

LJN: BJ2959, Rechtbank Haarlem , 157787 / KG ZA 09-277

Datum uitspraak: 16-07-2009

Datum publicatie: 17-07-2009

Rechtsgebied: Handelszaak

Soort procedure: Kort geding

Inhoudsindicatie: Vordering in kort geding van telecomtoezichthouder OPTA om telecomaanbieder Pretium te verbieden bij telefonische verkoopgesprekken misbruik te maken van haar naam als onafhankelijk toezichthouder. De vordering van Pretium in reconventie om de OPTA te verbieden om bij haar vordering een ambtsbericht van de Consumentenautoriteit te gebruiken wordt afgewezen. De OPTA heeft dit ambtsbericht rechtmatig verkregen en mag daarvan in deze civielrechtelijke procedure gebruik maken, omdat het voorkomen van misbruik van haar naam valt aan te merken als uitvoering van haar taken. In het ambtsbericht zijn delen geciteerd van telefonische verkoopgesprekken door callcentermedewerkers uit naam van Pretium waarin de naam van de OPTA wordt genoemd. Deze citaten zijn op zijn minst suggestief ten aanzien van de rol van de OPTA als telecomtoezichthouder en de rol die zij volgens de betreffende callcentermedewerkers zou hebben gespeeld bij het vrijgeven van het netwerk en verlaging van de telefoonkosten. Deze werkwijze valt voorshands aan te merken als misleidende handelspraktijk in de zin van artikel 6:193g sub d BW en is derhalve onrechtmatig. De voorzieningenrechter bepaalt dat Pretium zich dient te onthouden van enige uitlating en/of suggestie inhoudende dat de OPTA namens Pretium enige bemoeienis heeft (gehad) bij het aanbieden van diensten door Pretium of bij het vaststellen van de tarieven van Pretium. De gevorderde rectificatie wordt afgewezen.

Uitspraak

vonnis

RECHTBANK HAARLEM

Sector civiel recht

zaaknummer / rolnummer: 157787 / KG ZA 09-277

Vonnis in kort geding van 16 juli 2009

in de zaak van

het COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
gevestigd te Den Haag,
eiseres in conventie,
verweerster in reconventie,
advocaat mr. F.W. Bleichrodt te Den Haag,

tegen

de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid
PRETIUM TELECOM BV,
gevestigd te Haarlem,
gedaagde in conventie,
eiseres in reconventie,
advocaat mrs. D.P. Kuipers en M.J. Geus te Den Haag.

Partijen zullen hierna de OPTA en Pretium genoemd worden.

1. De procedure

1.1. Het verloop van de procedure blijkt uit:

- de dagvaarding
- de mondelinge behandeling
- de pleitnota van de OPTA
- de wijziging van eis
- de pleitnota van Pretium
- de eis in reconventie.

1.2. Ten slotte is vonnis bepaald.

2. De feiten

2.1. De OPTA houdt toezicht op de post- en telecommunicatiemarkten. Ingevolge artikel 2 lid 2 van de Wet OPTA bezit de OPTA rechtspersoonlijkheid.

2.2. Pretium is een aanbieder van, onder andere, vaste telefoondiensten. Door middel van telemarketing benadert Pretium consumenten en tracht zij met hen een abonnement voor vaste telefoondiensten af te sluiten. Daartoe maakt zij gebruik van callcenters.

2.3. Op 29 september 2008 heeft een uitzending plaatsgevonden van het televisieprogramma Radar. Tijdens die uitzending zijn opnamen vertoond die met een verborgen camera zijn gemaakt in een callcenter. Aan de orde is een training van nieuwe callcentermedewerkers om telefoonabonnementen voor Pretium telefonisch te verkopen. In de uitzending komt een medewerker van het callcenter aan het woord die telefoongesprekken voert met potentiële nieuwe klanten. In één van die gesprekken zegt deze medewerker:

Ik heb namelijk heel goed nieuws. Dat is dat uw telefoonrekening vanaf volgende maand wordt verlaagd. Dat komt door de nieuwe regeling van de OPTA, dat is de Nederlandse telecomtoezichthouder, die heeft bepaald zowel uw abonnementskosten als uw gesprekskosten namens Pretium Telecom te verlagen, zodat u niet meer hoeft te betalen dan nodig is. Ook in een tweede gesprek met een potentiële nieuwe klant merkt de medewerker op dat door nieuwe regels van de OPTA de telefoonrekening kan worden verlaagd.

2.4. Bij brief d.d. 2 oktober 2008 heeft de advocaat van de OPTA aan Pretium onder meer het volgende geschreven:

De cursusleider [de medewerker als bedoeld in 2.3] doet het in de bedoelde telefonische verkoopgesprekken voorkomen alsof OPTA namens Pretium Telecom de abonnements- en gesprekstarieven heeft vastgesteld. Die voorstelling van zaken is onjuist.

[...]

Met de geciteerde overwegingen wordt misbruik gemaakt van de naam van de OPTA als toezichthouder en wordt aldus onrechtmatig jegens de OPTA gehandeld. Het College van de OPTA houdt Pretium Telecom voor die onrechtmatige daad op grond van art. 6:162 BW en/of art. 6:171 BW aansprakelijk.

Het College van de OPTA verzoekt en [...] sommeert u ervoor zorg te dragen dat Pretium Telecom, inclusief de door haar ingeschakelde callcentermedewerkers, zich in het vervolg onthoudt van elke uitlating en/of suggestie inhoudende dat (het College van de) OPTA namens Pretium Telecom enige bemoeienis heeft (gehad) bij het aanbieden van diensten door Pretium Telecom en/of (het College van de) OPTA enige bemoeienis heeft gehad bij het vaststellen van tarieven van Pretium Telecom.

2.5. In reactie daarop heeft de advocaat van Pretium bij brief d.d. 6 oktober 2008 aan de OPTA laten weten dat de bij het betreffende telemarketingbedrijf getoonde gang van zaken wat Pretium betreft volstrekt onacceptabel is en dat dat ook geldt voor de uitlatingen van de medewerker omtrent de bemoeienis van de OPTA. Volgens Pretium heeft het desbetreffende telemarketingbedrijf gehandeld in strijd met het door Pretium voorgeschreven callscript. Pretium bevestigt dat zij erop toe ziet en zal blijven zien dat de door haar ingeschakelde telemarketingbedrijven uitsluitend het door Pretium vastgestelde script gebruiken en dat callcentermedewerkers van de door haar gebruikte telemarketingbedrijven zich onthouden van elke uitlating en/of suggestie inhoudende dat de OPTA namens Pretium enige bemoeienis heeft (gehad) bij het aanbieden van diensten door Pretium en/of dat de OPTA enige bemoeienis heeft gehad bij het vaststellen van tarieven van Pretium.

2.6. In de uitzending van het televisieprogramma Kassa d.d. 4 april 2009 is aandacht besteed aan de wijze waarop Pretium klanten werft en is onder meer een deel van het volgende gesprek te beluisteren tussen een callcentermedewerker (hierna: C) die belt namens Pretium en een beoogde klant (hierna: K):

K: Maar u bent wel Pretium?

C: Ja, ik ben Pretium. Wij nemen het administratieve gedeelte van de KPN over.

K: Dat is echt zo?

C: Ja. Dat is niet alleen voor u bedoeld meneer maar voor alle KPN-klanten. Dat is omdat er veel klachten zijn binnengekomen dat het veel te duur is en wij van de telecomtoezichthouder toestemming hebben gekregen om het voor u te verlagen.

K: Jaja mevrouw. Ik denk dat ik hier niet op in ga, maar ik vind het wel een heel vreemd verhaal.

2.7. De voorzieningenrechter van de rechtbank Den Haag heeft bij vonnis d.d. 29 juni 2009 (zaaknummer 336735 / KG ZA 09-548) geoordeeld dat de Vara, als omroep die het programma Kassa uitzendt, onrechtmatig jegens Pretium heeft gehandeld door in korte tijd vier uitzendingen, waaronder de uitzending van 4 april 2009, te besteden aan Pretium en daarin meermalen te refereren aan grote hoeveelheden klachten zonder uiteen te zetten dat de gegrondheid van die klachten nog niet is komen vast te staan. De voorzieningenrechter heeft de Vara veroordeeld om de uitzending van Kassa van onder meer 4 april 2009 te verwijderen van de websites uitzendinggemist.nl, kassa.vara.nl en vara.nl en om een rectificatietekst in beeld te brengen tijdens de eerstvolgende uitzending van Kassa en deze eveneens te publiceren op de homepage van Kassa.

2.8. Ingevolge de Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc) is de Consumentenautoriteit belast met de handhaving van de wettelijke bepalingen in de bijlage bij de Whc die zien op consumentenbescherming.

2.9. In artikel 5.1 Whc staat, voor zover van belang, het volgende:

2. Onze minister kan afspraken maken met het bevoegde gezag van:

[...]

e. de Onafhankelijke Post en Telecommunicatieautoriteit;

[...]

3. De afspraken bedoeld in het eerste en het tweede lid, onderdelen b tot en met h, worden vastgelegd in samenwerkingsprotocollen en hebben onder meer betrekking op:

a. effectief en doelmatig toezicht op en optreden tegen inbreuken;

b. consumentenvoorlichting;

c. de gemeenschappelijke activiteiten en verslaglegging, bedoeld in de artikelen 16, 17, en 21 van verordening 2006/2004.

2.10. De Consumentenautoriteit en de OPTA hebben op grond van artikel 5.1 Whc een Samenwerkingsprotocol gesloten. In artikel 15 van het Samenwerkingsprotocol staat:

1. Indien dit voor de uitvoering van de taken noodzakelijk is, kunnen de Consumentenautoriteit en de OPTA de relevante informatie aan elkaar overdragen voor zover wettelijke bepalingen hieraan niet in de weg staan.

2. De Consumentenautoriteit en de OPTA zorgen ervoor dat geheimhouding van de informatie die zij van de andere toezichthouder krijgen voldoende is gewaarborgd.

3. De Consumentenautoriteit en de OPTA gebruiken deze informatie niet voor andere doeleinden dan waarvoor deze is verstrekt.

2.11. Bij besluit d.d. 4 december 2008 heeft de Consumentenautoriteit geconcludeerd dat Pretium in het kader van telefonische verkoopgesprekken verschillende wettelijke bepalingen inzake koop op afstand (artikel 7:46c e.v. BW) heeft overtreden. Daarvoor heeft de Consumentenautoriteit aan Pretium verscheidene boetes en lasten onder dwangsom opgelegd.

2.12. Bij brief d.d. 7 mei 2009 heeft de OPTA aan de Consumentenautoriteit het volgende geschreven:

Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) is onder meer belast met het toezicht op de naleving van artikel 11.7, vierde lid, van de Telecommunicatiewet. In dit kader houdt het college toezicht op de telemarketingactiviteiten van, onder andere, Pretium Telecom.

Het college is in dit verband voornemens om, middels een civiele (kort geding) procedure, Pretium Telecom of door haar ingeschakelde callcentermedewerkers te dwingen om zich te onthouden van enige uitlating en/of suggestie inhoudende dat het college namens Pretium Telecom enige bemoeienis heeft bij het telefonisch aanbieden van diensten (telemarketing) door Pretium Telecom en/of het college enige bemoeienis heeft gehad bij het vaststellen van de tarieven van Pretium Telecom. [...]

De Consumentenautoriteit heeft Pretium Telecom in zijn sanctiebesluit van 4 december 2008 drie bestuurlijke boetes en drie lasten onder dwangsom opgelegd. Op 2 april 2008 heeft staatssecretaris Heemskerk in antwoord op Kamervragen aangegeven dat hij de Consumentenautoriteit heeft verzocht hem voor 1 mei 2009 te informeren of Pretium Telecom aan de in het besluit van de Consumentenautoriteit geformuleerde lasten voldoet. Informatie, door de Consumentenautoriteit verkregen in het kader van een nacontrole om na te gaan of Pretium Telecom aan de opgelegde

lasten voldoet, zou ook voor het college relevant kunnen zijn in de hierboven genoemde civiele procedure.

[...] Op grond van artikel 15 van het samenwerkingsprotocol verzoek ik u om de informatie uit te wisselen die, gezien het bovenstaande, relevant zouden kunnen zijn voor de civiele procedure die het college voornemens is aanhangig te maken jegens Pretium Telecom.

Het college zal de geheimhouding van de informatie die van de Consumentenautoriteit wordt verkregen waarborgen, met dien verstande dat de informatie in het kader van een civiele procedure in beperkte mate openbaar kan worden.

2.13. Naar aanleiding van deze brief heeft de Consumentenautoriteit in een ambtsbericht d.d. 12 mei 2009 (hierna: het ambtsbericht) onder meer geschreven:

De Consumentenautoriteit heeft bij genoemde nacontrole geconstateerd dat er door de in opdracht van Pretium werkzame callcentermedewerkers in de periode van 6 maart 2009 tot 8 april 2009, in meerdere telemarketinggesprekken uitlatingen zijn gedaan die de suggestie zouden kunnen wekken dat de OPTA enige betrokkenheid heeft bij het telefonisch aanbieden van diensten door Pretium. Ter illustratie volgens hierna een paar citaten:

- "Dit komt omdat de toezichthouder heeft bepaald dat het netwerk is vrijgegeven. Dus iedereen met een huistelefoon heeft het recht gekregen om minder te betalen."
- "Dat mogen wij doen omdat van de telecomtoezichthouder, zeg maar, de grote baas, mogen wij u telefonisch benaderen om uw kosten te verlagen."
- "Van de telecomtoezichthouder, de grote baas zeg maar, mogen wij uw facturatie overnemen."
- "Dit komt door de OPTA, dit is de Nederlandse telecomtoezichthouder. Die heeft het netwerk van de KPN vrijgegeven omdat er maandelijks altijd werd geklaagd over de hoge kosten daarvan."

Wellicht ten overvloede merk ik op dat deze informatie vertrouwelijk is en alleen door de OPTA gebruikt mag worden in het kader van de voorgenomen civiele procedure en dat deze informatie niet voor andere doeleinden mag worden gebruikt.

3. Het geschil in conventie

3.1. De OPTA vordert – samengevat – om bij vonnis uitvoerbaar bij voorraad te bepalen dat Pretium I zich met onmiddellijke ingang, rechtstreeks en door tussenkomst van de door haar ingeschakelde callcentermedewerkers, dient te onthouden van enige uitlating en/of suggestie inhoudende dat de OPTA of de (telecom)toezichthouder namens Pretium enige bemoeienis heeft (gehad) bij het aanbieden van diensten door Pretium en/of de OPTA of de (telecom)toezichthouder enige bemoeienis heeft gehad bij het vaststellen van de tarieven van Pretium, zulks op straffe van een dwangsom; II binnen drie werkdagen na betekening van dit vonnis een rectificatie publiceert in ten minste één landelijk dagblad en voor minimaal drie maanden op de homepage van de website van Pretium, inhoudende:

Pretium Telecom erkent dat zij door tussenkomst van callcentermedewerkers het ten onrechte in telefonische verkoopgesprekken heeft doen voorkomen alsof de OPTA of de (telecom)toezichthouder namens Pretium Telecom de abonnements- en gesprekstarieven heeft vastgesteld, althans heeft goedgekeurd. Pretium Telecom benadrukt dat de OPTA of de (telecom)toezichthouder op geen enkele wijze bemoeienis heeft gehad bij het tot stand komen van de abonnements- en gesprekstarieven van Pretium Telecom.,

zulks op straffe van een dwangsom, althans dat de voorzieningenrechter zodanige voorziening zal treffen als de voorzieningenrechter passend voorkomt;

III wordt veroordeeld in de proceskosten, zulks met bepaling dat daarover wettelijke rente verschuldigd zal zijn met ingang van veertien dagen na de datum van dit vonnis en met verklaring dat het vonnis uitvoerbaar bij voorraad zal zijn.

3.2. Pretium voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. Het geschil in reconventie

4.1. Pretium vordert samengevat – bij voorraad op de minuut en op alle dagen en uren: I de OPTA te verbieden om met een beroep op haar publiekrechtelijke toezichthoudende bevoegdheden en/of het Samenwerkingsprotocol bedrijfsvertrouwelijke informatie bij de Consumentenautoriteit betreffende Pretium op te vragen met het doel deze informatie te gebruiken in een civielrechtelijke procedure;

II de OPTA te verbieden om gebruik te maken van de bedrijfsvertrouwelijke informatie die zij naar aanleiding van haar infoverzoek d.d. 7 mei 2009 heeft ontvangen;

III de OPTA te gebieden het ambtsbericht binnen drie werkdagen na het wijzen van dit vonnis terug te zenden naar de Consumentenautoriteit, onder verwijzing naar dit vonnis in reconventie en onder gelijktijdige verzending van een kopie van zijn bericht aan de Consumentenautoriteit aan Pretium, en tevens alle kopieën die van het ambtsbericht zijn gemaakt, inclusief de daaruit afkomstige informatie, direct te vernietigen;

IV te bepalen dat de OPTA voor iedere dag dat zij niet of niet volledig aan dit vonnis voldoet een dwangsom verbeurt;

V te bepalen dat dit vonnis (zowel in conventie als in reconventie) niet gepubliceerd zal worden, althans dat dit vonnis ten aanzien van Pretium geanonimiseerd zal dienen te worden;

VI zodanige voorzieningen te treffen als de voorzieningenrechter in goede justitie geraden acht;

VII de OPTA te veroordelen in de proceskosten.

4.2. De OPTA voert verweer. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

5. De beoordeling in conventie en in reconventie

5.1. Pretium heeft verzocht eerst haar vorderingen in reconventie te beoordelen alvorens over te gaan tot beoordeling van de vorderingen in conventie, omdat de OPTA ter onderbouwing van haar vordering in conventie gebruik maakt van het ambtsbericht, welk gebruik Pretium in reconventie juist vordert om te verbieden.

5.2. Gegeven de omstandigheid dat dit belang evident is en de OPTA daartegen geen bezwaar heeft gemaakt, ziet de voorzieningenrechter aanleiding om eerst de vorderingen in reconventie te beoordelen.

reconventie

5.3. Pretium heeft aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat de OPTA misbruik maakt van haar publiekrechtelijke bevoegdheden op grond van de Wet Onafhankelijke post- en telecommunicatieautoriteit (hierna: Wet Opta) en de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) door de Consumentenautoriteit op basis van het Samenwerkingsprotocol te verzoeken haar informatie te verstrekken voor een doel dat buiten het kader van deze wetten valt. Het instellen van een civielrechtelijke vordering uit onrechtmatige daad is immers geen wettelijke taak waarmee de OPTA is belast. Voor de uitwisseling van vertrouwelijke gegevens is, ook tussen overheidsinstanties, altijd een wettelijke grondslag nodig en bij gebreke daarvan geldt de geheimhoudingsverplichting van artikel 2:5 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb). Artikel 5.1 Whc en het Samenwerkingsprotocol bieden geen enkele grondslag voor het verstrekken van bedrijfsvertrouwelijke informatie over Pretium aan de OPTA, niet ten behoeve van een civielrechtelijke procedure als de onderhavige en evenmin in het kader van de uitvoering van de wettelijke taken van de OPTA. Het opvragen van bedrijfsvertrouwelijke informatie, met name voor doeleinden buiten het kader van de wettelijke taken van de OPTA, is in strijd met het verbod op misbruik van bevoegdheid, zoals neergelegd in artikel 3:13 BW en artikel 3:3 Awb, aldus Pretium.

5.4. Zoals vermeld in 2.9 is in artikel 5.1 lid 3 onder a Whc onder meer vastgelegd dat de Consumentenautoriteit met de OPTA afspraken kan maken die betrekking hebben op effectief en doelmatig toezicht op en optreden tegen inbreuken. Deze bepaling is dusdanig ruim geformuleerd dat voorshands niet anders kan worden geoordeeld dan dat de bepaling in artikel 15 lid 1 van het Samenwerkingsprotocol die ziet op wederzijdse informatieoverdracht indien dit voor de uitvoering van de taken, waaronder het optreden tegen inbreuken, noodzakelijk is, daar ook onder valt. Aldus bestaat er een wettelijke grondslag voor het uitwisselen van informatie tussen de OPTA en Consumentenautoriteit indien dit voor het uitvoeren van de taken, onder andere het houden van toezicht, noodzakelijk is. Weliswaar heeft de OPTA in het begin van haar in 2.12 geciteerde brief d.d. 7 mei 2009 voor het verkrijgen van informatie van de Consumentenautoriteit ook verwezen naar haar toezichthoudende taken in het kader van de Tw, maar uit het vervolg van de brief blijkt dat de OPTA tot doel had informatie te verkrijgen voor het voeren van de onderhavige civiele procedure. Het voeren van civiele procedures valt echter in beginsel niet onder het uitvoeren van de publiekrechtelijke taken van de OPTA, zodat in zoverre sprake zou kunnen zijn van misbruik van bevoegdheid. Dat is hier echter niet het geval. De onderhavige civielrechtelijke vordering van de zijde van de OPTA in conventie beoogt te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van de naam en het gezag van de OPTA als onafhankelijk toezichthouder. Aangezien voor een onafhankelijk toezichthouder als de OPTA haar goede naam en gezag wezenlijk zijn om haar taken te kunnen blijven uitoefenen, valt het voeren van een civielrechtelijke procedure op die grond aan te merken als een procedure tot uitvoering van haar taken. Daarmee kan niet worden geoordeeld dat sprake is van misbruik van bevoegdheid door de OPTA door het opvragen van informatie bij de Consumentenautoriteit ten behoeve van deze

procedure, noch in de zin van artikel 3:13 BW, noch in de zin van artikel 3:3 Awb.

5.5. Zonder nadere onderbouwing, die ontbreekt, valt niet in te zien dat de enkele hiervoor in 2.13 weergegeven citaten uit het ambtsbericht van zodanige bedrijfsvertrouwelijke aard zijn dat openbaarmaking in het kader van deze procedure Pretium in haar bedrijfsvoering zal schaden. Het belang van de OPTA om de inhoud van het ambtsbericht te kunnen gebruiken in het kader van haar vordering in conventie is derhalve groter dan het belang van Pretium bij geheimhouding van deze gegevens. Nu de OPTA het ambtsbericht bovendien op rechtmatige wijze heeft verkregen, bestaat er geen grond voor toewijzing van het gevorderde sub II.

5.6. Gelet op dit oordeel bestaat evenmin grond voor terugzending van het ambtsbericht naar de Consumentenautoriteit, zodat de vordering sub III eveneens zal worden afgewezen.

5.7. Het gevorderde sub I is zodanig geformuleerd dat het ziet op een verbod voor het opvragen van informatie door de OPTA bij de Consumentenautoriteit in de toekomst. Naast de omstandigheid dat een dergelijk verbod te algemeen is en reeds om die reden niet kan worden toegewezen, heeft Pretium bovendien nagelaten deze vordering te onderbouwen. Deze vordering zal dan ook worden afgewezen.

5.8. De gevorderde bepaling dat het vonnis in deze zaak niet gepubliceerd zal worden, komt evenmin voor toewijzing in aanmerking. Voor zover Pretium aan haar vordering ten grondslag heeft willen leggen dat in het ambtsbericht bedrijfsvertrouwelijke gegevens worden weergegeven die niet openbaar mogen worden, geldt ook hier dat Pretium heeft nagelaten deze stelling te onderbouwen en dat niet valt in te zien dat de gegevens uit het ambtsbericht van zodanige bedrijfsvertrouwelijke aard zijn dat openbaarmaking in het kader van deze procedure Pretium in haar bedrijfsvoering zal schaden. De enkele omstandigheid dat de onderhavige uitspraak beslissingen kan bevatten die voor Pretium niet gunstig zijn, is geen reden om te bepalen dat dit vonnis niet openbaar gemaakt mag worden dan wel dat dit voor wat betreft Pretium geanonimiseerd dient te worden.

5.9. Pretium zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van de OPTA worden begroot op:

- salaris advocaat EUR 408,00 (factor 0,5 × tarief EUR 816,00)

Totaal EUR 408,00

in conventie

5.10. De OPTA heeft aan haar vorderingen ten grondslag gelegd dat uit voornoemde uitzendingen van de televisieprogramma's Radar en Kassa en uit het ambtsbericht blijkt dat in telefonische verkoopgesprekken ten behoeve van Pretium aan potentiële klanten onjuiste uitlatingen worden gedaan ten aanzien van de OPTA en dat daardoor misbruik wordt gemaakt van de naam van de OPTA. Volgens de OPTA is het onjuiste verband dat in de verkoopgesprekken wordt gelegd tussen de tariefstructuur van Pretium en de OPTA misleidend in de zin van de Richtlijn oneerlijke handelspraktijken 2005/29/EG en artikel 6:194 jo 6:193g sub d BW. Pretium doet het voorkomen alsof de zegen van de OPTA op de aangeboden tarieven en de telefonische wervingsactiviteit rust, hetgeen niet het geval is. Door de uitlatingen wordt namens Pretium misbruik gemaakt van de goede naam en het gezag van de OPTA als telecomtoezichthouder. Volgens de OPTA is Pretium aansprakelijk voor de gevolgen daarvan.

5.11. Ten aanzien van de uitzending van Radar heeft Pretium erkend dat er in telefonische verkoopgesprekken uit haar naam onjuiste uitlatingen zijn gedaan over de rol van de OPTA, maar dat dit tegen de uitdrukkelijke instructies van Pretium in gebeurde en dat deze uitlatingen in de relatie tussen haar en de OPTA zijn rechtgezet. Het verkoopgesprek dat in het programma Kassa te horen is en de mededelingen die daarin over de OPTA worden gedaan, zijn volgens Pretium misschien feitelijk niet correct, maar in ieder geval in strijd met het callscript.

Volgens Pretium biedt de informatie uit het ambtsbericht geen steun voor de stelling dat Pretium structureel de naam van de OPTA misleidend of op onrechtmatige wijze zou hebben gebruikt. Het betreft uit hun context getrokken citaten uit slechts vier gesprekken uit een totale verzameling van bijna 700 gesprekken die de Consumentenautoriteit heeft ingevorderd. Hoewel de citaten niet altijd de schoonheidsprijs verdienen en deze soms bepaald ongenueanceerd zijn, kan niet worden gezegd dat ze feitelijk onjuist zijn en al helemaal niet dat ze misleidend of onrechtmatig zijn. Die conclusie kan zeker niet worden getrokken zonder dat de volledige gesprekken in aanmerking worden genomen. Ten slotte zijn ook deze citaten oud nieuws. Pretium gebruik inmiddels een nieuw callscript waarin de naam van de OPTA niet meer voorkomt, zoals blijkt uit de grote hoeveelheid voorbeelden van telemarketinggesprekken die in de maand juni 2009 zijn gevoerd, aldus Pretium.

5.12. De voorzieningenrechter stelt vast dat Pretium heeft erkend dat de uitlatingen die namens haar zijn gedaan in telefonische verkoopgesprekken zoals die te horen waren in de uitzending van Radar in september 2008 onjuist waren en dat zulks niet had mogen gebeuren. Voor wat betreft de uitzending van Kassa van 4 april 2009 heeft Pretium ook erkend dat daarin uitspraken te horen zijn geweest van een callcentermedewerker die op onjuiste wijze gebruik heeft gemaakt van de naam van de OPTA. De omstandigheid dat deze uitspraken in strijd zouden zijn met het door Pretium voorgeschreven callscript doet aan de onrechtmatigheid van deze uitspraken niets af. Pretium heeft niet betwist dat zij aansprakelijk is voor uitlatingen die gedaan zijn door haar ingehuurde callcentermedewerkers, ook al zijn deze niet conform het callscript. De Kassa-uitzending is weliswaar inmiddels op vordering van Pretium door de Haagse voorzieningenrechter (zie 2.7) onrechtmatig geoordeeld, maar daarbij is van belang op te merken dat het oordeel van de Haagse voorzieningenrechter om de Vara te gebieden de uitzending van Kassa van verschillende websites te halen zag op onrechtmatig handelen van de Vara jegens Pretium en niet op het gebruik van de naam van de OPTA door Pretium. Deze uitspraak doet dan ook niet af aan het door Pretium zelf erkende onjuiste gebruik van de naam van de OPTA zoals dat te horen is geweest in de betreffende uitzending van Kassa.

5.13. Hoewel de in het ambtsbericht geciteerde delen van gesprekken niet zonder meer in strijd zijn met de waarheid, moet in ieder geval worden vastgesteld dat deze op zijn minst suggestief zijn ten aanzien van de rol van de OPTA als telecomtoezichthouder en de rol die zij volgens de betreffende callcentermedewerkers zou hebben gespeeld bij het vrijgeven van het netwerk en verlaging van de telefoonkosten. Niet valt dan ook uit te sluiten dat onwetende consumenten die op een onverwacht moment zijn gebeld, daaruit hebben opgemaakt dat de werkwijze en de prijzen van Pretium door de OPTA zijn goedgekeurd dan wel door haar worden aanbevolen. Deze werkwijze valt voorshands aan te merken als misleidende handelspraktijk in de zin van artikel 6:193g sub d BW en is derhalve onrechtmatig. Van een misleidende mededeling als bedoeld in artikel 6:194 BW kan echter geen sprake zijn, nu het in deze een persoonsgerichte benadering per telefoon betreft die niet door de regeling wordt bestreken.

5.14. Het betoog van Pretium dat de citaten uit het ambtsbericht incidenten betreffen en dat daaruit niet kan worden afgeleid dat structureel sprake is van misbruik van de naam van de OPTA treft geen doel. In het ambtsbericht staat dat er is geconstateerd dat er door de in opdracht van Pretium werkzame callcentermedewerkers in de periode van 6 maart 2009 tot 8 april 2009, in meerdere telemarketinggesprekken uitlatingen zijn gedaan die de suggestie zouden kunnen wekken dat de OPTA enige betrokkenheid heeft bij het telefonisch aanbieden van diensten door Pretium. Uit de omstandigheid dat de daaropvolgende citaten zijn toegevoegd ter illustratie volgt reeds dat de naam van de OPTA vaker onjuist is gebruikt dan uitsluitend in de gesprekken die ten grondslag liggen aan de citaten. Hoewel vooralsnog niet kan worden vastgesteld dat de naam van de OPTA structureel misbruikt is, levert het voorgaande voldoende grond op voor het oordeel dat sprake is van meer dan een enkel incident. Overigens doet de stelling van Pretium dat het misbruik niet structureel is niet af aan de omstandigheid dat misbruik van de naam van de OPTA in elk telefonisch verkoopgesprek onrechtmatig is.

5.15. Het gevorderde sub I is volgens Pretium volstrekt overbodig, omdat zij er helemaal niet op uit is om de naam van de OPTA in haar werving te gebruiken of te laten gebruiken door callcentermedewerkers. De naam van de OPTA komt ook helemaal niet meer voor in het per 28 maart 2009 ingevoerde nieuwe callscript, aldus Pretium.

5.16. Hoewel juist is dat de naam van de OPTA geen rol meer speelt in het sinds 28 maart 2009 gehanteerde callscript, blijkt uit het ambtsbericht dat in de periode van 6 maart tot 8 april 2009, derhalve ook ná 28 maart 2009 de naam van de OPTA onrechtmatig is gebruikt door callcentermedewerkers. Daarnaast heeft Pretium reeds in haar brief d.d. 6 oktober 2008 aan de OPTA toegezegd dat zij erop zal blijven toezien dat misbruik van de naam van de OPTA niet meer voor zal komen, maar is nadien gebleken dat misbruik niettemin is voorgekomen. Vanwege het voorgaande heeft de OPTA derhalve belang bij het gevorderde verbod, zodat dit zal worden toegewezen.

5.17. De gevorderde dwangsom zal worden gematigd en gemaximeerd als volgt.

5.18. De gevorderde rectificatie zal worden afgewezen. De gesprekken die bij Radar en Kassa te beluisteren zijn geweest, dateren van september 2008 respectievelijk januari 2009. Nu er sindsdien geruime tijd is verstreken, is een rectificatie niet meer adequaat. Voor zover de OPTA heeft bedoeld tevens rectificatie te vorderen ten aanzien van telefoongesprekken met individuele consumenten waar het ambtsbericht op doelt, welke gesprekken niet op andere wijze publiekelijk bekend zijn gemaakt, heeft te gelden dat de OPTA heeft nagelaten haar belang bij een zo vérstrekkende voorziening als een wel publiekelijke rectificatie te onderbouwen en dat niet zonder meer valt in te zien welk belang de OPTA daarbij heeft.

5.19. Pretium zal als de grotendeels in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van de OPTA worden begroot op:

- dagvaarding EUR 85,98
 - vast recht 262,00
 - overige kosten 0,00
 - salaris advocaat 816,00
- Totaal EUR 1.163,98

6. De beslissing

De voorzieningenrechter

in conventie

6.1. bepaalt dat Pretium zich met onmiddellijke ingang, rechtstreeks en door tussenkomst van de door haar ingeschakelde callcentermedewerkers, dient te onthouden van enige uitlating en/of suggestie inhoudende dat (het College van de) OPTA of de (telecom)toezichthouder namens Pretium enige bemoeienis heeft (gehad) bij het aanbieden van diensten door Pretium en/of (het College van de) OPTA of de (telecom)toezichthouder enige bemoeienis heeft gehad bij het vaststellen van de tarieven van Pretium,

6.2. bepaalt dat Pretium voor iedere dag dat zij in strijd handelt met het onder 6.2 bepaalde, aan de OPTA een dwangsom verbeurt van EUR 10.000,00, tot een maximum van EUR 250.000,00,

6.3. veroordeelt Pretium in de proceskosten, aan de zijde van de OPTA tot op heden begroot op EUR 1.163,98, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf de vijftiende dag na betekening van dit vonnis tot de dag van volledige betaling,

6.4. verklaart dit vonnis in conventie tot zover uitvoerbaar bij voorraad,

6.5. wijst het meer of anders gevorderde af,

in reconventie

6.6. weigert de voorziening,

6.7. veroordeelt Pretium in de proceskosten, aan de zijde van de OPTA tot op heden begroot op EUR 408,00,

6.8. verklaart dit vonnis in reconventie wat betreft de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

Dit vonnis is gewezen door mr. S. Sicking en in het openbaar uitgesproken op 16 juli 2009.?
