er in het bestreden besluit toe hebben geleid dat de minder zware overtreding door het college is gekwalificeerd als

¹¹⁰ Zie hoofdstuk III, paragraaf G, nrs. 3.151 - 3.160, van het aanvullend bezwaarschrift.

¹¹¹ Zie hoofdstuk III, paragraaf G, nr. 3.158, van het aanvullend bezwaarschrift.

¹¹² Zie hoofdstuk III, paragraaf G, nrs. 3.151 en 3.153, van het aanvullend bezwaarschrift.

Besluit Openbaar

‘ernstige’ overtreding.¹¹³ Deze omgevingsfactoren zijn volgens het bestreden besluit de grote omvang en de schadelijkheid van de overtreding.

152. Ten aanzien van de omvang van de overtreding merkt Pretium op dat het college, naast informatie die zij van de CA heeft verkregen, geen onderzoek heeft gedaan naar het aantal mensen dat door Pretium is benaderd gedurende de onderzoeksperiode.
153. In reactie hierop overweegt het college dat naar zijn oordeel voldoende vast is komen te staan dat Pretium de Tw heeft overtreden. Uit de drie sets met gespreksopnamen en de bevestiging van Pretium¹¹⁴ van het beeld dat hieruit naar voren is gekomen bij het college, is een in redelijkheid voldoende waargetrouw beeld ontstaan over de handelwijze van Pretium gedurende de gehele onderzoeksperiode. Pretium heeft gedurende deze gehele periode telemarketingactiviteiten uitgevoerd op een wijze die niet in overeenstemming is met artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud). Deels door in het geheel geen recht van verzet aan te bieden waar dat wel had gemoeten, en deels door het recht van verzet niet op de vereiste wijze aan te bieden (conform het implementatievoorstel middels een bandje). Dit betekent dat de overtreding van de telemarketingregels continu, gedurende de gehele onderzoeksperiode, heeft plaatsgevonden. Het feit dat de overtreding structureel heeft plaatsgevonden, over een periode van meerdere jaren, maakt naar het oordeel van het college dat het hier per definitie een overtreding met grote omvang betreft.
154. Ten overvloede merkt het college op dat hij, voor zijn beeldvorming, een voorzichtige berekening heeft gemaakt van de orde van grootte van het aantal overtredingen. Het college komt daarbij, in het voor Pretium voordeligste geval, uit op enkele miljoenen overtredingen. Voor deze conservatieve berekening verwijst het college naar randnummer 101 van het bestreden boetebesluit. De gebruikte rekensom acht het college, onder andere gelet op de gehanteerde ‘conservatieve’ methode, realistisch. Het college heeft deze berekening derhalve terecht en in redelijkheid bij de beoordeling van de ernst van de overtreding in haar bestreden besluit betrokken.¹¹⁵ Ten aanzien van de hoeveelheid telemarketinggesprekken heeft Pretium in ieder geval 1,5 miljoen telemarketinggesprekken in het eerste kwartaal van 2007 zelf specifiek benoemd.¹¹⁶
155. Voorts merkt het college op dat Pretium nergens in haar bezwaarschrift daadwerkelijk ingaat op de omvang van de overtreding zoals is benoemd in randnummer 101 van het bestreden besluit. Zij maakt geen bezwaar tegen het aantal overtredingen an sich. Pretium legt enkel de focus op de onderzoekshandelingen van het college en maakt niet inhoudelijk aannemelijk dat het aantal overtredingen zoals door het college in het bestreden besluit is vastgesteld anders had behoren te zijn. Tevens geeft zij geen indicatie ten aanzien van het aantal naar haar oordeel gebelde consumenten gedurende de onderzoeksperiode, die het college tot een ander oordeel heeft doen brengen.
156. Gelet op het voorgaande ziet het college geen reden om te twifelen aan de in het bestreden besluit genoemde omvang en blijft derhalve van oordeel dat het hier een groot aantal overtredingen betreft.

¹¹³ Zie hoofdstuk III, paragraaf G, nrs. 3.153 - 3.157, van het aanvullend bezwaarschrift.

¹¹⁴ Zie onderzoeksrapport, bijlage 9. Zie tevens Hoofdstuk III, paragraaf D.1, nr. 3.94, van het aanvullend bezwaarschrift. Hieruit blijkt dat Pretium in ieder geval gedurende een deel van de onderzoeksperiode het recht van verzet heeft aangeboden conform het implementatievoorstel (middels een bandje).

¹¹⁵ Zie in dit kader tevens: Rechtbank Rotterdam, 7 oktober 2008, *LJN* BG0283.

¹¹⁶ Zie randnummer 64, van het onderzoeksrapport.

Besluit Openbaar

157. Ten aanzien van de schadelijkheid van de telemarketinggesprekken stelt Pretium zich op het standpunt dat haar telemarketingactiviteiten in 2007 niet werden bedreven op een wijze die als storend en als bron van irritatie en overlast werd ervaren door de consument. Bovendien is volgens Pretium niet gebleken dat consumenten daadwerkelijk zijn benadeeld.
158. Het college merkt allereerst op dat benadeling van consumenten door de verkoopgesprekken geen onderdeel uitmaakt van de delictsomschrijving van artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud). Het college hoeft in beginsel geen onderzoek te doen naar -of te bewijzen dat- consumenten daadwerkelijk zijn benadeeld.
159. Wel maakt de bijzondere schadelijkheid van de gesprekken onderdeel uit van de bepaling van de boetehoogte voor de vastgestelde overtreding. In dat kader heeft het college in zijn bestreden besluit reeds geconcludeerd dat ongevraagde communicatie in de vorm van telefonische verkoopgesprekken in zijn algemeenheid een grote bron van irritatie vormt en veel overlast veroorzaakt bij consumenten. Dit was al het geval in 2007, wat onder andere blijkt uit wetenschappelijk onderzoek dat voorafgaand aan de overtreding is uitgevoerd.¹¹⁷ Ook uit de wetsgeschiedenis blijkt zonder twijfel dat ongevraagde communicatie in de vorm van telemarketinggesprekken in zijn algemeenheid, ook in 2007, overlast veroorzaakt.¹¹⁸ Artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud) is in het leven geroepen om juist deze irritatie en overlast te verminderen.
160. Nu de wetgever reeds heeft vastgesteld dat ongewenste verkoopgesprekken irritatie opwekken, en derhalve schadelijk zijn, is het college in het kader van de vaststelling van de boetehoogte niet gehouden om te onderzoeken of de specifieke verkoopgesprekken van Pretium overlast hebben opgeleverd, of hoe deze overlast zich concreet heeft gemanifesteerd bij individuele consumenten. Pretium heeft bovendien in het geheel niet aannemelijk gemaakt dat nu juist haar telemarketinggesprekken niet als storend en als bron van irritatie en overlast werden ervaren bij de consumenten die zij heeft benaderd.
161. Resumerend is het college van oordeel dat bij het structureel niet aanbieden van het recht van verzet collectieve belangen van consumenten in het geding zijn.¹¹⁹ Deze factoren zorgen er gezamenlijk voor dat de overtreding aangemerkt dient te worden als een ernstige overtreding. Het bezwaar van Pretium op dit punt treft geen doel.
162. Ten aanzien van de duur van de overeenkomst stelt Pretium voorts dat de drie sets gesprekken slechts momentopnamen waren, welke door het college onterecht met elkaar zijn verbonden. Naar het oordeel van Pretium is haar handelwijze aanzienlijk gewijzigd in de periode tussen de sets gesprekken.¹²⁰
163. In paragraaf 9.3.1 van dit besluit heeft het college reeds geconcludeerd dat de drie sets gespreksopnamen een representatief beeld geven van de wijze waarop Pretium het recht van verzet heeft aangeboden gedurende de gehele onderzoeksperiode. In paragraaf 9.1 van dit besluit heeft het college vervolgens geconcludeerd dat Pretium in geen van die sets het recht van verzet op een structureel goede wijze heeft

¹¹⁷ Zie SEO Economisch Onderzoek, *Telemarketing, irritatie geregeld?* (onderzoek in opdracht van het ministerie van Economische Zaken), Amsterdam 2007.

¹¹⁸ Zie de toelichting bij het amendement van het lid Van Dam, *Kamerstukken II*, 2002/03, 28 851, nr. 14.

¹¹⁹ Zie in dit verband ook Rechtbank Rotterdam, 8 maart 2012, *LJN BV8617*.

¹²⁰ Zie hoofdstuk III, paragraaf G, nrs. 3.160 - 3.161, van het aanvullend bezwaarschrift.

Besluit Openbaar

aangeboden. Het college is derhalve van oordeel dat Pretium gedurende de gehele onderzoeksperiode het recht van verzet niet correct heeft aangeboden.

164. Of en wanneer Pretium haar werkwijze mogelijk heeft aangepast gedurende de onderzoeksperiode doet naar het oordeel van het college niet ter zake, nu vaststaat dat Pretium met gebruikmaking van beide werkwijzen niet aan de telemarketingregelgeving voldeed.

9.4.3 Conclusie ten aanzien van de opgelegde boete

165. Gelet op al het voorgaande is het college van oordeel dat het college terecht een boete heeft opgelegd aan Pretium. De overtreden norm was duidelijk, en had ook voor Pretium duidelijk moeten zijn. De mogelijke verwijtbaarheid van de betrokken callcenters is voor de opgelegde boete aan Pretium niet relevant. Ook acht het college de hoogte van de opgelegde boete correct vastgesteld. Het college acht alle bezwaren van Pretium ten aanzien van de opgelegde boete ongegrond.

9.5 Besluit tot openbaarmaking

166. Tot slot komt Pretium op tegen openbaarmaking van het bestreden besluit van het college van 17 oktober 2011 nu het besluit naar het oordeel van Pretium onrechtmatig is. Ook stelt zij dat openbaarmaking onrechtmatig is zolang het bestreden besluit geen formele rechtskracht heeft gekregen.¹²¹

167. Het college overweegt in zijn algemeenheid dat het op grond van zijn toezichthoudende taak past dat sanctiebesluiten worden gepubliceerd, zodat bekendheid wordt gegeven aan de wijze van uitvoering van deze taak. Artikel 8 en 10 Wob bieden in het algemeen basis om sanctiebesluiten volledig te publiceren. Hierbij is een belangenafweging van het college vereist.

168. Van onevenredige benadeling van een beboete onderneming zal sprake kunnen zijn als het boetebesluit uiteindelijk in rechte geen stand houdt. Er bestaat voor de beboete onderneming echter de mogelijkheid om bij de ter zake bevoegde rechter een voorlopige voorziening te vragen met als strekking dat het boetebesluit niet of op een bepaalde wijze openbaar wordt gemaakt. Nu de beboete onderneming deze mogelijkheid heeft en hiertoe in de gelegenheid wordt gesteld door het college, dient het belang van publicatie niet te wijken ter voorkoming van onevenredige benadeling van de beboete onderneming.¹²² Gelet op het voorgaande kan het college boetebesluiten publiceren voordat deze formele rechtskracht hebben gekregen.

169. Ten aanzien van het bestreden besluit in kwestie heeft de voorzieningenrechter in zijn uitspraak van 22 december 2011 een oordeel geveld over de rechtmatigheid van het besluit en publicatie hiervan. Het college heeft het bestreden besluit, in overeenstemming met de uitspraak van de voorzieningenrechter, niet gepubliceerd. Het college ziet dan ook geen reden zich hier nogmaals over uit te laten en merkt ook dit bezwaar aan als ongegrond.

10 Conclusie

170. Gelet op al het voorgaande is het college van oordeel dat geen van de door Pretium ingediende bezwaren ten aanzien van het bestreden besluit slagen. Het college is na heroverweging van het bestreden besluit

¹²¹ Zie hoofdstuk III, paragraaf H, nr. 3.162 e.v., van het aanvullend bezwaarschrift.

¹²² ABRvS, 10 november 2010, L/JN: BO3468.

Besluit Openbaar

van oordeel dat Pretium artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud) heeft overtreden. Deze overtreding kwalificeert het college als ernstig. De overtreding heeft lang voortgeduurd en valt Pretium volledig te verwijten. Hierdoor blijft de eerder opgelegde boete [PASSAGE VERWIJDERD IN VERBAND MET UITSRPAAK RECHTBANK].

11 Besluit tot Publicatie

171. Het college publiceert sinds 1999 openbare versies van zijn (handhavings)besluiten op zijn website www.opta.nl. In zijn Beleidsregels openbaarmaking OPTA (hierna: publicatiebeleid) heeft het college het algemene belang van artikel 8 Wob dat ertoe noopt openbaarheid te betrachten, geconcretiseerd door te wijzen op het belang van transparantie, het gelijkheidsbeginsel en de preventieve werking.¹²³ Verder neemt het college in aanmerking dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bij uitspraak van 10 november 2010 heeft bepaald dat op basis van de Wob sanctiebesluiten als onderdeel van de toezichthoudende taak volledig, met inbegrip van de namen van de betrokkenen mogen worden gepubliceerd.¹²⁴ Ten aanzien van de vereiste belangenafweging bepaalt de Afdeling dat – voor de beoordeling of sprake is van een onevenredige benadeling van betrokkene(n) – het oordeel over de rechtmatigheid van het te publiceren besluit doorslaggevend is.

172. Op grond van het voorgaande zal het college overgaan tot publicatie van het onderhavige besluit, zonder vermelding van de namen van natuurlijke personen en bedrijfsvertrouwelijke gegevens. Met inachtneming van het hiervoor genoemde publicatiebeleid acht het college publicatie in dit concrete geval in het belang van consumenten om kennis te nemen van het feit dat ten aanzien van Pretium is vastgesteld dat deze in strijd heeft gehandeld met het in artikel 11.7, vierde lid, Tw (oud) bepaalde en dat aan haar een sanctie is opgelegd. Consumenten worden zo gewaarschuwd voor dit soort overtredingen. Consumenten die hierdoor al zijn getroffen of hierover zelfs al hebben geklaagd komen op deze manier te weten dat er effectief is gehandhaafd om hun belang te beschermen. Daarnaast is het ook in het belang van marktpartijen om kennis te nemen van de ten aanzien van andere marktdeelnemers genomen (sanctie)besluiten. Afnemers en leveranciers worden zo gewaarschuwd en concurrenten komen zo te weten dat er ter bescherming van hun belang is opgetreden. Ook gaat er een algemeen preventief effect van uit richting potentiële andere overtreders evenals een preventief effect richting de overtreder zelf, die hierdoor meer geprikkeld zal worden om herhaling in de toekomst te voorkomen. Deze belangen dienen naar het oordeel van het college zwaarder te wegen dan het belang van Pretium. Van overige belangen of omstandigheden, op grond waarvan zou moeten worden afgezien van publicatie, is het college niet gebleken.

¹²³ Beleidsregels openbaarmaking OPTA, *Stcrt.* (1 april) 2009, nr. 63, laatstelijk gewijzigd bij besluit van 6 juni 2011, *Stcrt.* (10 juni) 2011, 9747, tevens gepubliceerd op www.opta.nl.

¹²⁴ ABRvS, 10 november 2010, *LJN:BO3468*.

Besluit Openbaar

12 Dictum

173. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit acht alle bezwaren van Pretium Telecom B.V. tegen zijn besluit van 17 oktober 2011 inzake de oplegging van een boete [PASSAGE VERWIJDERD IN VERBAND MET UITSRPAAK RECHTBANK] Pretium Telecom B.V. voor overtreding van artikel 11.7, vierde lid, van de Telecommunicatiewet (oud) ongegrond. Het bestreden besluit van 17 oktober 2011 blijft hiermee in stand.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,

w.g.

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

Beroepsmogelijkheid

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

Het postadres is: Rechtbank Rotterdam, sector Bestuursrecht, Postbus 50591, 3007 BM Rotterdam. Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet tenminste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden.

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

Besluit Openbaar

Bijlage 1 Juridisch kader

Deze bijlage bevat de relevante wetsartikelen uit de Telecommunicatiewet (hierna: de Tw), de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb) en de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: de Wob) over de overtreding, bevoegdheid van het college en openbaarmaking. Tevens zijn de belangrijkste punten weergegeven uit de Boetebeleidsregels.¹²⁵

Ten aanzien van de overtreding

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

“Het gebruik van andere dan in het eerste lid bedoelde middelen voor het overbrengen van commerciële, ideële of charitatieve doeleinden aan abonnees is toegestaan, tenzij de desbetreffende abonnee te kennen heeft gegeven dat hij communicatie waarbij van deze middelen gebruik wordt gemaakt, niet wenst te ontvangen en indien de abonnee bij elke overgebrachte communicatie de mogelijkheid wordt geboden om verzet aan te tekenen tegen het verder gebruik van zijn elektronische contactgegevens. Aan de abonnee worden in dat geval geen kosten in rekening gebracht van voorzieningen waarmee wordt voorkomen dat hem een ongevraagde communicatie wordt overgebracht.”

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

5. “Het gebruik van andere dan de in het eerste lid bedoelde middelen voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden aan abonnees is toegestaan met inachtneming van het bepaalde in het zesde tot en met het twaalfde lid, tenzij de abonnee op de in het zesde lid bedoelde wijze, dan wel anderszins te kennen heeft gegeven dat hij de ongevraagde communicatie niet wenst te ontvangen.”

12. “Tijdens elke overgebrachte communicatie wordt de abonnee, tijdens het gesprek, gewezen op het register en wordt hem de mogelijkheid geboden om verzet aan te tekenen tegen het verdere gebruik van zijn elektronische contactgegevens en wordt hem de mogelijkheid geboden tot onmiddellijke opname in het register, bedoeld in het zesdelid. Aan de abonnee worden in elke geval geen kosten in rekening gebracht van voorzieningen waarmee wordt voorkomen dat hem ongevraagde communicatie wordt overgebracht. Artikel 41, tweede lid, van de Wet bescherming persoonsgegevens is van overeenkomstige toepassing.”

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

¹²⁵ Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA), *Stcrt* (29 juli) 2005, nr.145, p. 11.

Besluit Openbaar

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

“Het gebruik van automatische oproepsystemen zonder menselijke tussenkomst, faxen en elektronische berichten voor het overbrengen van ongevraagde communicatie voor commerciële, ideële of charitatieve doeleinden aan abonnees is uitsluitend toegestaan, mits de verzender kan aantonen dat de desbetreffende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend, onverminderd hetgeen is bepaald in het tweede en derde lid.”

5. Artikel 11.8 Tw, luidt:

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

6. Artikel 1.1 aanhef en onder p, Tw luidt:

“Abonnee: natuurlijke persoon of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten.”

Ten aanzien van de bevoegdheid

7. Artikel 15.1, derde lid, Tw luidt:

“Met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens andere bepalingen van deze wet dan bedoeld in het eerste en tweede lid zijn belast de bij besluit van het college aangewezen ambtenaren.”¹²⁶

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

“Het college kan een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 450 000 ter zake van overtreding van de bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde regels, niet zijnde regels bedoeld in het tweede lid, alsmede van artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht.”

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

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

10. Artikel 5:53 Awb luidt:

*“1. Dit artikel is van toepassing indien voor de overtreding een bestuurlijke boete van meer dan € 340 kan worden opgelegd, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.
2. In afwijking van artikel 5:48 wordt van de overtreding steeds een rapport of proces-verbaal opgemaakt.*

¹²⁶ Zie ook: Besluit aanwijzing toezichthoudende ambtenaren OPTA 2009, Staatcourant 2009, nr. 72.

Besluit Openbaar

3. In afwijking van afdeling 4.1.2 wordt de overtreder steeds in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen.”

11. Artikel 5:41 Awb luidt:

“Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten.”

12. Artikel 5:46, tweede lid, Awb, voor zover relevant, luidt:

“Tenzij de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, stemt het bestuursorgaan de bestuurlijke boete af op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.”

Ten aanzien van de openbaarmaking

13. Op grond van artikel 8 Wob verschaft het college uit eigen beweging informatie over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering.
14. Het verstrekken van informatie ingevolge de Wob blijft op grond van artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, Wob achterwege indien de informatie bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.
15. Ingevolge artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, Wob blijft openbaarmaking achterwege indien het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.
16. Op grond van artikel 18.7, vijfde lid, Tw maakt het college met het oog op het bevorderen van een open en concurrerende markt in de elektronische communicatiesector informatie met betrekking tot aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten op een door het college te bepalen wijze bekend voor zover die informatie verband houdt met bij of krachtens de hoofdstukken 4 tot en met 9 en 11 Tw opgelegde verplichtingen. Van gegevens als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel c, Wob wordt geen mededeling gedaan.

Boetebeleidsregels

17. Met de boetebeleidsregels geeft het college invulling aan zijn beleid ten aanzien van het vaststellen van de hoogte van boetes ingevolge artikel 15.4 Tw. Tevens verschaft het college in de boetebeleidsregels inzicht in de factoren die hij meeweegt bij het bepalen van de hoogte van de boete.
18. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt het college overeenkomstig het bepaalde in artikel 15.4, vijfde lid, Tw in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding alsmede met de verwijtbaarheid van de overtreder. Blijkens de parlementaire geschiedenis van de Telecommunicatiewet

Besluit Openbaar

kunnen afhankelijk van het geval ook andere factoren een rol spelen, zoals mogelijke recidive, de bereidheid van de betrokken ondernemers om mee te werken aan het beëindigen van de overtreding, het behaalde voordeel, en dergelijke. Bij iedere boetebeschikking moet worden afgewogen hoe hoog de boete in dat concrete geval moet zijn.

19. De hoogte van de boete dient, behalve te worden afgestemd op de bijzondere omstandigheden van het geval ("maatwerk"), ook bij te dragen aan een doeltreffende toepassing van de Telecommunicatiewet. Als algemene maatstaf daarbij geldt dat de hoogte van de boete in ieder geval zodanig dient te zijn dat deze de overtreder(s) weerhoudt van nieuwe overtredingen (speciale preventie) en ook in algemene termen een afschrikkende werking heeft (generale preventie).
20. Voornoemde afstemming op de economische context en de bijzondere omstandigheden van het geval waarbinnen de overtreding heeft plaatsgevonden loopt overeenkomstig de Boetebeleidsregels langs de volgende lijn.
21. De ernst van de overtreding wordt bepaald door eerst de zwaarte van de overtreding in abstracto te bepalen en daarna deze te bezien in het licht van de omgevingsfactoren (de economische context alsmede de feitelijke gevolgen van de overtreding). Het resultaat van deze afweging bepaalt de definitieve kwalificatie van de overtreding: zeer ernstig, ernstig of minder ernstig. Het hoeft dus niet per se zo te zijn dat een overtreding die aanvankelijk als zwaar wordt aangemerkt (geabstraheerd van omgevingsfactoren) uiteindelijk ook de kwalificatie ernstig krijgt. Afhankelijk van die omgevingsfactoren kan dat ook de naast hogere (zeer ernstig) of lagere (minder ernstig) kwalificatie zijn.
22. Aan elke kwalificatie is voorts een boetecategorie met een maximum boete verbonden. Binnen de bandbreedte per boetecategorie dient met inachtneming van de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder de hoogte van de boete te worden vastgesteld. Hierdoor kan de boete worden gedifferentieerd naar gelang de ernst van de overtreding. Ter bepaling van de uiteindelijke hoogte van de boete kunnen nog boeteverhogende en/of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking worden genomen. Het college stelt de boete vast conform de Boetebeleidsregels met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.