

V N O N C W

---



De heer mr. C.A. Fonteijn  
 OPTA  
 Postbus 90420  
 2509 LK DEN HAAG

Briefnummer  
 11/11.384/DdN/Man

Onderwerp  
 Handhaving

Den Haag  
 12 augustus 2011

Telefoonnummer  
 070 3490354  
 E-mail  
 Nood@vno-ncw.nl

Geachte heer Fonteijn,

OPTA heeft recentelijk een aantal boetebesluiten gepubliceerd wegens overtredingen van de Telecommunicatiewet, in het bijzonder wegens vermeend schenden van het spamverbod en het Bel-me-niet register.

VNO-NCW en MKB-Nederland vragen naar aanleiding van deze boetebesluiten graag uw aandacht voor de transparantie, proportionaliteit en het verschil in interpretatie met andere toezichthouders terzake. Hieronder lichten we dit nader toe.

*Transparantie van de procedure*

In de diverse procedures (inzake het niet ontdubbelen met het Bel-me-niet register, het niet voldoende aanbieden van het recht van verzet en het Bel-me-niet register, verzending spam door het vermeend ontbreken van toestemming van de abonnees) die hebben geleid tot boetebesluiten of waarschuwingen, is aan de bedrijven tegen wie door OPTA een onderzoek werd uitgevoerd (normadressant) geen inzage verstrekt in individuele klachten die ten grondslag liggen aan het handhavingsonderzoek.

Hierdoor kunnen normadressanten niet reconstrueren of zij daadwerkelijk in gebreke zijn gebleven, waardoor zij niet in staat zijn zichzelf adequaat te verdedigen. De uitspraak van de Rechtbank Rotterdam gaf al eerder aan dat dit verdediging schaadt<sup>1</sup>. Een toezichthouder zoals het College bescherming persoonsgegevens geeft wel inzage bij klachtprocedures en geeft daarmee de normadressant mogelijkheid tot onderzoek en verweer.

---

<sup>1</sup> LJN: BA6377, Rechtbank Rotterdam, TELEC 06/2160, 06/2274 en 06/2275-STRN

VNO-NCW en MKB-Nederland zijn van mening dat ook de kwantiteit van de vermeende overtreding geen rol mag spelen, zolang onduidelijk is hoe dit criterium wordt toegepast. Niet duidelijk is of OPTA absolute of relatieve aantallen klachten in beschouwing neemt en daarbij rekening wordt gehouden met welke klachten gegrond zijn. Ook dit vraagt inzage richting de normadressanten zodat zij de kans krijgen deze te weerleggen.

Tevens signaleren onze leden dat sancties in vergelijkbare gevallen verschillend worden toegepast. Sommige normadressanten ontvangen een waarschuwing bij een vermeende overtreding van de Telecommunicatiewet en anderen worden direct meegenomen in het traject van een boetebesluit.

Omdat VNO-NCW en MKB-Nederland van mening zijn dat inzicht in de klachten voor een adequate verdediging en voor toekomstige procesverbeteringen noodzakelijk is, vragen wij u de transparantie van de procedure en werkwijze te vergroten en de klachten wel inzichtelijk te maken voor marktpartijen.

### **Proportionaliteit in handhaving**

In recente boetebesluiten inzake telemarketing is gehandhaafd over een periode waarin de nieuwe Telecommunicatiewet net in werking was getreden (oktober – december 2009). VNO-NCW en MKB-Nederland vragen zich af of het redelijk is om over een periode waarin ook nog eens problemen met het Bel-me-niet register zijn geconstateerd te handhaven. Het is ons bekend dat u dit probleem heeft erkend en de boete van tenminste één normadressant om deze reden met dertig procent heeft verlaagd. Vraag is echter of volstaan met een waarschuwing of een last onder dwangsom meer proportioneel was geweest.

Naast genoemd voorbeeld, speelt ook hier het voorbeeld dat verschillende sanctiemiddelen toepast worden bij dezelfde overtredingen van de Telecommunicatiewet. De indruk van een arbitraire handhaving is niet in het belang van de toezichthouder en de markt.

VNO-NCW en MKB-Nederland vragen of ex-ante duidelijker kan worden aangegeven welke maatregelen bij welke overtredingen geoorloofd zijn en hoe zij worden gehanteerd. OPTA zou hiervoor expliciet het overleg kunnen opzoeken met de betrokken brancheorganisaties. Pas wanneer dit overleg niet tot enige vermindering van bijvoorbeeld klachten leidt, zou OPTA concrete beleidsregels kunnen opstellen of overgaan tot handhaving. Dit komt de naleving uiteindelijk ten goede.

### **Verskil in interpretatie van het wettelijk kader**

VNO-NCW en MKB-Nederland constateren dat ondernemers niet weten waar ze aan toe zijn op het moment dat voor een specifieke casus diverse wettelijke kaders gelden, die niet met elkaar in overeenstemming zijn c.q. anders worden uitgelegd.

Zo wijken de interpretaties van de OPTA over het toestemmingsvereiste voor het gebruik van het e-mailadres voor commerciële, charitatieve of ideële doeleinden (zoals nieuwsbrieven en commerciële communicatie via e-mail) in de recent gepubliceerde boetebesluiten, af van de bepalingen uit de Gedragscode Online Gegevensverzameling (Online Annex) die is opgesteld door de FEDMA, en is aangenomen door de Artikel 29 Werkgroep en directe werking heeft in de lidstaten. Hoewel deze Gedragscode ten tijde van het opstellen van het boetebesluit<sup>2</sup>, pas formele en bindende status heeft gekregen, had het OPTA gesierd, rekening te houden met de uitleg van het begrip toestemming in deze Gedragscode vooruitlopend op de formele inwerkingtreding op 13 juli 2010.

Ook bestaat spanning tussen uw uitleg van het toestemmingsvereiste voor elektronische communicatie uit de Telecommunicatiewet en de wilsuïting in het Burgerlijk Wetboek. Immers, volgens het bepaalde in de artikel 3:33 en met name 3:35 BW mag de adverteerder er vanuit gaan dat wanneer iemand toestemming (wilsuïting) geeft, de adverteerder op een dergelijk wilsuïting mag vertrouwen en dus toestemming heeft verkregen. OPTA lijkt met haar uitspraken voorbij te gaan aan de normering binnen het Burgerlijk recht in Nederland.

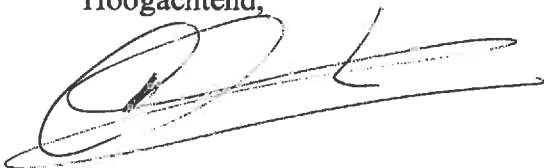
Vorenstaande leidt tot een situatie waarbij toezichthouders, gebonden aan dezelfde wettelijke toestemmingsvereiste, deze anders interpreteren in specifieke situaties en het regulier burgerlijke recht in Nederland niet bij besluitvorming betrekken.

### **Concluderend**

VNO-NCW en MKB-Nederland maken zich bezorgd over de ontstane situatie waarin ondernemers zich niet goed kunnen verweren doordat zij geen inzicht in de casus hebben, waarin handhaving niet altijd eenduidig is en waarin de ondernemer schade oploopt door verschillende en conflicterende interpretaties van wettelijke kaders.

Wij zien uw reactie op vorenstaande graag tegemoet en treden desgewenst met u en onze relevante achterban in overleg.

Hoogachtend,



Drs. C. Oudshoorn  
Directeur Beleid

Een afschrift van deze brief is toegestuurd aan het ministerie van Economische Zaken, Landbouw en Innovatie.

---

<sup>2</sup> bijvoorbeeld in de zaken OPTA/ACNB/2011/200904\_OV