

**LJN: BQ3528, Rechtbank Rotterdam , AWB 09/4100 BC - T1 en AWB 09/4101 BC - T1**

Datum uitspraak:04-05-2011

Datum 04-05-2011

publicatie:

Rechtsgebied: Bestuursrecht overig

Soort procedure: Eerste aanleg - meervoudig

Inhoudsindicatie: opleggen boetes en/of last onder dwangsom op grond van artikel 8.5, tweede lid, van de Wet handhaving consumentenbescherming wegens overtredingen van de verplichtingen van het Burgerlijk Wetboek aangaande koop op afstand (bepalingen van afdeling 9A, boek 7, van het BW).  
Publicatie sanctiebesluit.

**Uitspraak**

RECHTBANK ROTTERDAM

Sector Bestuursrecht

Meervoudige kamer

Reg.nrs.: AWB 09/4100 BC - T1 en AWB 09/4101 BC - T1

Uitspraak in de gedingen tussen

Pretium Telecom B.V., gevestigd te Haarlem, eiseres,  
gemachtigden mr. M.J. Geus en mr. drs. D.P. Kuipers, advocaat te 's-Gravenhage,

en

de Consumentenautoriteit, verweerder,  
gemachtigde mr. A.J. Boorsma, advocaat te 's-Gravenhage.

**1 Ontstaan en loop van de procedures**

Bij besluit van 4 december 2008 (hierna: sanctiebesluit, of primaire besluit) heeft verweerder - kort gezegd - eiseres drie boetes opgelegd van in totaal € 87.000 wegens overtredingen van de verplichtingen van het Burgerlijk Wetboek (BW) en tevens een drietal lasten onder dwangsom opgelegd.

Op 4 december 2008 heeft verweerder voorts besloten het sanctiebesluit openbaar te maken (hierna: publicatiebesluit).

Tegen beide besluiten heeft eiseres bij brief van 12 januari 2008 bezwaar gemaakt.

Bij besluit van 27 oktober 2009 (hierna: het bestreden besluit I) heeft verweerder het bezwaar deels gegrond verklaard en één van de drie opgelegde boetes herroepen in die zin dat deze wordt verlaagd en aldus de totale boete verlaagd. Het bezwaar is voor het overige ongegrond verklaard.

Bij besluit van eveneens 27 oktober 2009 (hierna: het bestreden besluit II) heeft verweerder het bezwaar tegen het publicatiebesluit ongegrond verklaard.

Tegen deze besluiten heeft eiseres bij brieven van 3 december 2009 beroep ingesteld.

Bij brief van 8 februari 2010 heeft verweerder de stukken ingediend. Ten aanzien van (gedeelten van) deze stukken heeft verweerder bij brief van 8 februari 2010, op grond van artikel 8:29, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), de rechtbank meegedeeld dat uitsluitend zij daarvan kennis zal mogen nemen en verzocht met toepassing van artikel 8:29, derde lid, van de Awb te beslissen dat de beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is.

Verweerder heeft bij brief van 4 mei 2010 een verweerschrift ingediend.

Bij beslissing van 30 september 2010 heeft de rechter-commissaris verweerders verzoek tot beperking van de kennisneming gerechtvaardigd geacht.

Eiseres heeft bij brief van 28 december 2010 toestemming verleend als bedoeld in artikel 8:29, vijfde lid, van de Awb, zodat de rechtbank ook mede op de grondslag van de stukken waarvan beperking van de kennisneming gerechtvaardigd is geacht, uitspraak kan doen.

Het onderzoek ter zitting heeft plaatsgevonden op 3 februari 2010. Voor eiseres zijn verschenen haar gemachtigden en [naam]. Verweerder heeft zich laten vertegenwoordigen door zijn gemachtigde en diens kantoorgenoot mr. E.C. Pietermaat.

## 2 Overwegingen

### 2.1 Feiten en omstandigheden

Eiseres is een in Nederland gevestigde aanbieder van, onder andere, vaste telefoondiensten. Begin 2007 is zij een grootschalige landelijke telefonische wervingscampagne gestart. Aanleiding daarvoor was dat consumenten vanaf 1 januari 2007 als gevolg van regulering door de OPTA niet alleen meer bij KPN maar ook bij andere telecomaanbieders terecht konden voor een vastnetabonnement (Wholesale Line Rental, WLR). Voor die datum kon door de consument alleen van KPN een vastnetabonnement worden afgenomen. De uitgaande gesprekken konden ofwel via KPN verlopen ofwel via een CarrierPreSelect (CPS)-aanbieder lopen. In het laatste geval bracht de CPS-aanbieder de gesprekskosten bij de consument in rekening en ontving de consument dus twee rekeningen: één van KPN voor het telefoonabonnement en één van de CPS-aanbieder voor de belkosten (CPS). In het eerste geval ontving de consument één rekening van KPN voor zowel de vaste abonnementskosten en de variabele gesprekskosten.

Eiseres heeft voor het telefonisch benaderen van consumenten gebruik gemaakt van de diensten van meerdere callcenter bedrijven. Indien de benaderde consument gebruik wenste te maken van het telefonische aanbod werd er telefonisch een overeenkomst gesloten. In dat geval stuurde eiseres de consument na het telefoongesprek een bevestigingsbrief en een welkomstmap.

Bij het telefonisch werven maakte eiseres een onderscheid in drie groepen consumenten, te weten: 'koud', 'conversie' en 'herwinning'. De groep 'koud' bestond uit consumenten die nooit eerder een overeenkomst met eiseres hadden gesloten en die werden benaderd om een vastnetabonnement af te sluiten. De groep 'conversie' betrof consumenten die ten tijde van het telemarketinggesprek een CPS-overeenkomst hadden met eiseres en werden benaderd voor het afsluiten van een vastnetabonnement. De groep 'herwinning' had in het verleden een CPS-overeenkomst met eiseres, maar waren ten tijde van het telemarketinggesprek geen (CPS-)klant van eiseres.

Verweerder heeft diverse signalen ontvangen van onder meer de Consumentenbond, Stichting de Ombudsman en via ConsuWijzer over de wijze waarop eiseres abonnementen voor vaste telefonie aan consumenten aanbood. Naar aanleiding hiervan is verweerder een onderzoek gestart naar de naleving door eiseres van diverse bepalingen uit het BW, meer in het bijzonder de bepalingen uit de Wet Koop op Afstand (afdeling 9A, boek 7, van het BW).

Het Hoofd Toezicht van verweerder heeft een rapport in de zin van artikel 2.8, eerste lid, van de Wet handhaving consumentenbescherming (hierna: Whc) opgemaakt. In dit rapport is geconstateerd dat eiseres verschillende bepalingen uit de Wet Koop op Afstand heeft overtreden.

### 2.2 Wettelijk kader

Ingevolge artikel IV, eerste lid, van de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Vierde Tranche Awb) blijft, indien een bestuurlijke sanctie wordt opgelegd wegens een overtreding die plaatsvond voor 1 juli 2009, het recht zoals dat gold voor dat tijdstip van toepassing. Het voorgaande betekent dat in het onderhavige geval paragraaf 3 van de Whc, zoals deze luidde tot 1 juli 2009, van toepassing is.

Ingevolge artikel 2.7 van de Whc in combinatie met onderdeel b van de bijlage bij deze wet wordt de overtreding van artikel 8.5 van deze wet (zie hierna onder 2.3) bestuursrechtelijk gehandhaafd.

Ingevolge artikel 8.5, tweede lid, van de Whc - voor zover thans van belang - neemt de verkoper of dienstverlener bij een overeenkomst op afstand die een consumentenkoop is de artikelen 7:46c, eerste lid, en 7:46h, eerste lid, van het BW in acht.

Op grond van artikel 2.9, eerste lid, van de Whc kan verweerder, indien hij van oordeel is dat een overtreding heeft plaatsgevonden, de overtreder opleggen:

- a. een last onder dwangsom;
- b. een bestuurlijke boete.

In artikel 2:15 van de Whc is bepaald dat de in artikel 2.9 van de Whc bedoelde bestuurlijke boete ten hoogste het bedrag van de vijfde categorie geldboete, bedoeld in artikel 23 van het Wetboek van Strafrecht, bedraagt.

Gelet op het bepaalde in artikel 2.21 van de Whc stemt verweerder de bestuurlijke boete af op de ernst en duur van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Verweerder houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd. Artikel 1, tweede lid, van het Wetboek van Strafrecht is van overeenkomstige toepassing.

Ingevolge artikel 2.19, eerste lid, van de Whc legt verweerder geen bestuurlijke boete op voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten.

In artikel 2.23 van de Whc is bepaald:

- “1. De Consumentenautoriteit kan een beschikking openbaar maken omtrent het opleggen van een last onder dwangsom of bestuurlijke boete, met inbegrip van een beschikking dat geen last onder dwangsom of bestuurlijke boete wordt opgelegd of een toezegging door de overtreder dat een overtreding zal worden gestaakt.
2. De Consumentenautoriteit maakt een voornemen tot openbaarmaking van een beschikking als bedoeld in het eerste lid te voren bekend aan de overtreder; indien het een voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom dan wel een bestuurlijke boete betreft geschiedt dit gelijktijdig met het in de gelegenheid stellen van de overtreder daarover zijn zienswijze naar voren te brengen.
3. De Consumentenautoriteit maakt een beschikking als bedoeld in het eerste lid niet eigener beweging openbaar gedurende twee weken nadat het besluit op de in artikel 3:41 van de Algemene wet bestuursrecht voorgeschreven wijze bekend is gemaakt, tenzij de overtreder de beschikking zelf heeft openbaar gemaakt, heeft doen openbaar maken of openbaarmaking met de overtreder is overeengekomen.”

### 2.3 Geconstateerde overtredingen

Bij het bestreden besluit I heeft verweerder de volgende overtredingen geconstateerd en voor deze verschillende overtredingen boetes en/of een last onder dwangsom opgelegd:

- I. overtreding van de informatieverplichtingen ten aanzien van de identiteit en het commerciële oogmerk bij aanvang van het telemarketinggesprek. Verweerder heeft hiervoor een boete van € 45.000 alsmede een last opgelegd, zie hierna onder 2.4;
- II. overtreding wegens het niet tijdig meedelen van de bedenktijd en niet vermelden van de bedenktijd bij nakoming van de koop op afstand. Verweerder heeft hiervoor een boete van € 21.600 alsmede een last opgelegd, zie hierna onder 2.5;
- III. overtreding wegens het niet tijdig meedelen van de minimale duur van de overeenkomst. Verweerder heeft hiervoor een boete opgelegd van € 15.000, zie hierna onder 2.6;
- IV. overtreding wegens het niet tijdig meedelen van de belangrijkste kenmerken van de dienst. Verweerder heeft hiervoor een last opgelegd, zie hierna onder 2.7.

2.4.Overtreding van de informatieverplichting ten aanzien van de identiteit en het commerciële oogmerk bij aanvang van het telemarketinggesprek

#### 2.4.1Wettelijke bepalingen

Artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder a, van het BW luidt als volgt:

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

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

In artikel 7:46h, eerste lid, van het BW is bepaald:

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

Ingevolge artikel 7:46i, eerste lid, van het BW is artikel 7:46h, eerste lid, van overeenkomstige toepassing op de overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten.

#### 2.4.2 Standpunten van partijen

Verweerder stelt dat op grond van artikel 7:46h, eerste lid, van het BW bij aanvang van het telemarketinggesprek duidelijk de identiteit van de verkoper en het commercieel oogmerk van het gesprek aan de consument dient te worden meegedeeld. Deze mededeling mag niet voor misverstand vatbaar zijn en de wijze waarop de mededeling plaatsvindt in de context van het gesprek mag geen afbreuk doen aan het beoogde effect van de mededeling. Welke mededelingen aan het begin van een telemarketinggesprek gedaan moeten worden om op duidelijke wijze de identiteit en het commercieel oogmerk van het gesprek aan de consument mee te delen, hangt af van de omstandigheden van het geval. Verweerder is van mening dat in het onderhavige geval het enkele noemen van de bedrijfsnaam niet voldoende is om aan het vereiste van het vermelden van de identiteit te voldoen. Wat betreft de verplichting tot het meedelen van het commerciële oogmerk is verweerder van mening dat eiseres de consument bij aanvang van het telemarketinggesprek expliciet duidelijk dient te (laten) informeren dat aan hem een commercieel aanbod wordt gedaan voor het afsluiten van een vastnetabonnement en dat er - anders dan eiseres stelt - niet slechts sprake is van een ‘administratieve overname’ van het vastnetabonnement.

Eiseres is van mening dat om te voldoen aan het identiteitsvereiste het noemen van de bedrijfsnaam aan het begin van het gesprek voldoende is. Eiseres stelt dat de door verweerder bepleitte invulling van de vermelding van identiteit van eiseres berust op onjuiste aannames en onwaarheden. Ten aanzien van het vermelden van het commerciële oogmerk gaat verweerder er aan voorbij dat het product dat eiseres aanbiedt daadwerkelijk een administratieve overname betekent en niets meer. Uit de wetsgeschiedenis blijkt dat het doel van de vermelding van het commerciële oogmerk is dat de consument zich van het begin af aan bewust is dat het telefoongesprek een commercieel doel heeft. Met andere woorden - zo stelt eiseres - het gaat erom of de gemiddelde consument begrijpt dat hem iets (een zaak of een dienst) wordt verkocht. Het callscript, en derhalve ook de telefonische verkoopgesprekken, zijn overduidelijk meteen vanaf het begin gericht op het aangaan van een overeenkomst met de consument (wat per definitie een commercieel oogmerk in zich draagt). Eiseres stelt aldus te voldoen aan het vereiste van het meedelen van het commerciële oogmerk. Immers de consument moet uit de inhoud en de wijze van presentatie van de informatie duidelijk kunnen opmaken dat deze hem wordt verstrekt in het kader van de beroeps- of bedrijfsuitoefening van de verkoper. Daaraan wordt volgens eiseres door haar voldaan.

Eiseres stelt voorts dat wel degelijk in het begin van de gesprekken het commerciële oogmerk duidelijk wordt gemaakt. Er wordt immers direct aangegeven met welk doel de consument wordt benaderd, namelijk om hem een alternatief voor het vastnetabonnement van KPN te bieden en de mogelijkheid aanzienlijk op de kosten daarvoor te besparen. Dat eiseres een dienst aanbiedt die de consument eerder alleen van KPN kon afnemen wordt direct na de introductie uitgelegd. Dat de consument daarvoor moet betalen is ook duidelijk, want er wordt gesproken van een ‘telefoonrekening’, ‘besparing per maand’ en ‘goedkoper’. Er is volgens eiseres dus geen enkele aanleiding om te veronderstellen dat het commerciële oogmerk niet duidelijk zou zijn.

#### 2.4.3 Uitleg wettelijke bepaling

Artikel 7:46h, eerste lid, van het BW is een implementatie van artikel 4, derde lid, van Richtlijn 97/7/EG betreffende de

bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten (Publicatieblad nr. L 144 van 4 juni 1997, bladzijden 0019 – 0027, hierna: de Richtlijn). Het spreekt voor zich dat de uitleg van deze bepaling richtlijnconform geschiedt. Dit blijkt ook uit de Memorie van Toelichting (MvT) bij de Aanpassing van Boek 7 van het BW aan Richtlijn 97/7/EG (TK 26 861, nr. 3), zie onder meer het hieronder volgende citaat.

Naar het oordeel van de rechtbank is artikel 7:46h, eerste lid, van het BW, dat specifiek ziet op de situatie van telefonische verkoop, een verbijzondering van artikel 7:46c, eerste lid, van het BW, dat geldt voor koop op afstand in het algemeen. De verbijzondering bestaat er uit dat de vereisten van artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder a, van het BW direct bij aanvang van het telefonische gesprek dienen te worden vermeld.

In artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder a, van het BW zijn het vermelden van identiteit en het commerciële oogmerk niet als twee afzonderlijke vereisten opgenomen. Uit de redactie van dat artikel volgt dat bepaalde gegevens, zoals de identiteit, op duidelijke en begrijpelijke wijze moeten worden verstrekt, zodanig dat daarbij het commerciële oogmerk steeds ondubbelzinnig moet blijken.

De rechtbank stelt vast dat uit het voorgaande volgt dat de begrippen 'identiteit van de verkoper' en 'het vermelden van het commerciële oogmerk' ook in artikel 7:46h, eerste lid, van het BW in onderlinge samenhang dienen te worden gezien.

De rechtbank vindt steun voor deze opvatting in de MvT bij de Aanpassing van Boek 7 van het BW aan Richtlijn 97/7/EG (TK 26 861, nr. 3). In de MvT voornoemd, pagina 29, is vermeld:

'Volgens overweging 12 bij de richtlijn inzake overeenkomsten op afstand is het in het geval van telefonische contacten wenselijk dat de consument aan het begin van het gesprek voldoende informatie krijgt om te beslissen of hij al dan niet wil verdergaan. Daarom is artikel 4 lid 3 in de richtlijn opgenomen, waarin wordt bepaald dat in geval van telefonische communicatie de identiteit van de leverancier en het commerciële oogmerk van de oproep aan het begin van elk gesprek met de consument expliciet duidelijk moet worden gemaakt. (...)

De ratio van het voorschrift dat de verkoper zijn identiteit moet mededelen, is dat de betrokken consument weet wie hij eventueel kan aanspreken, bijvoorbeeld indien hij alsnog van verdere oproepen verschoond wil blijven (vergelijk artikel 13 EVRM).'

De rechtbank wijst tevens op het bepaalde in artikel 4, tweede lid, van de Richtlijn, en de ratio van dit artikel, waaruit volgt dat het (enkel) melden van een (commerciële) identiteit niet per definitie voldoende is om aan het vereiste van het vermelden van het commerciële oogmerk te voldoen. Alleen bij het in onderlinge samenhang bezien van de identiteit van de verkoper en het commerciële oogmerk heeft de consument voldoende informatie om te beslissen of hij al dan niet met het gesprek wil verdergaan. Dit betekent dat aan het begin van het gesprek de identiteit zo dient te worden vermeld dat daarmee tevens het commerciële oogmerk duidelijk wordt gemaakt. Hieruit volgt tevens dat de eisen die aan de vermelding worden gesteld, afhankelijk zijn van de specifieke context, waarin het gesprek plaatsvindt.

Hoewel verweerder in de motivering van de gestelde overtreding van artikel 7:46h, eerste lid, van het BW een onderscheid maakt tussen de verplichting tot het vermelden van de identiteit en de verplichting tot het vermelden van het commerciële oogmerk, is de rechtbank van oordeel dat de gegeven motivering afdoende in overeenstemming is met de hiervoor weergegeven uitleg van genoemd artikel. Zij stelt vast dat verweerder ter zake ook één boete heeft opgelegd.

#### 2.4.4 Bewijsvoering

Verweerder heeft de overtreding van artikel 7:46h, eerste lid, van het BW vastgesteld voor de werving 'koud'. Dat betekent dat de gesprekken die zien op 'conversie' of 'herwinning' in dit verband geen rol spelen. Verweerder heeft voor het bewijs van deze overtreding gebruik gemaakt van - onder meer - 235 schriftelijke uitwerkingen (transcripts) uit een totaal van 1072 opnamen van telemarketinggesprekken.

Verweerder heeft gesteld dat van de 1072 opgenomen gesprekken er 586 niet relevant bleken voor het onderzoek omdat er slechts een kort gedeelte van het telemarketinggesprek was opgenomen, de gesprekken zo kort waren dat de callcentermedewerker niet de gelegenheid kreeg om een aanbod uit te brengen, het ging om conversie- en herwinningsgesprekken, dan wel om gesprekken waarin een aanbod werd gedaan voor de Pretium Privilege Pas. Verweerder heeft de resterende 486 gesprekken schriftelijk laten uitwerken en de transcripts opgenomen in het dossier. Van deze gesprekken zijn na analyse 251 gesprekken alsnog als niet relevant aangemerkt. Dit omdat er

sprake was van conversiegesprekken terwijl de bestandsnaam iets anders deed vermoeden, de gesprekken zo kort waren dat de callcentermedewerker niet de gelegenheid kreeg om een aanbod uit te brengen, het koude telemarketinggesprekken betrof van een callcenter van week 17 die gelijk waren aan gesprekken van week 13, dan wel gesprekken die niet volledig waren opgenomen of waarvan een te groot deel van (het begin van) het telemarketinggesprek ontbrak om een oordeel te kunnen vormen over de inhoud van het gesprek. De resterende 235 (transcripts van) gesprekken heeft verweerder als relevant aangemerkt.

Eiseres stelt dat de selectie en de weergave van de transcripts niet representatief is. Verweerder heeft - aldus eiseres - als startpunt 1072 willekeurige gesprekken van twee voor eiseres werkzame callcenters genomen waaraan geen enkele selectie ten grondslag ligt. Door de gesprekken van slechts twee callcenters te gebruiken gedurende een relatief korte periode (vier maanden) heeft verweerder niet voldaan aan de eis van een representatieve selectie zoals de rechtbank die in zijn uitspraak van 5 december 2006 (LJN BA8924) heeft geformuleerd. Verweerder heeft ten onrechte 586 (allen afkomstig van één van de twee callcenters) van de 1072 gesprekken buiten beschouwing gelaten. Bij onderzoek door eiseres is gebleken dat juist de korte gesprekken voor de beoordeling van het commerciële oogmerk relevant waren. Die gesprekken zijn juist zo kort omdat die consumenten direct begrepen dat het een commercieel aanbod van eiseres betrof waarin zij blijkbaar niet geïnteresseerd waren. Eiseres stelt dat niet van een representatieve selectie kan worden gesproken, ook omdat verhoudingsgewijs veel meer gesprekken van het ene callcenter (834 van 932 gesprekken) buiten beschouwing zijn gelaten dan van het andere callcenter (3 van de 140 gesprekken). Verweerder heeft volgens eiseres selectief geciteerd uit de transcripts van 41 van de 235 gesprekken die zich in het onderzoeksdossier bevonden en heeft daarmee een vertekend beeld neergezet van de inhoud van deze gesprekken. Wanneer de volledige transcripts van de gesprekken worden bekeken dan vinden de beschuldigingen van verweerder geen steun in die gesprekken. Eiseres stelt voorts dat verweerder de bij hem (via ConsuWijzer) ingekomen klachten tegen eiseres ten onrechte niet aan het onderzoeksdossier heeft toegevoegd.

#### 2.4.5 Beoordeling

2.4.5.1 De rechtbank is van oordeel dat er geen sprake is van 1072 willekeurige gesprekken. De 1072 gesprekken zijn (opnamen van) gesprekken die eiseres op cd-rom aan de toezichhoudende ambtenaren heeft verstrekt bij het bedrijfsbezoek van 19 juli 2007. Eiseres heeft verweerder bij emailbericht van 8 augustus 2007 meegedeeld dat de op cd-rom verstrekte gesprekken alle opgenomen gesprekken van callcenters in de betreffende periode zijn waarover zij beschikt.

2.4.5.2 De rechtbank volgt eiseres niet in haar betoog dat verweerder geen representatieve selectie van de gesprekken heeft gemaakt. Uit de transcripts van de 235 gesprekken blijkt dat de gesprekken een vaste opbouw en structuur hebben en dat die opbouw en structuur is terug te voeren op de callscripts. Door eiseres is niet gesteld dat deze callscripts niet ook aan de andere door haar ingeschakelde callcenters zijn voorgeschreven. Dat verhoudingsgewijs van het ene callcenter meer gesprekken zijn afgevallen dan van het andere callcenter is naar het oordeel van de rechtbank niet van invloed op de representativiteit van de selectie op zich. Met betrekking tot de verwijzing naar de uitspraak van 5 december 2006 merkt de rechtbank op dat zij in die uitspraak algemeen heeft geoordeeld dat van de wijze van selectie in die zaak niet gesteld kan worden dat deze onjuist of onredelijk is. Daarmee heeft de rechtbank - anders dan eiseres meent - geen criterium voor een representatieve selectie vastgesteld.

2.4.5.3 De rechtbank kan eiseres evenmin volgen in haar stelling dat verweerder de 586 gesprekken ten onrechte uit het onderzoeksdossier heeft gelaten. Verweerder heeft voldoende gemotiveerd op welke gronden dit is gedaan. Met betrekking tot de gesprekken die als te kort buiten het onderzoeksdossier zijn gehouden en waarnaar eiseres verwijst als voorbeeld van ontlastend materiaal, stelt de rechtbank vast dat deze gesprekken zodanig kort zijn of onvolledig dat onvoldoende kan worden beoordeeld of eiseres in die gesprekken heeft voldaan aan de wettelijke vereisten. De resterende 486 gesprekken zijn uitgewerkt en zijn door verweerder opgenomen in het onderzoeksdossier, waarbij de niet relevante gesprekken in een aparte map zijn opgenomen.

Ook voor deze gesprekken heeft verweerder voldoende gemotiveerd waarom zij als niet relevant zijn aangemerkt. De rechtbank is dan ook van oordeel dat van de wijze van selectie in het onderhavige geval niet gezegd kan worden dat deze onjuist of onredelijk is. Verweerder heeft dan ook het bewijs van de onderhavige overtreding (mede) kunnen baseren op de 235 transcripts.

2.4.5.4 Verweerder heeft in het bestreden besluit I aangegeven dat vooral de transcripts van de 235 gesprekken van betekenis zijn geweest, maar dat de genoemde overtredingen reeds lagen besloten in de callscripts die eiseres ten behoeve van de telemarketinggesprekken heeft opgesteld. De rechtbank stelt vast dat reeds in het boeterapport de callscripts waren genoemd als bewijsmateriaal en dat geldt ook voor de combinatie van de callscripts en de transcripts. In het primaire besluit is eiseres ook door middel van een last onder dwangsom gelast haar callscripts op dit punt aan te passen, zodat voor eiseres duidelijk was dat de callscripts naar het oordeel van verweerder ontoereikend waren.

2.4.5.5 Verweerder heeft naar het oordeel van de rechtbank niet op selectieve wijze geciteerd uit de telemarketinggesprekken. Artikel 7:46h, eerste lid, van het BW ziet op het begin van het telemarketinggesprek en om het niet naleven van deze bepaling door eiseres te onderbouwen heeft verweerder dan ook terecht beginpassages van telemarketinggesprekken aangehaald. Verweerder kon daarmee volstaan ter motivering van de gestelde overtreding.

2.4.5.6 Gelet op de hiervoor onder 2.4.3 gegeven uitleg van artikel 7:46h, eerste lid, van het BW, is de rechtbank van oordeel dat verweerder heeft aangetoond dat eiseres niet voldaan heeft aan het vereiste om aan het begin van het gesprek duidelijk en ondubbelzinnig de identiteit en daarmee het commerciële oogmerk van het telemarketinggesprek mee te delen.

Immers - zoals verweerder heeft gesteld - blijkt uit de transcripts dat de callcenter-medewerkers aan het begin van de gesprekken volstaan met het vermelden van de bedrijfsnaam van eiseres, dat zij niet duidelijk uitleggen wat voor onderneming eiseres is en dat dit een andere aanbieder is dan KPN. Zij noemen direct na de introductie de naam van KPN en wekken de indruk dat er voor de consument, die een contract heeft met KPN, niets verandert. Volgens de callscripts wordt door de medewerkers vermeld dat de betreffende consument structureel teveel betaalt voor zijn abonnement. Vervolgens wordt aangegeven dat men goed nieuws heeft voor deze consument, namelijk dat hij in aanmerking komt voor een abonnementsverlaging. Daar wordt aan toegevoegd dat de consument gewoon blijft bellen zoals hij gewend is en de service, kwaliteit en de aansluiting allemaal hetzelfde blijven. Deze wijze van opbouw van het gesprek wekt de indruk dat het huidige vastnetabonnement van de consument verlaagd wordt en niet dat de consument een nieuw contract aangaat met een andere aanbieder.

In dit verband heeft verweerder terecht laten meewegen de feitelijke situatie dat tot 1 januari 2007 vastnetabonnementen alleen bij KPN mogelijk waren, dat bij consumenten op het moment van de telemarketinggesprekken nog onvoldoende bekend was dat ook vastnetabonnementen bij andere telecomaanbieders mogelijk waren en dat eiseres bij de consumenten onvoldoende bekend was.

Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder de stelling van eiseres dat zij voor consumenten geen onbekende was voldoende weerlegd. Verweerder heeft gewezen op de door eiseres ter zake overgelegde stukken en de instructie van eiseres in die tijd van de (nieuwe) callcentermedewerkers, waarin zij aangeeft dat zij de tarieven laag kan houden door weinig te adverteren. De door eiseres overgelegde stukken tonen aan dat eiseres zeer beperkt en alleen in de periode 2001 – 2005 adverteerde, terwijl het in het onderhavige geval gaat om overtredingen begaan in (begin) 2007.

Onder voornoemde omstandigheden is de rechtbank van oordeel dat eiseres te kort is geschoten in haar verplichting om de consument bij aanvang van het telemarketinggesprek zodanig te (laten) informeren, dat het voor de consument duidelijk is, dat hij van doen heeft met eiseres en dat hem een commercieel aanbod wordt gedaan voor het afsluiten van een vastnetabonnement.

2.4.5.7 Eiseres heeft voorts gesteld dat verweerder buiten de grenzen van het onderzoeksrapport is getreden door in het primaire besluit 40 niet in het rapport besproken telemarketinggesprekken aan de geconstateerde overtredingen ten grondslag te leggen. Verweerder heeft - aldus eiseres - ook tijdens de hoorzitting bij de BAC selectief geciteerd uit transcripts die niet in het onderzoeksrapport worden genoemd. Eiseres acht dit in strijd met artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en verwijst in dit verband naar een uitspraak van 2 februari 2010 van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb, LJN BL5463).

De rechtbank stelt vast dat verweerder in het primaire besluit zijn feitelijke argumenten ter ondersteuning van zijn

bezwaren tegen de gedragingen van eiseres, als beschreven in het rapport, heeft aangevuld. De verweten overtreding blijft dezelfde, te weten overtreding van artikel 7:46h, eerste lid, van het BW. Naar het oordeel van de rechtbank kan verweerder de feitelijke of juridische argumenten die hij ter ondersteuning van zijn bezwaren heeft aangevoerd wijzigen of aanvullen. Dit volgt niet alleen uit de uitspraak van het CBb in de zaak Carglass (LJN AR6034) en uit de uitspraak van de rechtbank in de zaak Oxxio (LJN BA8924), maar ook uit de uitspraak van het CBb waar eiseres naar heeft verwezen. Anders dan in het onderhavige geval is in die laatste uitspraak juist de verweten overtreding gewijzigd ten opzichte van het onderzoeksrapport. Dat wordt door het CBb in strijd geacht met het uitgangspunt dat een boetebeschikking geen betrekking in uitbreidende zin kan hebben op overtredingen, die niet reeds ondubbelzinnig en eenduidig als zodanig zijn geconstateerd in het aan een dergelijke beschikking ten grondslag gelegde rapport.

In het onderhavige geval geldt dat het eiseres van begin af aan duidelijk was en moet zijn geweest welke overtreding haar wordt verweten. Eiseres heeft zich daartegen kunnen verdedigen en heeft dat ook gedaan, zodat zij daardoor niet in haar rechten van verdediging is geschaad.

2.4.5.8 De rechtbank is voorts van oordeel dat verweerder, anders dan eiseres heeft gesteld, de klachten die bij hem over eiseres zijn ingekomen niet in het onderzoeksdossier heeft hoeven op te nemen, omdat deze niet ten grondslag zijn gelegd aan de overtreding.

2.4.5.9 De rechtbank concludeert dat verweerder terecht heeft geoordeeld dat eiseres de informatieverplichtingen ten aanzien van de identiteit en het commerciële oogmerk bij aanvang van het telemarketinggesprek heeft overtreden. De rechtbank merkt daarbij op dat het inschakelen van callcenters niets afdoet aan de verwijtbaarheid van eiseres. Dit ontslaat eiseres niet van haar eigen verantwoordelijkheid voor regelnaleving. Indien en voor zover eiseres zichzelf op grotere of kleinere afstand van haar opdrachtnemers heeft geplaatst, neemt zij het risico dat er onregelmatigheden kunnen plaatsvinden. Eiseres is opdrachtgever van het callcenter. Ten opzichte van potentiële cliënten treedt het callcenter op als gevolmachtigde van eiseres indien in het telefoongesprek een overeenkomst wordt gesloten. Aldus dient eiseres in te staan voor het naleven van de wet door degenen die haar vertegenwoordigen.

2.5 Overtreding wegens het niet tijdig meedelen van de bedenktijd en het niet juist vermelden van de bedenktijd bij nakoming van de koop op afstand

#### 2.5.1 Wettelijke bepalingen

Artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder f, van het BW luidt - voor zover relevant - als volgt:

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

[..]

f. het al dan niet van toepassing zijn van de mogelijkheid van ontbinding overeenkomstig de artikelen 46d lid 1.”

Artikel 7:46c, tweede lid, onder a, van het BW luidt als volgt:

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

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

In artikel 7:46d, eerste lid, van het BW is bepaald dat gedurende zeven werkdagen na de ontvangst van de zaak de koper het recht heeft de koop op afstand zonder opgave van redenen te ontbinden. Indien niet is voldaan aan alle in artikel 7:46c, tweede lid, van het BW gestelde eisen, bedraagt deze termijn drie maanden. De eerste zin is van overeenkomstige toepassing vanaf de voldoening binnen de in de tweede zin bedoelde termijn aan alle in artikel 46c, tweede lid, van het BW gestelde eisen.

Ingevolge artikel 7:46i, zesde lid, van het BW lopen in geval van een overeenkomst op afstand tot het verrichten van diensten de in artikel 46d lid 1, eerste en tweede volzin, bedoelde termijnen vanaf het sluiten van de overeenkomst.



2.5.2 Verweerder heeft deze overtreding vastgesteld voor zowel de werving 'koud', als voor de 'conversie' en de 'herwinning'.

2.5.3 Bij het primaire besluit heeft verweerder geoordeeld dat eiseres artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder f, van het BW heeft overtreden, omdat in het telefoongesprek niet de (juiste) bedenktijd is vermeld. Bij het bestreden besluit I heeft verweerder deze overtreding gehandhaafd voor de periode 1 januari 2007 tot 11 april 2007, omdat in de callscripts in die periode niet staat vermeld dat de consument een ontbindingsmogelijkheid heeft. Verweerder heeft daarbij geconstateerd dat eiseres deze overtreding met ingang van 11 april 2007 heeft beëindigd, omdat met ingang van die datum de callscripts zodanig zijn aangepast dat wordt vermeld dat de consument een ontbindingsmogelijkheid heeft. Daarbij heeft verweerder zich op het standpunt gesteld dat artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder f, van het BW niet verplicht tot het benoemen van de termijn in het telefoongesprek, zodat het feit dat in de callscripts vanaf 11 april 2007 wel de mogelijkheid tot ontbinding, maar niet de termijn wordt genoemd, geen overtreding van dit artikellidonderdeel oplevert. Verweerder heeft bij het bestreden besluit I de voor deze overtreding opgelegde boete verlaagd.

2.5.4 Anders dan verweerder is de rechtbank van oordeel dat op grond van artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder f, van het BW ook in het telefoongesprek de termijn van ontbinding dient te worden genoemd.

Daartoe wijst zij ten eerste op de tekst van artikel 7:46c, eerste lid, aanhef onder f, van het BW, die immers voorschrijft dat aan de wederpartij de mogelijkheid van ontbinding "overeenkomstig de artikelen 7:46d, eerste lid" meegedeeld moet worden .

In artikel 7:46d, eerste lid, van het BW wordt de duur van de ontbindingstermijn genoemd. Uit de verwijzing in artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder f, van het BW naar deze bepaling volgt dat de duur van de ontbindingstermijn ook daadwerkelijk in het telemarketinggesprek moet worden genoemd.

De rechtbank vindt voorts steun voor haar opvatting in de MvT bij de Aanpassing van Boek 7 van het BW aan Richtlijn 97/7/EG (TK 26 861, nr. 3, bladzijde 18), waarin is aangegeven dat de in artikel 7.1.9A.4 (dit is het huidige artikel 7:46d van het BW) geregelde bedenktijden behoort tot de essentiële onderdelen van afdeling 7.1.9A, over het al dan niet van toepassing zijn waarvan de aspirant-koper op grond van onderdeel f van artikel 7.1.9A.3 (dit is het huidige artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder f, van het BW) dient te worden geïnformeerd.

Ook blijkt de Richtlijn, zie artikel 4, eerste lid, aanhef en onder f, in samenhang met artikel 5, eerste lid, behoort schriftelijke informatie over de voorwaarden waaronder en de wijze waarop van het recht tot ontbinding gebruik kan worden gemaakt, tot de informatie waarover de consument moet beschikken voordat de overeenkomst op afstand wordt afgesloten. Dat dit mede omvat de termijn van ontbinding (herroeping volgens de Richtlijn) volgt ten slotte ook uit de ratio van de Richtlijn, te weten (het vrije verkeer van goederen en diensten, en daarmee) de bescherming en voorlichting van de consument. Het enkele vermelden van de mogelijkheid van ontbinding biedt de consument niet de bedoelde bescherming, indien daarbij niet tevens wordt vermeld binnen welke termijn hij daarop een beroep dient te doen. Dit klemt te meer, nu die termijn uiteen kan lopen al naar gelang de situatie.

Anders dan verweerder in het bestreden besluit I is de rechtbank dan ook van oordeel dat eiseres artikel 7:46c, eerste lid, onder f, van het BW heeft overtreden door in het gedeelte van het telemarketinggesprek vóórafgaand aan het deel waarin de overeenkomst wordt gesloten niet de termijn van de ontbinding te noemen. Gelet op het verbod van reformatio in peius heeft dit evenwel geen gevolgen voor het bestreden besluit I.

2.5.5 De reden waarop de rechtbank deze uitleg en constatering niettemin van belang acht, is gelegen in de uitleg van artikel 7:46c, tweede lid, aanhef en onder a, van het BW. Bij het bestreden besluit I verwijt verweerder eiseres (wel) overtreding van deze bepaling.

Ingevolge deze bepaling dient - kort gezegd - tijdig bij de nakoming van de koop op afstand aan de koper op duidelijke en begrijpelijke wijze schriftelijk de gegevens, bedoeld in de onderdelen a-f van het eerste lid te worden verstrekt.

Uit het voorgaande volgt dat de duur van de bedenktijd (de termijn van ontbinding) wordt begrepen onder het eerste lid, aanhef en onder f, te vermelden gegevens, zodat dit tevens valt onder artikel 7:46c, tweede lid, onder a, van het BW.

Gelet op artikel 7:46c, tweede lid, onder a, van het BW dient verweerder schriftelijk het al dan niet van toepassing zijn

van de mogelijkheid van ontbinding overeenkomstig artikel 7:46d, eerste lid, van het BW aan de consument te verstrekken.

Gelet op artikel 7:46i, zesde lid, van het BW gaan de termijnen van artikel 7:46d, eerste lid, BW lopen op het moment van sluiting van de overeenkomst. Tussen partijen is niet in geschil, en ook de rechtbank gaat daarvan uit, dat in het onderhavige geval de overeenkomst wordt gesloten in het telefoongesprek.

Nu bij de totstandkoming van de overeenkomst per telefoon (per definitie) niet wordt voldaan aan de verplichting tot het geven van schriftelijke informatie over onder andere de bedenktijd voor de consument, gaat op dat moment de termijn van drie maanden als bedoeld in artikel 7:46d, eerste lid, van het BW lopen en niet - zoals eiseres stelt - een termijn van 7 werkdagen. Pas op het moment dat alsnog wordt voldaan aan de verplichting tot het verstrekken van de schriftelijke informatie, die in casu is vervat in de welkomstbrief, gaat de termijn van 7 werkdagen bedenktijd lopen.

Naar het oordeel van de rechtbank wordt eerst voldaan aan de verplichting schriftelijk informatie te verstrekken op het moment dat de welkomstbrief door de consument is ontvangen en niet al op het moment van verzending van die brief, zoals door eiseres is betoogd. Dat laatste strookt immers niet met de achtergrond van deze bepaling dat de met behulp van bepaalde elektronische technologie verspreide informatie vaak vluchtig is en dat het daarom noodzakelijk is dat de consument tijdig schriftelijk de voor de goede uitvoering van de overeenkomst vereiste informatie ontvangt, zie overweging 13 van de Richtlijn.

Verweerder heeft zich derhalve terecht op het standpunt gesteld dat eiseres in de welkomstbrief had moeten vermelden dat vanaf de datum van ontvangst van die brief de termijn van 7 werkdagen in werking trad en niet vanaf de verzending. Omdat eiseres in de welkomstbrief heeft vermeld dat de termijn gaat lopen na dagtekening van de brief is er sprake van een overtreding.

2.5.6 Eiseres heeft tot 11 juli 2007 in de welkomstbrief naast de onjuiste vermelding 'na dagtekening van de brief' ook een onjuiste termijn genoemd, te weten 5 werkdagen in plaats van 7 werkdagen. Na 11 juli 2007 heeft eiseres in de welkomstbrief nog steeds de onjuiste vermelding 'na dagtekening van de brief' gehanteerd, maar wel de juiste termijn genoemd, te weten 7 werkdagen. De rechtbank is met eiseres van oordeel dat het tot 11 juli 2007 in de welkomstbrief noemen van een onjuiste termijn haar niet kan worden verweten. De rechtbank heeft hierbij in aanmerking genomen dat de termijn in lijn was met de CPS gedragsregels van de OPTA, deze termijn door alle marktpartijen werd gehanteerd en ook - onweersproken door verweerder - ConsuWijzer begin 2007 onder verwijzing naar de CPS gedragsregels adviseerde een termijn van 5 dagen te hanteren.

Dit betekent dat verweerder ingevolge het bepaalde in artikel 2.19, eerste lid, van de Whc voor deze overtreding geen boete kan opleggen.

2.5.7 Wat betreft de overtreding niet tijdig meedelen bedenktijd in de periode 1 januari 2007 tot en met 11 april 2007 en het niet vermelden van de bedenktijd bij nakoming van de koop op afstand voor zover in de welkomstbrief is vermeld 'na dagtekening brief' heeft verweerder terecht gesteld dat er sprake is van een overtreding door eiseres. Ten aanzien van het tot 11 juli 2007 in de welkomstbrief noemen van een onjuiste termijn is de rechtbank van oordeel dat er wel sprake is van een overtreding, maar dat dit eiseres niet kan worden verweten.

## 2.6 Overtreding door het niet tijdig meedelen van de minimale duur van de overeenkomst

### 2.6.1 Wettelijke bepalingen

Artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder i, van het BW bepaalt het volgende.

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

[..]

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

Artikel 7:46i, eerste lid, van het BW luidt als volgt.

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

2.6.2 Verweerder heeft deze overtreding gebaseerd op analyse van de opgenomen gesprekken, waarvan 45 hebben

geleid tot een overeenkomst. In al die 45 gevallen is gebleken dat de minimale duur van de overeenkomst voor het eerst aan de orde komt in het zogenoemde voiceloggedeelte van het gesprek. Op dat moment is de overeenkomst al gesloten. De voicelog dient als bevestiging c.q. bewijs van de wilsuiting van de consument. Dat wordt ook niet door eiseres bestreden. De rechtbank stelt vast dat deze informatie derhalve niet is verstrekt tijdig voordat de koop op afstand wordt gesloten, zodat eiseres hiermee artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder i, van het BW heeft overtreden.

Verweerder stelt zich op het standpunt dat de overtreding aan eiseres is te verwijten. In het bestreden besluit I is geconstateerd dat in alle onderzochte gevallen waarin een overeenkomst tot stand is gekomen, van het callscript is afgeweken. Volgens verweerder moet op die grond geconstateerd worden dat afdoende toezicht op naleving van het callscript ontbrak. Omdat de callscripts in opdracht van eiseres werden uitgevoerd, was eiseres verantwoordelijk voor naleving daarvan en zij kon de naleving afdwingen. Er is sprake van tekortkomingen in het al dan niet bewuste ontwerp van de organisatie van eiseres en haar werkprocessen en derhalve van verwijtbare overtredingen van eiseres, volgens verweerder.

2.6.3 Eiseres stelt dat verweerder een naar zij stelt onbeperkte risico-aansprakelijkheid aanneemt voor degene die een callcenter inschakelt om de telefonische werving uit te voeren. Dit staat volgens eiseres niet in verhouding tot de praktijk en de rol van de callcenters. Ook is dit niet in overeenstemming met het vereiste van artikel 2.19 van de Whc, dat bepaalt dat alleen bij verwijtbaarheid een boete mag worden opgelegd. Ten slotte geldt een risico-aansprakelijkheid alleen indien de opdrachtgever niet de zorg heeft betracht die redelijkerwijs van hem kan worden verwacht, waarvan in het onderhavige geval volgens eiseres geen sprake is.

2.6.4 In rechtsoverweging 2.4.5.2 e.v. heeft de rechtbank geoordeeld dat de transcripts een representatieve selectie van de gevoerde gesprekken weergeven. De rechtbank is van oordeel dat uit het feit dat in alle opgenomen gesprekken waarin een overeenkomst tot stand is gekomen het callscript op onderhavig punt niet is gevolgd, voldoende is om te constateren dat er structureel sprake is van een onjuiste gang van zaken. Zoals hiervoor is overwogen onder 2.4.5.9 dient eiseres in te staan voor het naleven van de wet door degenen die haar vertegenwoordigen, in dit geval het door haar ingeschakelde callcenter. De rechtbank is dan ook van oordeel dat eiseres deze overtreding kan worden verweten. Verweerder heeft terecht vastgesteld dat er sprake is van een overtreding door eiseres van het bepaalde in artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder i, van het BW.

## 2.7 Niet tijdig meedelen van de belangrijkste kenmerken van de dienst

### 2.7.1 Wettelijk kader

Artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder b en c, van het BW bepaalt:

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

[..]

- b. de belangrijkste kenmerken van de zaak;
- c. de prijs, met inbegrip van alle belastingen, van de zaak.”

2.7.2 Verweerder heeft in het primaire besluit geoordeeld dat eiseres in de periode van 5 januari 2007 tot en met - in ieder geval - 15 oktober 2008 heeft gehandeld in strijd met de verplichting om tijdig voordat de overeenkomst wordt gesloten de belangrijkste kenmerken van de dienst te vermelden door in de callscripts ‘koud’ geen melding te maken van de gesprekskosten. Ook in de callscripts ‘herwinning’ wordt in de periode van 5 januari 2007 tot en met - in ieder geval - 7 maart 2008 geen melding gemaakt van de gesprekskosten. Blijkens de callscripts wordt melding gemaakt van de (maandelijkse) kosten van het vastnetabonnement dat eiseres aanbiedt, maar de hoogte van de gesprekskosten wordt niet vermeld. De callscripts vermelden dat de consument bij eiseres bespaart op de abonnements- en gesprekskosten. Voorts wordt vermeld dat eiseres een unieke garantie geeft, waarbij de consument gegarandeerd de laagste telefoonrekening per maand betaald. Deze garantie houdt volgens de callscripts in, dat indien de consument niet de laagste telefoonrekening heeft, eiseres het verschil dubbel aan de consument uitbetaald. Uit de analyse van de 235 geselecteerde transcripts van gevoerde telemarketinggesprekken is gebleken, dat de gesprekskosten niet uit eigen beweging door de callcentermedewerker werden meegedeeld. Uit een aantal

van deze gesprekken blijkt voorts, dat indien de consument de callcentermedewerker vraagt om informatie over de gesprekskosten, de callcentermedewerker deze kosten aan de consument meedeelt.

2.7.3 Verweerder is van oordeel dat de kosten van een telecommunicatiedienst (één van de) belangrijkste kenmerken van de dienst vormen. De kosten die de consument voor deze dienst moet betalen, zijn te onderscheiden in enerzijds de abonnementskosten van het vastnetabonnement en anderzijds de gesprekskosten. De beide kostensoorten bepalen de hoogte van de telefoonrekening van de consument. Deze kosten dient eiseres dan ook voorafgaand aan het sluiten van de overeenkomst op eigen initiatief aan de consument mee te delen. In het geval een consument een aanbod wordt gedaan voor een vastnetabonnement zal het voor het maken van een goed geïnformeerde keuze over de dienst dan ook noodzakelijk zijn om naast de abonnementskosten per maand tevens in ieder geval de meest essentiële gesprekskosten te noemen. Deze meest essentiële gesprekskosten zijn naar de mening van verweerder dan ook de belangrijkste kenmerken van de dienst. Voor het noemen van de belangrijkste kenmerken van de dienst is steeds van belang dat de prijs of de wijze van de prijsberekening van tevoren duidelijk moet zijn voor de consument. Het enkel geven van een 'laagste prijsgarantie' is volgens verweerder dus niet voldoende. Ter zitting van de voorzieningenrechter op 12 februari 2009 is zijdens verweerder meegedeeld dat met de 'meest essentiële gesprekskosten' de tarieven worden bedoeld.

2.7.4 Eiseres stelt dat het voor een telefoondienst ondoenlijk is om alle verschillende tarieven voor belverkeer in een telefoongesprek te vermelden. Daarom vermeldt zij de (exacte) kosten van het vastnetabonnement en geeft zij een laagste prijsgarantie af ten aanzien van de telefoonrekening per maand. Daarmee geeft zij de consument de belangrijkste informatie omtrent de geboden dienst: een dienst die kwalitatief gelijk is aan de huidige dienst, waarbij de consument zijn eigen nummer behoudt, de laagste rekening per maand en zo niet, dubbel het verschil uitbetaald krijgt. Eiseres geeft dus wel degelijk in het wervingsgesprek alle relevante informatie om een toereikend beeld te kunnen vormen van de geboden dienst. Het noemen van specifieke telefoontarieven is voor de consument niet noodzakelijk om zich een beeld te kunnen vormen van de door eiseres geboden dienst. Juist doordat het ondoenlijk is om alle tarieven te noemen en het misleidend zou zijn om slechts een gedeelte van de toepasselijke telefoontarieven te noemen, kan artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder b, van het BW hier niet toe verplichten. Het artikel is een open norm en daaraan kan nimmer de uitleg worden gegeven die verweerder daaraan geeft.

2.7.5 Ter zitting heeft de gemachtigde van verweerder gesteld dat eiseres artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder b én c, van het BW heeft overtreden. Hij wijst daartoe op het advies van de BAC, dat op dit punt door verweerder is overgenomen en daardoor onderdeel uitmaakt van het bestreden besluit I. Daarin is immers opgenomen dat "in het verkoopgesprek inzicht moet worden geboden in de essentiële elementen die de prijs van de aangeboden dienst bepalen. Dit volgt niet alleen uit artikel 7:46c, eerste lid onder b, van het BW, maar ook uit artikel 7:46c, eerste lid, onder c, van het BW (...). Uitgangspunt is dat de prijs of desnoods de wijze van prijsberekening van tevoren duidelijk moet zijn voor de consument. Van een verkoper mag worden verwacht dat deze in het verkoopgesprek inzicht geeft in de prijs dan wel de samenstellende delen daarvan, al dan niet als belangrijkste kenmerk van de dienstverlening."

2.7.6 Naar het oordeel van de rechtbank heeft verweerder terecht geconstateerd dat er sprake is van een overtreding op dit punt. Immers de belangrijkste kenmerken van de onderhavige dienst zijn de contractovername, het in stand blijven van de vaste verbinding, de abonnementskosten en de gesprekskosten. De gesprekskosten zijn variabele kosten en bepalen uiteindelijk de prijsopbouw en als een prijsgarantie wordt aangeboden, dient uitgelegd te worden op welke wijze dat geschiedt. Gelet op het uitgangspunt dat de consument zich een toereikend beeld dient te kunnen vormen van de telefoondienst die hem wordt aangeboden op basis van de informatie die hem telefonisch voorafgaand aan de overeenkomst wordt verstrekt, voldoet het enkel noemen van een prijsgarantie niet. Met het bij de bevestigingsbrief overleggen van een welkomstmap, waarin de belangrijkste beltarieven worden genoemd, wordt niet voldaan aan de precontractuele informatieplicht die is neergelegd in artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder b en c, van het BW. Het gaat dan immers om een bevestiging van de in het telefoongesprek reeds gesloten overeenkomst. In het telefoongesprek ontbreekt deze informatie.

## 2.8 Volledigheid onderzoeksdossier

Eiseres heeft ten aanzien van een aantal documenten gesteld dat deze ten onrechte buiten het onderzoeksdossier zijn gelaten. In het kader van de voorlopige voorzieningenprocedure gericht tegen het publicatiebesluit zijn deze documenten - voor zover beschikbaar - aan eiseres overgelegd.

De rechtbank heeft eerder overwogen - onder meer in haar uitspraken van 8 juni 2009 (LJN BI7165 en BI7388) - dat de functie van een boeterapport als belangrijke procedurele waarborg beoogt de rechten van de verdediging te beschermen. Dit geldt evenzeer voor het boeterapport in het kader van de Whc en het aan dit rapport ten grondslag liggende onderzoeksdossier. In dit licht bezien dient het onderzoeksdossier stukken te bevatten die relevant zijn voor de besluitvorming. Het onderzoeksdossier dient niet alleen stukken te bevatten, die dienen ter onderbouwing van de beslissing tot het opleggen van de last onder dwangsom en/of de bestuurlijke boete, maar in beginsel ook stukken die ontlastende informatie bevatten. Deze ontlastende informatie dient wel in verband te staan met de verweten gedragingen. Verweerder dient die stukken aan het onderzoeksdossier toe te voegen, die relevant zijn in relatie tot de verweten gedragingen.

De rechtbank heeft ten aanzien van een deel van de door eiseres genoemde stukken reeds overwogen dat verweerder die stukken buiten het onderzoeksdossier heeft kunnen houden, zie de overwegingen hiervoor opgenomen onder 2.4.5.3, 2.4.5.7 en 2.4.5.8.

Met betrekking tot het emailbericht van 12 januari 2007 van de backoffice van de OPTA heeft verweerder in het bestreden besluit (door het advies van de BAC over te nemen op dit punt) vastgesteld dat dit stuk ten onrechte buiten het onderzoeksdossier is gehouden. Zij heeft (in navolging van het advies van de BAC) vastgesteld dat vanwege het ontbreken van dit stuk in het onderzoeksdossier eiseres niet in de rechten van haar verdediging als bedoeld in artikel 6 van EVRM is geschaad. De rechtbank onderschrijft dit standpunt, op grond van de overweging dat eiseres in de bezwaarfase alsnog de beschikking heeft gekregen over dit stuk en zij daarop heeft kunnen reageren.

Ter zake van de overige stukken heeft verweerder gemotiveerd gesteld dat die stukken niet relevant zijn voor de verweten gedragingen. De rechtbank is van oordeel dat verweerder gelet op het ontbreken van genoemde relevantie deze stukken niet aan het onderzoeksdossier had hoeven toe te voegen. Daarbij wijst zij er op dat eiseres - ook in beroep - de relevantie van die stukken in relatie tot de verweten gedragingen onvoldoende aannemelijk heeft gemaakt, dan wel zelfs heeft aangegeven dat een dergelijke relevantie ontbreekt.

Hieruit volgt dat verweerder het bestreden besluit I op het onderzoeksdossier heeft mogen baseren.

## 2.9 Conclusie beoordeling overtredingen

Gelet op het voorgaande heeft verweerder terecht geoordeeld dat er sprake is van overtreding door eiseres van de informatieverplichting inzake de identiteit en het commerciële oogmerk bij aanvang van het telemarketinggesprek, van de verplichting tot het vermelden van de minimale duur van de overeenkomst en van de verplichting tot het tijdig voor het sluiten van de overeenkomst mededelen van de belangrijkste kenmerken, waaronder in dit geval mede begrepen, de prijs van de dienst.

Ook wat betreft de overtreding wegens het niet tijdig mededelen van de bedenktijd in de periode 1 januari 2007 tot 11 april 2007 en wegens het niet vermelden van de juiste bedenktijd bij nakoming van de koop op afstand, voor zover in de welkomstbrief is vermeld dat de termijn ingaat op het moment van dagtekening van de welkomstbrief, heeft verweerder terecht gesteld dat er sprake is van een overtreding door eiseres.

Nu de overtredingen besloten liggen in de callscripts, de transcripts, en/of de welkomstbrieven, moet worden geconcludeerd dat er geen sprake is van incidenten, maar dat er sprake is van een handelen of nalaten dat schade toebrengt of kan toebrengen aan de collectieve belangen van consumenten. Wegens deze overtredingen is verweerder in beginsel dan ook bevoegd tot het opleggen van een boete en/of een last onder dwangsom. Deze bevoegdheid ontbreekt echter ten aanzien van het tot 11 juli 2007 in de welkomstbrief noemen van een onjuiste termijn aangezien die overtreding eiseres niet kan worden verweten.

## 2.10 De opgelegde boetes en lasten onder dwangsom

2.10.1 Voor de overtreding van de informatieverplichting ten aanzien van de identiteit en het commerciële oogmerk bij aanvang van het telemarketinggesprek heeft verweerder een boete opgelegd van € 45.000 en de volgende last onder dwangsom opgelegd:

'[...] Daarbij wordt Pretium Telecom gelast haar callscripts 'koud' aan te passen en instructies op te stellen voor de in opdracht van Pretium Telecom werkzame callcentermedewerkers, zodat wordt verzekerd dat in de praktijk wordt gehandeld overeenkomstig artikel 7:46h, eerste lid, juncto artikel 7:46i BW. In deze callscripts en in de instructies

dient te worden vermeld dat aan het begin in het gesprek:

- duidelijk de identiteit van de verkoper wordt medegedeeld en indien er bij de consument verwarring ontstaat over deze identiteit, deze verwarring door de callcentermedewerker wordt weggenomen;
- duidelijk het commercieel oogmerk van de oproep wordt medegedeeld door aan te geven dat sprake is van een nieuwe overeenkomst die wordt aangegaan met een andere aanbieder, en indien er bij de consument verwarring ontstaat over de gedane commerciële mededeling, deze verwarring door de callcentermedewerker wordt weggenomen.

De dwangsom voor de last wordt bepaald op € 1000,- per dag per ingeschakeld callcenter. De maximaal door Pretium Telecom te verbeuren dwangsom wordt gesteld op € 100.000,- ongeacht het aantal door Pretium Telecom ingeschakelde callcenters.'

2.10.2 Voor de overtreding wegens het (geheel) niet meedelen van de bedenktijd gedurende de periode van 1 januari 2007 tot 11 april 2007 en het niet vermelden van de juiste bedenktijd en het aanvangsmoment van deze termijn bij de nakoming van de koop op afstand heeft verweerder bij het bestreden besluit I een boete opgelegd van € 21.600. Voor deze overtreding heeft verweerder de volgende last opgelegd:

'[...] Daarbij wordt Pretium Telecom gelast om tijdig bij nakoming van de koop op afstand aan de consument op een juiste wijze de informatie mee te delen als genoemd in artikel 7:46c, tweede lid, aanhef en onder a, juncto artikel 7:46i, eerste lid, BW door in de welkomstbrieven te vermelden dat een bedenktijd van zeven werkdagen geldt die aanvangt op het moment dat de consument de welkomstbrief ontvangt.

De dwangsom voor de last wordt bepaald op EUR 50,- per welkomstbrief, die door of namens eiseres wordt verzonden na het sluiten van een vastnetabonnement. De maximaal te verbeuren dwangsom wordt gesteld op EUR 100.000,-'.

2.10.3 Voor de overtreding inzake het niet tijdig meedelen van de minimale duur van de overeenkomst heeft verweerder een boete opgelegd van € 15.000.

2.10.4 Ter zake van de overtreding wegens het niet tijdig meedelen van de belangrijkste kenmerken van de dienst heeft verweerder de volgende last opgelegd:

'[...] Daarbij wordt Pretium Telecom [...] gelast haar callscripts 'koud' aan te passen en instructies op te stellen voor de in opdracht van Pretium Telecom werkzame callcentermedewerkers, zodat in de praktijk wordt gehandeld overeenkomstig artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder b, juncto artikel 7:46i, eerste lid, BW. In deze callscripts en in de instructies dient te worden vermeld dat voordat de koop op afstand wordt gesloten de callcentermedewerker duidelijk de meest essentiële gesprekskosten meedeelt.

De dwangsom wordt bepaald op EUR 1000,- per dag per ingeschakeld callcenter. De maximaal door Pretium Telecom te verbeuren dwangsom wordt gesteld op EUR 100.000 ongeacht het aantal door Pretium Telecom ingeschakelde callcenters.

## 2.11 Beoordeling lasten onder dwangsom

2.11.1 Ten aanzien van de last onder dwangsom opgelegd voor de overtreding van de informatieverplichting ten aanzien van de identiteit en het commerciële oogmerk is de rechtbank van oordeel dat deze last voor zover het betreft de zinsnede 'en indien er bij de consument verwarring ontstaat over deze identiteit of over de gedane commerciële mededeling, deze verwarring door de callcentermedewerker wordt weggenomen', verder gaat dan voor herstel van de overtreding noodzakelijk is en voor dat deel dan ook niet opgelegd had mogen worden. Het bestreden besluit I kan voor wat betreft dat deel niet in stand blijven.

2.11.2 Wat betreft de last opgelegd ter zake van de overtreding 'niet tijdig meedelen van de belangrijkste kenmerken van de dienst' overweegt de rechtbank het volgende. Verweerder heeft ter zitting van de voorzieningenrechter op 12 februari 2009 betoogd dat van eiseres niet wordt verlangd dat zij consumenten informeert over hun individuele belgedrag en de daarmee samenhangende gesprekskosten, maar dat zij consumenten informeert over de meest essentiële gesprekskosten c.q. gesprekstarieven en dat door het noemen van beltarieven zou worden voldaan aan de relevante precontractuele informatieplicht en daarmee ook aan de opgelegde last. Dit blijkt echter niet uit de last die verweerder heeft opgelegd. De last is naar het oordeel van de rechtbank op die grond onvoldoende duidelijk en concreet. Het bestreden besluit I komt voor wat betreft deze last voor vernietiging in aanmerking.

2.11.3 Voor het overige acht de rechtbank de lasten onder dwangsom voldoende concreet en duidelijk. Zij ziet geen grond voor een oordeel dat sprake is van zodanige bijzondere omstandigheden dat verweerder na afweging van de betrokken belangen had moeten afzien van het opleggen van de lasten onder dwangsom. Met uitzondering van hetgeen hiervoor onder 2.11.1 en 2.11.2 is overwogen, heeft verweerder in redelijkheid van zijn bevoegdheid tot het opleggen van de lasten gebruik kunnen maken.

De rechtbank acht voorts de hoogte van de dwangsommen niet onredelijk. Bij het vaststellen van de hoogte van de dwangsom zijn de financiële omstandigheden van de overtreder op zichzelf niet bepalend. De zwaarte van het geschonden belang en de beoogde werking van de dwangsomoplegging vormen primair de basis voor de hoogte van de dwangsom. Mede gelet op het grote belang van de naleving van deze voorschriften is voor het voorkomen van herhaling het toepassen van een dergelijke financiële prikkel niet onredelijk.

## 2.12 De opgelegde boetes

2.12.1 Volgens vaste jurisprudentie, ook van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM), dient de rechter de hoogte van een opgelegde boete "vol" te toetsen. Dat wil zeggen dat de rechter ten volle beoordeelt of, alle relevante feiten en omstandigheden in aanmerking genomen, onevenredigheid bestaat tussen de overtreding en de opgelegde boete. Deze norm ligt besloten in zowel artikel 3:4, tweede lid, van de Awb als in artikel 6 van het EVRM. Indien de rechter oordeelt dat deze norm is geschonden, mag hij ook - met gebruikmaking van de bevoegdheid om zijn uitspraak in de plaats te stellen van het door hem vernietigde besluit - zelf een lagere boete opleggen of eventueel de boete op nihil stellen. Ten aanzien van boetes opgelegd wegens op of na 1 juli 2009 gepleegde overtredingen, is de rechter op grond van artikel 8:72a van de Awb hiertoe zelfs verplicht.

2.12.2 Bij het gebruik maken van de bevoegdheid tot boeteoplegging is verweerder allereerst gebonden aan het in artikel 2.15 van de Whc vermelde maximum. In artikel 2.21 van de Whc is bepaald dat verweerder bij de vaststelling van de hoogte van de boete in ieder geval rekening houdt met de ernst en de duur van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Verweerder houdt daarbij zonedig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.

## 2.12.3 Standpunt verweerder

Verweerder heeft gesteld dat bij de bepaling van de op te leggen boetes ten aanzien van de ernst van de overtreding rekening wordt gehouden met de toegebrachte schade aan het consumentenvertrouwen en het eventuele door de onderneming genoten voordeel voor zover dit door verweerder vastgesteld kan worden. Voor alle overtredingen door eiseres begaan acht verweerder bij de beoordeling van de ernst daarvan de periode waarin de overtredingen hebben plaatsgevonden en de schaal waarop eiseres consumenten heeft benaderd van groot belang.

Kort na de invoering van WLR op 1 januari 2007 is eiseres een grootschalige wervingscampagne gestart om nieuwe klanten te winnen voor de door haar aangeboden vastnetabonnementen. Alleen al in het eerste half jaar na de invoering van de WLR heeft eiseres meer dan 1 miljoen consumenten benaderd en hen een aanbod gedaan voor een vastnetabonnement. Gelet hierop is het aantal consumenten dat geconfronteerd is met en mogelijk benadeeld is door de onregelmatigheden in de handelwijze van eiseres volgens verweerder zeer groot. Verweerder heeft voorts in aanmerking genomen dat eiseres in de richting van zowel verweerder als de media een beeld heeft geschetst dat haar handelwijze volledig in overeenstemming zou zijn met de wet- en regelgeving. Gelet op het overleg dat in de eerste helft van 2007 plaatsvond tussen OPTA, KPN en de WLR-partijen, waaronder eiseres, moest eiseres zich er echter van bewust zijn dat er verwarring bestond bij consumenten na de invoering van WLR. Ten aanzien van de duur van de overtredingen heeft verweerder vastgesteld dat ze ieder geval hebben plaatsgevonden in de periode van 5 januari tot en met 7 maart 2008. Verweerder heeft ten aanzien van de overtredingen inzake het vermelden van de identiteit en het commerciële oogmerk, de bedenktijd bij nakoming van de overeenkomst en het vermelden van de belangrijkste kenmerken van de dienst vastgesteld dat deze overtredingen na 7 maart 2008 nog voortduurden. Meer specifiek stelt verweerder dat de overtreding inzake de informatieverplichting ten aanzien van de identiteit en het commerciële oogmerk bij aanvang van het telemarketinggesprek een zeer ernstige overtreding is die kan leiden tot een grote beschadiging van het consumentenvertrouwen bij koop op afstand. Bij het telemarketinggesprek wordt de consument onvoorbereid geconfronteerd met een professionele verkoper die tracht de consument tot een aankoop te bewegen. Een duidelijke vermelding aan het begin van een verkoopgesprek van de identiteit en het commerciële oogmerk is voor de consument dan ook van groot belang. Alleen op deze wijze kan de consument zich aan het begin van het verkoopgesprek realiseren wie een commercieel aanbod doet en voor welk product of dienst.

Dat de identiteit en het commerciële oogmerk door eiseres niet in alle gevallen op een juiste wijze werd meegedeeld acht verweerder zeer ernstig. Het gegeven, zo bleek uit de geanalyseerde telemarketinggesprekken, dat in een aantal gevallen waar duidelijk bleek dat consumenten meenden te spreken met KPN de callcentermedewerkers deze verwarring niet wegnamen, acht verweerder eveneens zeer ernstig.

Verweerder acht het niet tijdig vermelden van de minimale duur van de overeenkomst een ernstige overtreding. Door het niet tijdig vermelden hiervan is het mogelijk dat een consument een overeenkomst aangaat met een langere duur dan hij had beoogd.

Door de overtreding inzake het vermelden van de bedenktijd tijdens het telemarketinggesprek en in de welkomstbrief wordt - aldus verweerder - een consument niet geïnformeerd over de hem toekomende rechten en kan hij deze niet ten volle uitoefenen. Verweerder acht dit een ernstige overtreding. Verweerder heeft bij het primaire besluit hiervoor een boete opgelegd van € 30.000 en deze boete verlaagd tot € 27.000 vanwege de mogelijke verwarring die bij eiseres zou kunnen hebben bestaan over de te communiceren duur van de bedenktijd. Bij het bestreden besluit heeft verweerder deze boete vastgesteld op € 21.600 omdat hij zich op het standpunt stelt dat artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder f, van het BW niet verplicht tot het benoemen van de termijn in het telefonische verkoopgesprek en eiseres vanaf 11 juli 2007 een einde heeft gemaakt aan deze overtreding.

In de periode van 5 januari 2007 tot 11 april 2007 heeft eiseres de mogelijkheid van de ontbindingstermijn in het geheel niet genoemd, zodat er in die periode wel sprake is van een overtreding. Bij de verlaging heeft verweerder het in het verkoopgesprek niet vermelden van de ontbindingsmogelijkheid een minder zware overtreding geacht dan het bij de nakoming niet vermelden van die mogelijkheid. Hij heeft daarbij een verhouding van 1:4 gehanteerd en een verlaging van 20% toegepast.

Verweerder heeft voorts aangegeven dat bij de vaststelling van de verlaging van de boete rekening te hebben gehouden met de in het primaire besluit reeds toegepaste korting van 10% verband houdende met de mogelijke verwarring bij eiseres.

#### 2.12.4 Standpunt eiseres

Eiseres heeft allereerst gesteld dat haar in het geheel geen boete dient te worden opgelegd omdat zij voldoende is gestraft vanwege - kort samengevat - de negatieve publiciteit die haar ten deel is gevallen naar aanleiding van onderhavige wervingscampagne en die volgens eiseres - mede - door verweerder is veroorzaakt. Voorts heeft zij erop gewezen dat zij vrijwillig aanpassingen heeft doorgevoerd om de bezwaren van verweerder weg te nemen.

#### 2.12.5 Beoordeling

2.12.5.1 De rechtbank overweegt dat niet gezegd kan worden dat eiseres verdergaande medewerking heeft verleend, dan waartoe zij wettelijk was verplicht. Het enkele feit dat eiseres vrijwillig aanpassingen heeft verricht, waarvan de bij brief van 10 juni 2008 aangekondigde wijzigingen overigens na toezending van de ongetekende definitieve versie van het onderzoeksrapport op 8 mei 2008 zijn gedaan, maakt niet dat daarmee verweerdens bevoegdheid om een boete op te leggen ontbreekt. Dat eiseres zoals zij stelt genoeg zou zijn gestraft door de negatieve publiciteit maakt evenmin dat de bevoegdheid tot het opleggen van een boete ontbreekt. Deze omstandigheden kunnen mogelijk een rol spelen bij de vaststelling van de hoogte van de boetes in de vorm van boeteverlagende omstandigheden.

2.12.5.2. De rechtbank is van oordeel dat verweerder ten aanzien van de overtreding van de informatieverplichting ten aanzien van de identiteit en het commerciële oogmerk en het niet tijdig vermelden van de minimale duur van de overeenkomst in redelijkheid van haar bevoegdheid gebruik heeft gemaakt. Zij is van oordeel dat verweerder deze overtreding terecht als zeer ernstig, respectievelijk ernstig heeft aangemerkt en acht de opgelegde boetes voor deze overtredingen gelet hierop en op het in artikel 2.15 van de Whc geldende maximum, passend.

2.12.5.3 Zoals hiervoor onder 2.5.6 reeds is vastgesteld, kan de overtreding wegens het tot 11 juli 2007 in de welkomstbrief noemen van een onjuiste termijn voor ontbinding eiseres niet worden verweten, zodat de bevoegdheid voor verweerder ontbreekt om daarvoor een boete op te leggen. De opgelegde boete van € 21.600 die mede op deze overtreding betrekking heeft, kan daarom niet in stand blijven. De rechtbank ziet aanleiding deze boete vast te stellen op € 17.280.

Daarbij heeft zij rekening gehouden met het feit dat deze boete mede was opgelegd wegens het (geheel) niet meedelen van de bedenktijd in het telefoongesprek gedurende de periode van 1 januari 2007 tot 11 april 2007 en het



niet vermelden van het juiste aanvangsmoment van deze termijn bij de nakoming van de koop op afstand. Deze overtredingen heeft verweerder terecht als ernstig aangemerkt. De rechtbank acht het vermelden van een termijn van vijf (werk)dagen in plaats van de correcte termijn van zeven werkdagen in vergelijking daarmee minder ernstig, reden waarom zij aanleiding ziet de opgelegde boete met 20% te verlagen.

#### 2.12.5.4 Boeteverlagende omstandigheden

De BAC heeft in haar advies geconcludeerd dat verweerder bij het vaststellen van de hoogte van de boete onvoldoende rekening heeft gehouden met boeteverlagende omstandigheden. De uitlatingen van verweerder in het televisieprogramma Kassa, welke door de voorzieningenrechter onrechtmatig zijn geacht en de uitlatingen van verweerder in het persbericht van 7 maart 2009 zijn naar het oordeel van de BAC omstandigheden die aanleiding vormen om de opgelegde boetes voor alle geconstateerde overtredingen met 25% te verlagen. Verweerder heeft bij het bestreden besluit I het advies van de BAC in zoverre niet overgenomen, naar eiseres meent ten onrechte.

De rechtbank is van oordeel dat verweerder onvoldoende heeft gemotiveerd waarom hij op dit punt van het advies van de BAC is afgeweken. De voorzieningenrechter (vonnis in kort geding van 8 mei 2007, LJV BA4603) heeft de uitlatingen van een medewerker van verweerder in het televisieprogramma Kassa terwijl het onderzoek naar de verkooppraktijken van eiseres nog niet was afgerond, onrechtmatig bevonden. Dit is naar het oordeel van de rechtbank een omstandigheid waar verweerder niet aan voorbij heeft kunnen gaan. Anders dan verweerder in het bestreden besluit I stelt, gaat het daarbij om omstandigheden waarmee naar het oordeel van de rechtbank rekening dient te worden gehouden bij het vaststellen van de hoogte van de boete in die zin dat daarvan een matigende werking uitgaat. De rechtbank ziet dan ook aanleiding hiermee rekening te houden als boeteverlagende omstandigheid en acht de door de BAC voorgestelde verlaging van de opgelegde boetes met 25% passend.

#### 2.12.5.5 Overige omstandigheden

Eiseres heeft aangevoerd dat verweerder het onderzoek niet objectief heeft verricht en vooringenomen zou zijn geweest, nu verweerder hangende het onderzoek in de jaren 2007 en 2008 publiekelijk de indruk heeft gewekt dat bij haar duizenden klachten over eiseres waren binnengekomen die door haar werden onderzocht zonder voldoende voorbehoud te maken. Dit is - aldus eiseres - des te ernstiger nu een dergelijk onderzoek in het geheel niet door verweerder is verricht.

De rechtbank kan eiseres niet volgen in haar betoog. De overtredingen zijn door verweerder niet vastgesteld op basis van de ingekomen klachten of meldingen. Verweerder is naar aanleiding van de ingekomen klachten en/of meldingen een onderzoek gestart en de overtredingen zijn vastgesteld op basis van het resultaat van dat onderzoek. De aandacht in de landelijke media en in de Tweede Kamer die de landelijke wervingscampagne van eiseres heeft getrokken, kan naar het oordeel van de rechtbank niet aan verweerder worden toegerekend.

Eiseres heeft voorts - kort gezegd - gesteld dat door de lange duur van het onderzoek door verweerder de overtredingen ook langer hebben voortgeduurd. Eiseres verwijt verweerder met name dat zij pas na ruim een jaar aan eiseres bezwaren over de callscripts en de welkomstbrieven kenbaar heeft gemaakt, terwijl zij daarover al sinds april 2007 de beschikking had. Eiseres klaagt dat zij gedurende het onderzoek geen enkel inzicht heeft gekregen in het verloop daarvan noch is geïnformeerd over de maatregelen die zij volgens verweerder zou moeten treffen om eventuele overtredingen te beëindigen.

De rechtbank acht de duur van het onderzoek door verweerder niet onredelijk lang. Bovendien ontslaat het door verweerder verrichten van onderzoek eiseres niet van haar eigen verantwoordelijkheid tot regelnaleving. Zij verwijst in dit kader eveneens op haar overwegingen onder 2.12.5.1.

Eiseres heeft tevens aangevoerd dat verweerder haar op grond van het lex certa beginsel voor de overtreding inzake het vermelden van de identiteit en het commerciële oogmerk en het vermelden van de belangrijkste kenmerken van de dienst geen boetes kan opleggen. Het gaat om "open normen" die voor uiteenlopende uitleg en toepassing vatbaar zijn. Door deze normen direct met boetes te sanctioneren handelt verweerder niet zorgvuldig en in strijd met het evenredigheidsbeginsel.

De rechtbank volgt eiseres niet in haar betoog. De verplichtingen in deze artikelen zijn naar het oordeel van de rechtbank niet te kwalificeren als een vage of open norm. De normstelling is duidelijk genoeg. De omstandigheid dat de norm in een concreet geval aan de hand van concrete feiten en omstandigheden dient te worden ingevuld doet daar niet aan af. Zij verwijst in dit kader op haar overwegingen ten aanzien van de overtredingen, zie 2.4 en 2.7.

Eiseres stelt dat de conclusies van verweerder onevenredig zijn in vergelijking met onderzoeken door OPTA en NMA. De rechtbank volgt verweerder in haar standpunt dat zij in beginsel niet is gebonden aan de wijze waarop andere bestuursorganen hun bevoegdheden uitoefenen en het beleid dat door deze organen wordt geformuleerd. Met de omstandigheid dat OPTA bij de uitoefening van haar bevoegdheden overleg heeft gevoerd met marktpartijen, is niet gezegd dat verweerder zonder zulk overleg het sanctiebesluit niet had kunnen of mogen nemen.

#### 2.12.6 Redelijke termijn

Eiseres heeft aangevoerd dat de redelijke termijn is overschreden.

Ingevolge artikel 6, eerste lid, van het EVRM, voor zover van belang, heeft een ieder bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat de wet is ingesteld.

Volgens vaste jurisprudentie van het CBb (zie bijvoorbeeld LJN BD6629 en BM1588) neemt de redelijke termijn een aanvang op het moment waarop door verweerder jegens eiseres een handeling is verricht waaraan zij in redelijkheid de verwachting heeft ontleend, en in redelijkheid ook de verwachting heeft kunnen ontlennen, dat haar wegens overtreding van de Whc een boete zou kunnen worden opgelegd.

Naar het oordeel van de rechtbank neemt in het onderhavige geval de redelijke termijn een aanvang op 8 mei 2008. Uit de stukken blijkt dat bij brief van 8 mei 2008 aan eiseres de - blijkens verweerders brief van 17 juni 2008 - definitieve versie van het onderzoeksrapport is toegezonden. Dat (de definitieve versie van) het rapport op dat moment nog niet was ondertekend, doet niet af aan de verwachting die eiseres daaraan heeft kunnen en mogen ontlennen.

Uit eerdergenoemde vaste jurisprudentie blijkt dat de redelijke termijn in beginsel aanvangt bij het uitbrengen van een rapport zonder dat is uit te sluiten dat specifieke omstandigheden kunnen meebrengen dat de aanvang eerder moet worden gesitueerd. De rechtbank acht in het onderhavige geval geen specifieke omstandigheden aanwezig om de aanvang van de termijn eerder te situeren. Op grond van de mededelingen van verweerders zijde in het televisieprogramma Kassa zal het eiseres duidelijk zijn (geweest) dat haar gedragingen onderwerp vormen van een onderzoek. Of de feiten en omstandigheden die uit dit onderzoek naar voren komen uiteindelijk aanleiding zouden zijn een boete op te leggen, valt daar echter niet uit op te maken.

Voorts kan de redelijkheid van de termijn als bedoeld in artikel 6 van het EVRM niet in abstracto worden bepaald, maar moet in iedere zaak worden beoordeeld in het licht van de omstandigheden van dat specifieke geval. Hierbij moet in aanmerking worden genomen de ingewikkeldheid, zowel feitelijk als juridisch, van de zaak, het gedrag van zowel de betrokken onderneming als van het bestuursorgaan, waarbij mede van belang is hetgeen voor de betrokken onderneming op het spel staat. Daarbij komt dat alleen vertragingen die moeten worden toegerekend aan het bestuursorgaan of in voorkomend geval aan rechterlijke instanties, bepalend kunnen zijn voor de motivering van het oordeel dat de redelijke termijn is overschreden.

De rechtbank stelt in het onderhavige geval de redelijke termijn waarbinnen door de rechtbank uitspraak moet zijn gedaan op drie jaar. Zij heeft daarbij in aanmerking genomen de omvang - zowel naar inhoud als naar aantal - van de aanwezige juridische geschilpunten in de onderhavige zaak en de omvang van het dossier.

Het tijdsverloop, gerekend vanaf de datum van het uitbrengen van het rapport op 8 mei 2008 tot en met de datum waarop de rechtbank uitspraak heeft gedaan, bedraagt in het onderhavige geval nog geen drie jaar, zodat er geen sprake is van schending van de redelijke termijn.

#### 2.12.7 Eindconclusie ten aanzien van bestreden besluit I

Het beroep dient gegrond te worden verklaard en het bestreden besluit I komt voor vernietiging in aanmerking voor zover dit ziet op

- de last ter zake van de overtreding wegens het niet tijdig meedelen van de belangrijkste kenmerken van de dienst, en
- dat deel van de last wegens overtreding van de informatieverplichting ten aanzien van de identiteit en het

commerciële oogmerk waarin is bepaald dat indien er bij de consument verwarring ontstaat over de identiteit en/of het commerciële oogmerk, deze verwarring door de callcentermedewerker wordt weggenomen.

- de hoogte van de opgelegde boetes.

De rechtbank zal ten aanzien van de boetes zelf in de zaak voorzien en het sanctiebesluit op deze punten herroepen. Zij bepaalt de boete voor de overtreding wegens het niet tijdig meedelen van de bedenktijd en niet juist vermelden van de bedenktijd bij de nakoming van de koop op afstand in beginsel op € 12.960 (€ 17.280, verlaagd met 25%). Voor de voor overtreding van de informatieverplichting ten aanzien van de identiteit en het commerciële oogmerk bij aanvang van het telemarketinggesprek bepaalt de rechtbank de boete op € 33.750. De boete voor het niet tijdig meedelen van de minimale duur van de overeenkomst bepaalt zij op € 11.250. De totale boete bedraagt derhalve € 57.960.

### 2.13 Publicatie

In de parlementaire geschiedenis van artikel 2.23 van de Whc (TK 2005-2006, 30 411, nr. 3, p. 36) wordt het volgende vermeld:

“De bevoegdheid tot openbaarmaking is beperkt tot de bestuursrechtelijk te handhaven regels. Bij het voornemen tot het nemen van een beschikking, maakt de ConsumentenAutoriteit tevens het voornemen tot openbaarmaking van die beschikking kenbaar. Een dergelijke beschikking kan de ConsumentenAutoriteit uit eigen beweging pas twee weken nadat het besluit op grond van de in de Awb voorgeschreven wijze bekend is gemaakt aan de overtreder, openbaar maken (artikel 2.16, derde lid, van het wetsvoorstel). Aldus is de overtreder in de gelegenheid een voorlopige voorziening bij de bestuursrechter te vragen om zo nodig openbaarmaking te verhinderen. Als de ConsumentenAutoriteit direct zou kunnen openbaar maken, is het publicitaire leed immers al geleden: een voorlopige voorziening hangende een bezwaarschrift heeft dan weinig zin meer.”

Verweerder heeft in het bestreden besluit II uiteengezet dat haar vaste gedragslijn is sanctiebesluiten openbaar te maken. Meer specifiek heeft zij gesteld dat het maatschappelijk debat dat over de werkwijze van eiseres wordt gevoerd ertoe noopte het sanctiebesluit te publiceren. In het verweerschrift is weergegeven dat publicatie voor verweerder een middel vormt om verantwoording af te leggen over haar werkzaamheden en de consumenten te informeren. Publicatie dient ook de transparantie van het werk van verweerder voor (gedupeerde) consumenten. Degene op wiens bescherming de Whc is gericht moet kennis kunnen nemen van wat verweerder als handhaver van die wet doet. Om consumenten effectief te informeren en/of waarschuwen acht verweerder het van belang de naam van de overtredende onderneming te publiceren en derhalve het sanctiebesluit niet te anonimiseren. Publicatie van het onderhavige sanctiebesluit is volledig in lijn met deze vaste gedragslijn van verweerder en er is volgens verweerder geen reden om in dit geval van haar vaste gedragslijn af te wijken.

Naar het oordeel van de rechtbank geeft verweerder hiermee geen onjuiste of onredelijke invulling aan haar in artikel 2.23 van de Whc opgenomen discretionaire bevoegdheid. Zij stelt vast dat verweerder met het publicatiebesluit volgens deze vaste gedragslijn heeft gehandeld. Nu in het onderhavige geval een maatschappelijk debat is ontstaan over de werkwijze van eiseres, waarvan het ontstaan - zoals hiervoor onder 2.12.5.5 - is overwogen niet aan verweerder kan worden toegerekend, kan verweerder worden gevolgd in haar standpunt dat publicatie niet achterwege kon blijven. Dit klemt te meer nu eiseres zelf ook heeft bijgedragen aan dit debat, onder meer door zelf de publiciteit te zoeken met landelijke advertenties over het sanctiebesluit.

Het publicatiebesluit heeft naar het oordeel van de rechtbank anders dan eiseres stelt geen punitief karakter. Het publicatiebesluit is niet gericht op leedtoevoeging, maar op waarschuwing van in het onderhavige geval consumenten. Het eventueel daardoor ontstaan van economisch nadeel voor eiseres is geen leedtoevoeging in vorenbedoelde zin.

Onder verwijzing naar de uitspraak van de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State van 10 november 2010, LJN BO3468, stelt de rechtbank vast dat de beoordeling van het publicatiebesluit de rechtmatigheidstoets van het sanctiebesluit volgt. Indien het openbaar gemaakte sanctiebesluit de rechtmatigheidstoets niet kan doorstaan, geldt dat verweerder het sanctiebesluit niet had mogen publiceren.

Uit het voorgaande blijkt dat het bestreden besluit I niet in stand kan blijven, te weten voor zover dat ziet op een deel van de last die is opgelegd wegens overtreding van de informatieverplichting ten aanzien van de identiteit en het

commerciële oogmerk, de last die is opgelegd wegens overtreding van de verplichting tot het meedelen van de belangrijkste kenmerken van de dienst en voor zover het de hoogte van de opgelegde boetes betreft. Op deze grond is de rechtbank van oordeel dat verweerder het sanctiebesluit in zoverre niet had mogen publiceren.

#### 2.14 Eindconclusie met betrekking tot bestreden besluit II

Het beroep tegen bestreden besluit II dient gegrond te worden verklaard. Het bestreden besluit II komt voor vernietiging in aanmerking voor zover dit ziet op de publicatie van de hiervoor onder 2.13, laatste alinea, genoemde delen van het bestreden besluit I, waarvan de rechtbank tot het oordeel is gekomen dat daarbij ten onrechte het sanctiebesluit is gehandhaafd. De rechtbank zal verweerder opdragen binnen een termijn van zes weken na verzending van deze uitspraak de publicatie van het sanctiebesluit te rectificeren zoals hierna in rubriek 3 verwoord.

#### 2.15 Proceskosten

De rechtbank ziet aanleiding verweerder te veroordelen in de kosten die eiseres in verband met de behandeling van de beroepen tot aan deze uitspraak redelijkerwijs heeft moeten maken. De rechtbank bepaalt de proceskosten op € 2.662 aan kosten van door een derde beroepsmatig verleende rechtsbijstand.

### 3 Beslissing

De rechtbank,

recht doende:

verklaart het beroep tegen bestreden besluit I gegrond, vernietigt bestreden besluit I voor zover dit ziet op:

- de last opgelegd wegens overtreding van artikel 8.5, tweede lid, van de Whc in verbinding met artikel 7:46h, eerste lid, en artikel 7:46i, eerste lid, van het BW, voor zover daarin is opgenomen de zinsnede dat, indien er bij de consument verwarring ontstaat over de gedane commerciële mededeling, deze verwarring door de callcentermedewerker wordt weggenomen,
- de last opgelegd wegens overtreding van artikel 8.5, tweede lid, van de Whc in verbinding met artikel 7:46c, eerste lid, aanhef en onder b, en artikel 7:46i, eerste lid, van het BW,
- de hoogte van de opgelegde boetes,

bepaalt dat deze uitspraak in de plaats treedt van het vernietigde deel van bestreden besluit I, voor zover dat ziet op de hoogte van de opgelegde boetes, hetgeen in dit geval inhoudt dat het sanctiebesluit in die zin wordt herroepen, dat aan eiseres een boete wordt opgelegd van in totaal € 57.960,

draagt verweerder op om voor het overige vernietigde deel van bestreden besluit I opnieuw te beslissen op het bezwaar,

verklaart het beroep tegen bestreden besluit II gegrond,

vernietigt bestreden besluit II voor zover dit ziet op de publicatie van de hiervoor genoemde vernietigde delen van het bestreden besluit I,

draagt verweerder op binnen zes weken na verzending van deze uitspraak het publicatiebesluit in zoverre te rectificeren,

bepaalt dat verweerder aan eiseres het betaalde griffierecht van in totaal € 596 (2 x € 298) vergoedt,

veroordeelt verweerder in de proceskosten tot een bedrag van in totaal € 2.622.

Aldus gedaan door mr. M. Schoneveld, voorzitter, en mr. J.G.J. Rinkes, en  
mr. A. van Gijzen, leden, in tegenwoordigheid van mr. M. Traousis - van Wingaarden, griffier.

De griffier: De voorzitter:

Uitgesproken in het openbaar op: 4 mei 2011.

Een belanghebbende - onder wie in elk geval eiseres wordt begrepen - en verweerder kunnen tegen deze uitspraak hoger beroep instellen bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven, Postbus 20021, 2500 EA 's-Gravenhage. De termijn voor het indienen van het beroepschrift is zes weken en vangt aan met ingang van de dag na die waarop het afschrift van deze uitspraak is verzonden.

Afschrift verzonden op: