Nederlandse Mededingingsautoriteit

BESLUIT

Nummer 103469_3/70
Betreft zaak: Geheimhoudingsplicht Liander, medeplegen NUON CCC

Besluit van de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Raad) als bedoeld in artikel 5:52 van de Algemene wet bestuursrecht tot vaststelling van een overtreding en oplegging van een boete op grond van artikel 77i, eerste lid, aanhef en onderdeel b, van de Elektriciteitswet 1998 en 60ad, eerste lid, aanhef en onderdeel b, van de Gaswet.

I. VERLOOP VAN DE PROCEDURE

1. De Energiekamer van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (hierna: de Energiekamer) is in oktober 2010 gestart met een onderzoek naar een mogelijke overtreding door de naamloze vennootschap Nuon Customer Care Center (hierna: Nuon CCC) van artikel 79, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998 (hierna: E-wet) en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet, wegens het niet geheim houden van vertrouwelijke gegevens van de klanten van Liander N.V. (hierna: Liander).

2. Het onderzoek dat door de Energiekamer is verricht ziet op de periode 1 juli 2009 tot 23 september 2011. In het onderzoek van de Energiekamer zijn ook Liander en N.V. Nuon Energy (hierna: Nuon Energy) betrokken.

3. Op 23 september 2011 is een rapport — als bedoeld in artikel 5;48 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) en artikel 77h, vijfde lid van de E-wet, respectievelijk artikel 60ac, vijfde lid, van de Gaswet (hierna: het Rapport[1]) — tegen Nuon CCC opgemaakt en verzonden.

4. Op 23 september 2011 zijn tevens Rapporten opgemaakt en verzonden aan Liander en Nuon Energy in verband met het handelen in strijd met de geheimhoudingsplicht zoals bedoeld in artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet.

[1] Dossierstuk 103469_3/45.

5. Bij brief van 23 september 2011 is Nuon CCC in de gelegenheid gesteld om zowel mondeling als schriftelijk haar zienswijze over het Rapport naar voren te brengen.[2]

6. Op 24 oktober 2011 is door Nuon CCC een schriftelijke zienswijze ingediend.[3] Op 8 november 2011 heeft Nuon CCC gebruik gemaakt van de gelegenheid om haar zienswijze tijdens een hoorzitting mondeling en schriftelijk naar voren te brengen. Van de hoorzitting is een verslag opgemaakt dat op 21 december 2011 aan Nuon CCC is verzonden.[4]

II. BETROKKEN ONDERNEMING

7. In de onderhavige procedure is de betrokken onderneming de naamloze vennootschap Nuon Customer Care Center, gevestigd te Amsterdam. Nuon CCC is het Customer Care Center van de Nuon-groep in Nederland. N.V. Nuon CCC is een 100% dochter van Nuon Sales dat op haar beurt een 100% dochter is van N.V. Nuon Energy. In randnummer 21 en 22 van dit besluit zal nader in worden gegaan op de juridische structuur van de Nuon-groep.

III. RAPPORT

8. In het Rapport[5] is geconcludeerd dat Nuon CCC als medepleger in strijd heeft gehandeld met artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet door onvoldoende te waarborgen dat de aan haar door Liander ter beschikking gestelde vertrouwelijke gegevens van klanten van Liander geheim worden gehouden.

9. In het Rapport staat dat de vertrouwelijke gegevens van de klanten van Liander door Nuon CCC en Nuon Energy niet geheim zijn gehouden, aangezien N.V. Nuon Sales Nederland (hierna: Nuon Sales) op drie wijzen kan beschikken over de vertrouwelijke gegevens van klanten van Liander. De wijzen waarop Nuon Sales volgens het Rapport kan beschikken over vertrouwelijke gegevens van klanten van Liander zijn:[6]
    1. Medewerkers van Nuon CCC die werkzaamheden verrichten voor Nuon Sales kunnen beschikken over vertrouwelijke gegevens van klanten van Liander die zijn opgeslagen in het geautomatiseerde klantsysteem SAP-PLB (ontbreken functionele scheiding binnen Nuon CCC);
    2. Medewerkers van Nuon Sales hebben direct inzage in het geautomatiseerde klantsysteem SAP-PLB van Nuon CCC waarin vertrouwelijke gegevens van

[2] Zie dossierstuk 103469_3/46.

[3] Zie dossierstuk 103469_3/49.

[4] Zie dossierstuk 103469_3/53.

[5] Zie randnummer 192 van het Rapport.

[6] Zie randnummer 158 van het Rapport.

klanten van Liander zijn opgeslagen (directe inzage klantgegevens door Nuon Sales);

3. Nuon Sales kan beschikken over vertrouwelijke gegevens van klanten van Liander die in het datawarehouse ORAKEL van Nuon Energy zijn opgeslagen (klantgegevens in datawarehouse van Nuon Energy).

10. In het Rapport staat dat de overtreding van de geheimhoudingsplicht enerzijds het gevolg is van nalatigheid van Liander om er zorg voor te dragen dat Nuon CCC voldoende maatregelen treft ter waarborging van de vertrouwelijkheid van haar vertrouwelijke gegevens van haar klanten alsmede een gebrekkige controle door Liander of Nuon CCC de vertrouwelijkheid van haar vertrouwelijke gegevens van haar klanten waarborgt. Anderzijds is dit volgens het Rapport het gevolg van het feit dat Nuon CCC onvoldoende maatregelen heeft getroffen om de geheimhouding van de vertrouwelijke gegevens van de klanten van Liander te waarborgen. Gelet hierop is door de Energiekamer geconcludeerd dat zowel Nuon CCC als Liander in een positie verkeerde om overtreding van artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet te voorkomen.

IV. WETTELIJK KADER

11. Het wettelijk kader luidt, voor zover hier van belang:

Elektriciteitswet 1998
Artikel 79, eerste lid:
"1. Een netbeheerder die bij de uitvoering van zijn taak de beschikking krijgt over gegevens waarvan hij het vertrouwelijke karakter kent of redelijkerwijs moet vermoeden, is verplicht tot geheimhouding van die gegevens, behoudens voor zover enig wettelijk voorschrift hem tot mededeling verplicht, of uit zijn taak de noodzaak tot mededeling voortvloeit."

Gaswet
Artikel 37, eerste lid:
"1. Een netbeheerder, een gasopslagbedrijf of een LNG-bedrijf dat bij de uitvoering van zijn taak de beschikking krijgt over gegevens waarvan hij het vertrouwelijke karakter kent of redelijkerwijs moet vermoeden, is verplicht tot geheimhouding van die gegevens, behoudens voor zover enig wettelijk voorschrift hem tot mededeling verplicht of uit zijn taak de noodzaak tot mededeling voortvloeit."

Algemene wet bestuursrecht

Artikel 5:1, tweede lid:
"Onder overtreder wordt verstaan: degene die de overtreding pleegt of medepleegt"

V. ACHTERGRONDEN

V.1 Aanleiding voor het onderzoek

12. Liander is als netbeheerder verplicht een aansluitingenregister aan te leggen en te beheren waarin per elektriciteits- of gasaansluiting onder andere is vastgelegd: de EAN-code[7] van de aansluiting, de naam van de aangeslotene, de adresgegevens (straat, huisnummer, postcode en woonplaats), het standaard jaarverbruik en de identificatie van de actuele leverancier behorende bij de betreffende aansluiting (de zogenoemde bedrijf EAN-code).

13. Liander heeft met de binnen haar verzorgingsgebied op het gas- en/of elektriciteitsnet aangesloten kleinverbruikers een contract[8] afgesloten voor het transport van gas en/of elektriciteit en beschikt in dit kader over contractgegevens als naam, adres, postcode, woonplaats van de aangesloten kleinverbruiker en het werkelijke jaarverbruik (elektriciteit en/of gas) dat in beginsel door meting wordt vastgesteld.

14. Het geheel van gegevens van de klanten van Liander zijn persoonsgegevens. Bovendien gaat het om commercieel gevoelige gegevens. Deze gegevens hebben derhalve een vertrouwelijk karakter. Hiervoor geldt een geheimhoudingsplicht op grond van artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet.

15. In de wetsgeschiedenis van artikel 79, eerste lid, van de E-wet[9] en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet[10] is vermeld dat deze artikelen strekken tot implementatie van Europese richtlijnen.[11] In deze Europese richtlijnen is bepaald dat de distributienetbeheerder de vertrouwelijkheid van de commercieel gevoelige gegevens die hem bij de uitvoering van zijn taak ter kennis komen, eerbiedigt.[12] Volgens de parlementaire geschiedenis moeten de commercieel gevoelige gegevens van de klanten van de netbeheerder als vertrouwelijk worden aangemerkt.

---

[7] EAN staat voor European Article Number. De EAN-code is een uniek identificatienummer 18 cijfer. Iedere elektriciteits- of gasaansluiting in Nederland heeft zijn eigen EAN-code. De EAN-code wordt toegekend door de netbeheerder.

[8] Aansluit- en transportovereenkomst.

[9] Kamerstukken II 1997/98, 25 621, nr. 3, p. 51.

[10] Kamerstukken II 1998/99, 26 463, nr. 3, p. 42.

[11] Richtlijn 96/92/EG (thans richtlijn 2009/72/EG) en richtlijn 98/30/EG (thans richtlijn 2009/73/EG).

[12] Zie artikel 13 van richtlijn 96/92/EG respectievelijk artikel 11 van richtlijn 98/30/EG.

16. De hierboven genoemde gegevens van de binnen het verzorgingsgebied van Liander aangesloten kleinverbruikers[13] worden in dit besluit aangeduid als: de vertrouwelijke gegevens van klanten van Liander.

17. Medio 2010 heeft de Energiekamer een signaal ontvangen dat Liander de vertrouwelijke gegevens van haar klanten niet geheim houdt voor Nuon CCC. Kern van het signaal was dat medewerkers van Nuon CCC, die naast werkzaamheden voor Liander tevens commerciële activiteiten verrichten voor Nuon Sales, beschikken over deze vertrouwelijke klantgegevens van Liander.[14]

18. Het ontvangen signaal was aanleiding om een onderzoek te starten om na te gaan of Liander de geheimhoudingsplicht als bedoeld in artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet heeft overtreden door vertrouwelijke gegevens van haar klanten niet geheim te houden.

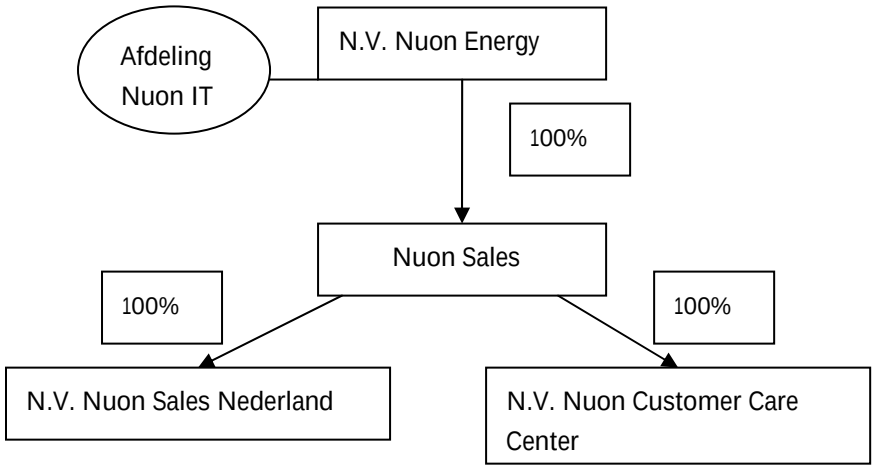
V.2 De uitbestedingsrelatie tussen Liander en Nuon CCC

De Nuon-groep

19. Nuon CCC maakt onderdeel uit van de Nuon-groep. De Nuon-groep houdt zich bezig met de productie en levering van elektriciteit. Daarnaast is de Nuon-groep actief op de gasmarkt en levert de Nuon-groep aanverwante diensten, zowel op de zakelijke markt als de consumentenmarkt. Nuon Energy is de holdingmaatschappij van de Nuon-groep. De Nuon-groep kan als volgt schematisch worden weergegeven:

[13] Afnemers die beschikken over een aansluiting op een net met een totale maximale doorlaatwaarde van ten hoogste 3*80 Ampère (elektriciteit) en/of verbruikers met een jaarverbruik tot 170.000 m3 (gas).

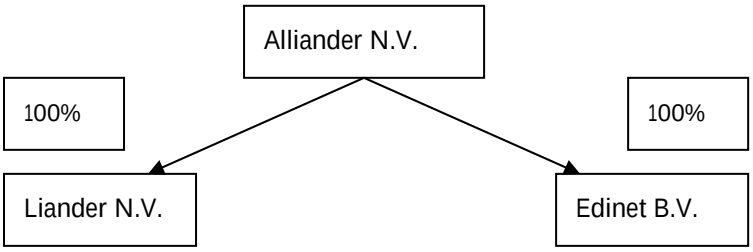
[14] Zie Randnummer 39 van het Rapport.



20. De verschillende activiteiten binnen de Nuon-groep zijn ondergebracht in verschillende vennootschappen. Nuon Energy heeft een 100% dochteronderneming Nuon Sales. Nuon Sales heeft twee 100% dochterondernemingen: N.V. Nuon Sales Nederland en Nuon CCC. De holdingmaatschappij Nuon Energy heeft één IT afdeling voor de hele Nuon-groep, die hierna als Nuon IT zal worden aangeduid.

De Alliander-groep

21. Liander maakt deel uit van de Alliander-groep. Deze groep kan als volgt schematisch worden weergegeven:



De voormalige relatie tussen de Nuon-groep en de Alliander-groep

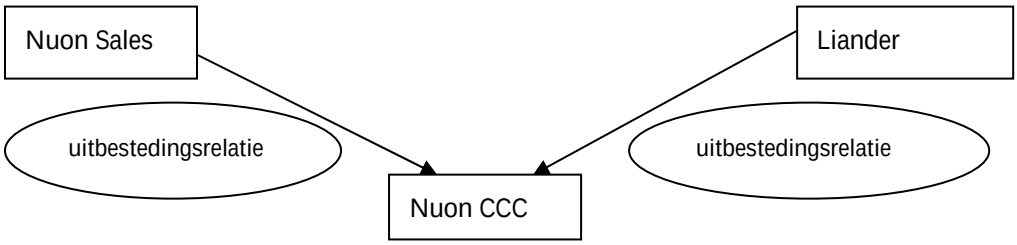
22. Tot 1 juli 2009 behoorden Alliander en Nuon Energy tot één en hetzelfde bedrijf: N.V. Nuon. Als gevolg van de Wet onafhankelijk netbeheer (hierna: Won) heeft op 1 juli 2009 een splitsing plaatsgevonden van N.V. Nuon in een productie- en leveringsbedrijf Nuon Energy en het netwerkbedrijf Alliander, waartoe netbeheerder Liander behoort.

De uitbesteding van werkzaamheden

23. Liander heeft de administratieve afhandeling van het berichtenverkeer in het kader van verhuizingen en leverancierswitches, het collecteren van meterstanden en de facturatie uitbesteed aan Nuon CCC. In het kader van deze uitbesteding vindt tussen Nuon CCC en Liander een uitwisseling plaats van vertrouwelijke gegevens van klanten van Liander, waardoor Nuon CCC beschikt over de vertrouwelijke gegevens van klanten van Liander.

24. Nuon CCC verricht, naast werkzaamheden voor Liander, tevens werkzaamheden voor de energieleverancier Nuon Sales, zoals het afhandelen van de administratieve processen die samenhangen met leverancierswitches en verhuizingen van klanten van Nuon Sales, maar ook commerciële activiteiten als het uitnutten van de bestaande klantcontacten met als doel een verkoop genereren van een product/dienst die tot het Nuon-portfolio behoort en het zorgen voor de opvang van marketingcampagnes van Nuon Sales.

25. Hieronder volgt een schematische weergave van de uitbesteding van werkzaamheden door Nuon Sales en Liander aan Nuon CCC:



26. Nuon CCC maakt bij haar werkzaamheden gebruik van één geautomatiseerd klantsysteem SAP-PLB. In het klantsysteem SAP-PLB zitten alle klantgegevens die Nuon CCC nodig heeft voor de administratieve afhandeling van haar taken, dus zowel van klanten van Liander als van klanten van Nuon Sales. In het kader van het uitbesteden van de werkzaamheden, worden gegevens van Liander vanuit SAP-PLB verladen naar een database (ORAKEL) die door Nuon IT (van Nuon Energy) wordt beheerd. Zowel Nuon Sales als Nuon CCC kunnen uit ORAKEL gegevens opvragen.

V.3 Nuon CCC als medepleger

27. In het Rapport wordt Nuon CCC het verwijt gemaakt dat zij de overtreding van artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet medepleegt en als overtreder kan worden aangemerkt.

28. Medeplegen doet zich voor als twee of meer (rechts)personen gezamenlijk een verboden gedraging plegen. In dit geval wordt Nuon CCC verweten als medepleger de geheimhoudingsplicht van Liander te hebben overtreden.

29. Bij besluit van heden in zaak 103469_2[15] is aan Liander een boete opgelegd wegens overtreding van de geheimhoudingsplicht als bedoeld in artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet. Naar het oordeel van de Raad heeft Liander de in voornoemde artikelen vervatte norm overtreden, doordat 90 medewerkers van Nuon Sales via het geautomatiseerde klantsysteem SAP-PLB van Nuon CCC direct toegang hebben gehad tot de vertrouwelijke gegevens van klanten van Liander.

VI. BEOORDELING

VI.1 Inleiding

30. In het Rapport en de zienswijze van Nuon CCC komen verschillende elementen aan de orde. Hieronder worden die elementen besproken. Daarbij wordt eerst de (reikwijdte van de) betrokken norm behandeld. Vervolgens worden de vermeende overtredingen bezien in het licht van de norm, waarbij de drie wijzen waarop Nuon Sales volgens het Rapport kan beschikken over vertrouwelijke gegevens van de klanten van Liander afzonderlijk worden besproken. In dat kader wordt tevens beoordeeld of Nuon CCC dient te worden aangemerkt als medepleger van overtreding van de geheimhoudingsplicht door Liander.

VI.2 De norm

31. Hieronder zal nader in worden gegaan op de geheimhoudingsplicht zoals bedoeld in artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet.

VI.2.1 Rapport

32. Volgens het Rapport houdt de geheimhoudingsplicht - zoals bedoeld in artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet - in dat Liander ervoor dient te zorgen dat de vertrouwelijke gegevens van haar klanten, gezien het commerciële en privacygevoelige karakter ervan, geheim gehouden worden. Volgens het Rapport is ook bij uitbesteding Liander als normadressaat verantwoordelijk voor de waarborging van de vertrouwelijkheid van de gegevens. In het Rapport is de geheimhoudingsplicht mede geplaatst in het licht van de Wet bescherming persoonsgegevens (hierna: Wbp).

[15] Zie het besluit met kenmerk 103469_2/73.

VI.2.2 Zienswijze Nuon CCC

33. In haar zienswijze stelt Nuon CCC dat in het Rapport een onjuiste invulling is gegeven aan de geheimhoudingsplicht. Volgens haar is er pas sprake van schending van de geheimhoudingsplicht wanneer wordt aangetoond dat Nuon Sales kennis heeft genomen van de vertrouwelijke informatie van Liander en deze informatie heeft misbruikt.

34. Nuon CCC betoogt verder dat er voor Liander geen prikkel bestaat om Nuon CCC te bevoordelen, nu de ondernemingen na de splitsing geen onderdeel meer uitmaken van één groep.

35. Daarnaast vindt Nuon CCC dat overtreding van artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet niet kan worden aangenomen enkel en alleen wanneer er te weinig voorzorgsmaatregelen zijn genomen, omdat de schending van de geheimhoudingsplicht geen omissiedelict is maar een commissiedelict.

36. Ten slotte is Nuon CCC van mening dat de artikelen 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet geen aanvulling op de Wbp zijn. Meer specifiek stelt zij dat de verwijzing in het Rapport naar de zorgplicht in artikel 14 van de Wbp te ver gaat en in strijd is met het legaliteitsbeginsel. Verder meent Nuon CCC dat de door de NMa aangenomen zorgplicht in het geheel niet in de wettekst of de wetsgeschiedenis voorkomt. Deze ruime interpretatie van de geheimhoudingsplicht is ook in strijd met het legaliteitsbeginsel.

VI.2.3 Beoordeling

Het verband met de Wet bescherming persoonsgegevens

37. In het Rapport is de geheimhoudingsplicht zoals bedoeld in artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet mede geplaatst in het licht van de Wbp. Het doel van de Wbp is het beschermen van de persoonlijke levenssfeer, terwijl de geheimhoudingsplicht van de E-wet en de Gaswet ziet op het geheim houden van vertrouwelijke gegevens van de klanten van de netbeheerder. De Wbp en de E-wet onderscheidenlijk de Gaswet zijn wettelijke regelingen die naast elkaar bestaan en die elk een afzonderlijk bevoegdheidskader kennen. De Raad heeft geen handhavende bevoegdheden ten aanzien van de Wbp.

38. De Raad concludeert dat de geheimhoudingsplicht — zoals bedoeld in artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet — niet dient te worden bezien mede in het licht van de Wbp.

Geheimhoudingsplicht vereist handelen

39. De verplichting tot geheimhouding zoals bedoeld in artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet is geformuleerd als een gebod. Laat de netbeheerder na de vertrouwelijke gegevens van haar klanten geheim te houden, dan levert dit niet handelen ofwel nalaten, een overtreding op.[16] Derhalve is overtreding van de geheimhoudingsplicht te kenschetsen als een beboetbaar gesteld nalaten.

40. De geheimhoudingsverplichting brengt mee dat de netbeheerder de vertrouwelijke gegevens van zijn klanten geheim moet houden. Om aan de geheimhoudingsplicht te voldoen dient de netbeheerder (voorzorgs)maatregelen te nemen. De netbeheerder overtreedt de geheimhoudingsplicht zoals bedoeld in artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet indien hij nalaat voldoende (voorzorgs)maatregelen te nemen.

Reikwijdte geheimhoudingsplicht

41. De Europese regelgeving is gericht op het tot stand brengen van een interne markt voor elektriciteit en aardgas, waarin misbruik van machtspositie en marktondermijnende gedragingen moeten worden voorkomen.

42. Elektriciteits- en gasnetwerken zijn in economische zin te beschouwen als een natuurlijk monopolie. Voorkomen moet worden dat van dat monopolie misbruik gemaakt kan worden.

43. De Europese richtlijnen zijn geïmplementeerd in de E-wet en de Gaswet. Hiermee is een belangrijke stap gezet in de liberalisatie van de elektriciteits- en gasmarkt. Het belang van liberalisatie is groot: in een vraaggestuurde markt, waarin afnemers hun leverancier vrij kunnen kiezen, treedt concurrentie op tussen deze leveranciers en dit kan leiden tot meer efficiëntie, lagere kosten, lagere prijzen en een betere dienstverlening. Dit levert grote voordelen voor de consument op.

44. Gelet op het bovenstaande heeft de (Europese) wetgever de onafhankelijkheid van de netbeheerder van cruciaal belang geacht in het kader van de liberalisatie van de elektriciteits- en gasmarkt. De richtlijnen en de E-wet en de Gaswet strekken onder meer tot het waarborgen van deze onafhankelijkheid van de netbeheerders. Deze onafhankelijkheid brengt met zich dat het netbeheerders verboden is productiebedrijven of leveranciers op bepaalde wijzen te bevoordelen. Dit kan immers leiden tot oneigenlijke concurrentie en een verstoring van de markt. Bevoordeling kan

[16] Er is geen sprake van een overtreding indien vast komt te staan dat er omstandigheden waren op grond waarvan, de netbeheerder verplicht was de vertrouwelijke gegevens van haar klanten niet geheim te houden.

plaatsvinden door uitwisseling van gegevens van afnemers tussen netbeheerder en leverancier.

45. De gegevens van de klanten van een netbeheerder zijn voor een leverancier van grote potentiële waarde voor marketing van haar producten. Wanneer de mogelijkheid bestaat dat een leverancier over de gegevens van de klanten van een netbeheerder kan beschikken, heeft deze leverancier de mogelijkheid een informatievoorsprong te nemen op andere leveranciers. Zo zou bijvoorbeeld op basis van de informatie over het verbruik van aangeslotenen bij de netbeheerder die geen klant zijn bij de betreffende leverancier, een gericht aanbod aan deze aangeslotenen kunnen worden gedaan. Hiermee kan een leverancier een potentieel concurrentievoordeel genieten, omdat concurrenten zonder die informatie niet een dergelijk aanbod kunnen doen. Dergelijke concurrentievoordelen kunnen leiden tot verstoring van het level playing field dat wordt nagestreefd op de leveringsmarkt.

46. In het kader van het onafhankelijk netbeheer is in de Memorie van Toelichting bij de E-wet het volgende opgemerkt: *"Het netbeheer mag niet op discriminerende wijze beïnvloed worden door de commerciële overwegingen die in het kader van de productie en levering van elektriciteit spelen. [...] De netbeheerders hebben exclusieve taken, waarmee anderen zich niet mogen bemoeien. Deze exclusiviteit betekent echter ook dat het hun verboden is om productie- en leveringsbedrijven op bepaalde wijzen te bevoordelen."*[17]

47. Om te voorkomen dat een netbeheerder een tot dezelfde groep behorende leverancier bevoordeelt, heeft de wetgever ervoor gekozen om met de Won een splitsing voor te schrijven tussen netbeheer en productie, levering en distributie. Een dergelijke splitsing is op grond van de Europese regelgeving niet verplicht, maar de Nederlandse wetgever vond onafhankelijk netbeheer zodanig belangrijk dat er voor is gekozen splitsing verplicht te stellen.

48. Met de Won wordt structurele onafhankelijkheid van de netbeheerder gewaarborgd, waardoor eerlijker concurrentie kan plaatsvinden tussen partijen die van deze netten gebruik maken, zoals bijvoorbeeld leveringsbedrijven. Voor producenten, leveranciers en handelaren worden zo alle mogelijkheden weggenomen om voordeel van een relatie met een netbeheerder te ondervinden ten opzichte van concurrenten.

49. De geheimhoudingsplicht in artikel 79, eerste lid, van E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet speelt een belangrijke rol in de liberalisering van de elektriciteits- en gasmarkt en de onafhankelijkheid van de netbeheerder (zie ook randnummer 15). Op

[17] Kamerstukken II, 1997-1998, 25 621, nr. 3, p. 9 en 10.

grond van deze artikelen is een netbeheerder verplicht gegevens, waarvan hij het vertrouwelijk karakter kent of redelijkerwijs moet vermoeden, geheim te houden. Als gevolg hiervan kunnen deze gegevens niet in handen komen van onbevoegden, waaronder productiebedrijven en leveranciers.

50. Deze geheimhoudingsplicht houdt strikt genomen in dat gegevens geheim moeten worden gehouden en op geen enkele wijze aan derden ter beschikking mogen worden gesteld. Echter, de wetgever heeft uitbesteding expliciet toegestaan in afwachting van het wettelijke leveranciersmodel dat zal worden ingevoerd per 1 april 2013. Daarmee is het enkele uitbesteden niet reeds een schending van de artikelen 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet. Uitbesteden ontslaat de netbeheerder echter niet van de geheimhoudingsplicht. Indien de netbeheerder werkzaamheden ten aanzien van gegevens als bedoeld in de artikelen 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet uitbesteedt, is het juist van groot belang dat afdoende voorzorgsmaatregelen worden genomen om te zorgen dat de gegevens geheim worden gehouden, in die zin dat deze enkel kunnen worden gebruikt voor het doel waarvoor ze verstrekt zijn, namelijk administratieve afhandeling van taken voor Liander.

51. De geheimhoudingsplicht houdt dus voor de netbeheerder een zorgplicht in om maatregelen te nemen die zijn gericht op het geheimhouden van zijn klantgegevens. Die zorgplicht geldt ook indien zij ervoor kiest om werkzaamheden uit te besteden. In dat geval moet de netbeheerder ervoor zorgen dat degene aan wie zij werkzaamheden heeft uitbesteedt voldoende maatregelen neemt om te zorgen dat deze gegevens ten opzichte van onbevoegden geheim worden gehouden.

Misbruik geen vereiste

52. In de geheimhoudingsplicht zoals genoemd in de artikelen 79, eerste lid, van de E-wet en 37, eerste lid, van de Gaswet is het kennis nemen van de informatie door onbevoegden en het daadwerkelijk misbruik maken van de vertrouwelijke gegevens niet als bestanddeel opgenomen. Dit volgt ook niet uit voornoemde richtlijnen en de wetsgeschiedenis.

53. Een netbeheerder dient te allen tijde zorgvuldig met de vertrouwelijke gegevens van haar klanten om te gaan. Het enkele feit dat vertrouwelijkheid van gegevens van de klanten van de netbeheerder onvoldoende is gewaarborgd, is voldoende om schending van de geheimhoudingsplicht aan te nemen (zie randnummers 39 en 40).

54. Het vervolgens daadwerkelijk maken van misbruik van de vertrouwelijke gegevens van de klanten van de netbeheerder is, anders dan Nuon CCC stelt, geen bestanddeel en

hoeft in het kader van schending van de geheimhoudingsplicht niet te worden aangetoond.

Voorzienbaarheid

55. Anders dan Nuon CCC stelt, acht de Raad de reikwijdte van de geheimhoudingsplicht zoals bedoeld in artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet zoals hierboven omschreven was kenbaar en voorzienbaar voor Nuon CCC. Er is geen sprake van een dermate extensieve interpretatie van de geheimhoudingsplicht dat dit voor Nuon CCC niet voorzienbaar was.

VI.2.4 Conclusie: de norm

56. De in artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet neergelegde geheimhoudingsplicht bevat voor Liander een zorgplicht om maatregelen te nemen die zijn gericht op het geheim houden van haar klantgegevens. Wanneer Liander haar klantgegevens aan een derde ter beschikking stelt in het kader van een uitbesteding van administratieve processen, moet Liander er voor zorg dragen dat deze derde maatregelen neemt om te zorgen dat deze gegevens ten opzichte van onbevoegden geheim worden gehouden en niet worden gebruikt voor een ander doel dan waarvoor zij zijn gegeven.

VI.3 De overtreding

57. In het Rapport[18] is geconcludeerd dat Nuon CCC als medepleger in strijd heeft gehandeld met de geheimhoudingsplicht als bedoeld in artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet door onvoldoende te waarborgen dat vertrouwelijke gegevens van de klanten van Liander geheim worden gehouden. In het Rapport staat dat vertrouwelijke gegevens van klanten van Liander door Nuon CCC niet geheim zijn gehouden, aangezien Nuon Sales op drie wijzen kan beschikken over vertrouwelijke gegevens van bij Liander aangesloten kleinverbruikers.

58. Nuon CCC heeft volgens het Rapport onvoldoende maatregelen getroffen om de geheimhouding van de vertrouwelijke gegevens van klanten van Liander te waarborgen. Ten aanzien van de overtreding door Liander van de geheimhoudingsplicht zoals bedoeld in artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet is in het Rapport geoordeeld dat Nuon CCC als medepleger deze artikelen heeft overtreden.

[18] Zie randnummer 190 van het Rapport.

59. Hieronder zal worden ingedaan op de drie wijzen waarop Nuon Sales volgens het Rapport kan beschikken over de vertrouwelijke gegevens van klanten van Liander. Per onderdeel wordt beoordeeld of sprake is van een overtreding door Nuon CCC als medepleger.

VI.3.1 Directe inzage klantgegevens door Nuon Sales

VI.3.1.1 Rapport

60. In het Rapport[19] is geconcludeerd dat in totaal 90 medewerkers van Nuon Sales via het geautomatiseerde klantsysteem SAP-PLB gedurende langere periode direct inzage hebben gehad in de vertrouwelijke gegevens van klanten van Liander. Er waren 87 medewerkers van de afdeling B2C (Business to Consumer) van Nuon Sales tot omstreeks 23 februari 2011 geautoriseerd door Nuon CCC om SAP-PLB in te zien. Daarnaast waren drie medewerkers van Nuon Sales ook tot ná 23 februari 2011 geautoriseerd om SAP-PLB in te zien.

61. In het Rapport is Nuon CCC aangemerkt als overtreder van de geheimhoudingsplicht als bedoeld in artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet, omdat zij kan worden aangemerkt als medepleger van de overtreding die door Liander is begaan.

VI.3.1.2 Zienswijze Nuon CCC

62. Nuon CCC merkt op dat aanvankelijk drie medewerkers van Nuon Sales toegangsrechten hadden tot SAP-PLB. Drie medewerkers hadden toegang om bij specifieke vragen gegevens van de eigen klanten op te kunnen vragen en zodoende te controleren of de klantgegevens van Nuon Sales overeenkomen met de gegevens in SAP-PLB. Over 87 medewerkers die toegang hadden tot SAP-PLB merkt Nuon CCC op dat het niet de bedoeling was dat deze medewerkers van Nuon Sales toegang hadden tot deze informatie. Deze fout is waarschijnlijk veroorzaakt door een fout in het opstellen van de autorisatieprofielen bij de splitsing van SAP in SAP NWB van Liander en SAP PLB van NUON CCC.

63. Nuon CCC stelt in haar zienswijze dat zij geen medepleger is van schending van de geheimhoudingsplicht, omdat zij niet bewust en nauw heeft samengewerkt met Liander, wat ertoe heeft geleid dat de vertrouwelijke gegevens van klanten van Liander beschikbaar zijn gekomen aan Nuon Sales.

[19] Zie randnummer 164 van het Rapport.

Nauwe samenwerking

64. Nuon CCC voert aan dat nauwe samenwerking vereist dat er sprake is van een feitelijke handeling of andere bijdrage aan de overtreding. Er is volgens haar geen sprake van een nauwe samenwerking. Nuon CCC verwijst hiervoor naar de arresten van de Hoge Raad van 18 maart 2008 (NJ 2008, 209) en van 19 januari 2010 (NJ 2010, 72), waaruit volgens haar blijkt dat niet-distantiëren in beginsel onvoldoende is om medeplegen aan te nemen, tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden. Dergelijke uitzonderlijke omstandigheden zijn volgens Nuon niet gesteld of bewezen.

Bewuste samenwerking

65. Nuon CCC meent dat er pas sprake is van medeplegen voor zover de medepleger bewust was van de bijdrage die hij leverde. In het Rapport is volgens haar niet gemotiveerd waar zij zich bewust was van het gevaar van de schending van de geheimhoudingsplicht en wat zij te samen het Liander had moeten doen om het gevaar af te wenden. De gemaakte afspraken tussen Nuon CCC en Liander zijn niet gericht op de overtreding.

66. Nuon CCC vindt dat zij voldoende maatregelen heeft genomen om te voorkomen dat de vertrouwelijke informatie beschikbaar kwam. Dat medewerkers van Nuon CCC sales activiteiten verrichten voor Nuon Sales doet hieraan niet af, omdat dit alleen gebeurt ten aanzien van bestaande klanten van Nuon Sales en niet ten aanzien van Liander 'only' klanten.

67. Nuon CCC betoogt verder dat zij alles heeft gedaan wat in haar vermogen lag om te voorkomen dat Nuon Sales informatie krijgt van Liander (only) klanten en dat niet is aangetoond dat Nuon Sales als gevolg van het handelen of nalaten van Nuon CCC over informatie van Liander (only) kan beschikken. Er kan niet worden gesteld dat Nuon CCC bewust niet heeft ingegrepen terwijl dat wel van haar mocht worden verwacht.

68. Ten slotte merkt Nuon CCC in verband met de verwijtbaarheid op dat zij niet verantwoordelijk is geweest voor de splitsing van de SAP-systemen en de autorisaties van SAP PLB en dat daarom dit feit niet aan haar kan worden toegerekend.

VI.3.1.3 Beoordeling

69. Voorop staat dat er alleen sprake kan zijn van medeplegen als er sprake is van overtreding van de norm door de normadressaat, in dit geval Liander.

70. Door de autorisatie van in totaal 90 medewerkers van Nuon Sales om SAP-PLB direct in te zien, kon energieleverancier Nuon Sales beschikken over de vertrouwelijke gegevens van de klanten van Liander. Dit is door Liander bevestigd. Het toelaten dan wel niet voorkomen van deze directe inzage levert een overtreding op van de geheimhoudingsplicht zoals neergelegd in artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet. Zoals in randnummer 29 vermeld, is bij besluit van heden aan Liander een boete opgelegd wegens overtreding van de geheimhoudingsplicht. Overtreding door de normadressaat Liander is hiermee gegeven.

71. Dat 87 medewerkers volgens Nuon CCC *onbedoeld* autorisatie hadden, doet aan de overtreding niet af. Gelet op de omschrijving van de geheimhoudingsplicht in artikel 79, eerste lid, van de E-wet en 37, eerste lid, van de Gaswet is opzet op overtreding van de geheimhoudingsplicht geen vereiste. Opzet is niet uitdrukkelijk in de tekst van artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet opgenomen en vloeit ook niet voort uit de aard van de bepalingen of verplichtingen. In het kader van onafhankelijk netbeheer en de scheiding tussen eigendom van de netten respectievelijk productie en levering had er door Liander en Nuon CCC extra aandacht moeten worden besteed aan de autorisaties die aan medewerkers werden gegeven om de vertrouwelijke gegevens van de klanten van Liander in te kunnen zien.

72. Drie medewerkers hadden bewust een autorisatie om SAP-PLB in te zien. Het toelaten van deze autorisatie door Nuon CCC is in strijd met de geheimhoudingsplicht. Dat het hierbij volgens Nuon CCC om een zeer beperkte autorisatie voor kwaliteitsdoeleinden ging, doet niets af aan de overtreding.

73. Ook de door Nuon CCC aangevoerde omstandigheid dat de vertrouwelijke gegevens van klanten van Liander, die door middel van de autorisatie van de 90 medewerkers konden worden ingezien weinig tot geen commerciële waarde hadden voor Nuon Sales, doet aan de overtreding niets af. Het enkele feit dat de 90 medewerkers waren geautoriseerd om de gegevens in te zien en daarmee toegang hadden tot vertrouwelijke gegevens van klanten van Liander, is een overtreding van de geheimhoudingsplicht zoals bedoeld in artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet.

74. Nuon CCC stelt dat niet is aangetoond dat de medewerkers van Nuon Sales ook daadwerkelijk gebruik hebben gemaakt van de gegevens waarover zij middels autorisatie beschikten. Dit is voor het constateren van de overtreding niet relevant. De wet verplicht tot geheimhouding (zie randnummers 39 en 40).

75. Ten aanzien van de rol van Nuon CCC bij het begaan van de overtreding, overweegt de Raad als volgt. Medeplegen vereist niet dat de medepleger zich bewust was van de bijdrage die hij leverde. De medepleger hoeft geen opzet te hebben op een gezamenlijk en verboden doel. Bij wetsbepalingen waar opzet geen bestanddeel is, zoals bij de geheimhoudingsplicht als bedoeld in artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet, volstaat bewijs van bewuste samenwerking om medeplegen aan te nemen. In de Memorie van Toelichting bij de Vierde tranche Awb wordt dit bevestigd. Hierin staat dat de vraagstukken van opzet en schuld in het bestuursrecht geen grote rol spelen, omdat opzet en schuld doorgaans geen bestanddeel vormen van bestuursrechtelijke delictomschrijvingen.[20]

76. Dit betekent dat in casu bewuste samenwerking tussen Liander en Nuon CCC moet worden aangetoond. Daarvan is naar het oordeel van de Raad in dit geval sprake. De bewuste samenwerking vloeit voort uit de uitbestedingsrelatie tussen Liander en Nuon CCC, die contractueel tussen partijen is vastgelegd. Daaruit volgen de gezamenlijk bewust gemaakte afspraken, waarmee de bewuste samenwerking is gegeven. Er is tevens sprake van een gelijkwaardige relatie, nu Liander en Nuon CCC als contractpartijen gelijkwaardig zijn. De samenwerking tussen Liander en Nuon CCC is voorts gericht op dezelfde doeleinden, waardoor bewuste samenwerking kan worden aangenomen. De bewuste samenwerking tussen Liander en Nuon CCC is door Nuon CCC bevestigd in haar zienswijze:

> *'Dit betekent dat de NMa al een aantal jaar op de hoogte is van de samenwerking van Nuon CCC en Liander" (onderstreping door de Raad).'*[21]

77. Gelet op de uitbestedingsrelatie met Liander en de in dat kader gemaakte afspraken heeft Nuon CCC zich verplicht mede zorg te dragen voor de waarborging van de vertrouwelijkheid van de vertrouwelijke gegevens van klanten van Liander.

78. Op grond van het voorgaande concludeert de Raad dat sprake is van bewuste samenwerking van Liander en Nuon CCC als gevolg van de uitbestedingsrelatie, waardoor Nuon CCC als medepleger kan worden aangemerkt. Dat de bewuste samenwerking niet was gericht op overtreding, doet daaraan niet af. Medeplegen vereist bewuste samenwerking, maar geen opzet op een overtreding.

79. Het lag in het vermogen van Nuon CCC om de overtreding te beëindigen. Nuon CCC heeft dit nagelaten.

---

[20] Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 125/126.

[21] Zie randnummer 7.17 van de zienswijze van Nuon CCC.

80. Samengevat stelt de Raad, wegens de mogelijkheid van directe inzage van Nuon Sales in de vertrouwelijke gegevens van de klanten van Liander, een overtreding door Nuon CCC van de geheimhoudingsplicht als bedoeld in artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet vast.

VI.3.2 Ontbreken functionele scheiding

81. Volgens het Rapport[22] voeren medewerkers van Nuon CCC werkzaamheden uit voor zowel Liander als Nuon Sales en maken zij hier gebruik van één geautomatiseerd klantsysteem (SAP-PLB). In SAP-PLB zitten zowel de klantgegevens van Liander als Nuon Sales opgeslagen. De werkzaamheden van Nuon CCC medewerkers bestaan onder meer uit commerciële activiteiten ten behoeve van Nuon Sales. Dit brengt volgens het Rapport met zich mee dat medewerkers van Nuon CCC, die commerciële werkzaamheden verrichten voor Nuon Sales, kunnen beschikken over vertrouwelijke klantgegevens van Liander ook voor zover het klanten van Liander betreft die geen contract hebben met Nuon Sales. Er is blijkens het Rapport geen sprake van scheiding van werkzaamheden en informatie binnen Nuon CCC (het ontbreken van een functionele scheiding).

82. Op basis van het in het dossier aanwezige bewijs en de door Nuon CCC ingediende zienswijze is naar het oordeel van de Raad vast komen te staan dat er maatregelen zijn genomen om de geheimhouding van de vertrouwelijke klantgegevens van Liander te waarborgen. Uit de algemene bewoordingen van de norm kan niet zonder meer worden afgeleid dat in aanvulling hierop specifieke maatregelen hadden moeten worden genomen ten aanzien van de aspecten gerelateerd aan de zogenoemde functionele scheiding. Gelet daarop kan de Raad niet vaststellen dat Nuon CCC door het ontbreken van een dergelijke functionele scheiding (zijnde een volledige scheiding van werkzaamheden voor en informatie van Liander enerzijds en Nuon Sales anderzijds) binnen Nuon CCC de geheimhoudingsplicht zoals bedoeld in artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet als medepleger heeft overtreden.

83. De Raad acht de situatie dat medewerkers van Nuon CCC met commerciële verkooptargets voor Nuon Sales kunnen beschikken over vertrouwelijke gegevens van de klanten van Liander, evenwel zeer onwenselijk en onverenigbaar met artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet. Om die reden legt de

[22] Zie randnummer 161/ 162 van het Rapport.

Raad bij besluit van heden aan Liander een bindende aanwijzing op (zie het besluit met kenmerk 103469_2/74).

VI.3.3 Klantgegevens in datawarehouse van Nuon Energy

84. In het Rapport staat dat Nuon Sales kan beschikken over vertrouwelijke gegevens van de klanten van Liander die zijn opgeslagen in het datawarehouse ORAKEL van Nuon Energy. Dit is als volgt onderbouwd. De vertrouwelijke gegevens van klanten van Liander worden via Nuon CCC geladen in SAP-PLB en vanuit daar naar ORAKEL verladen. De beheerder van ORAKEL, Nuon IT, stelt op verzoek van onder meer Nuon Sales producten samen uit de in ORAKEL aanwezige gegevens die door Nuon Sales voor commerciële doeleinden worden gebruikt.

85. Op basis van de in het dossier aanwezige bewijsmiddelen en de door Liander ingediende zienswijze is naar het oordeel van de Raad onvoldoende komen vast te staan dat Nuon Sales via het datawarehouse ORAKEL van Nuon Energy kan beschikken over vertrouwelijke gegevens van klanten van Liander en daarmee artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet heeft overtreden. De Raad legt aan Nuon CCC geen boete op voor zover het betreft de vertrouwelijke gegevens van de klanten van Liander in datawarehouse ORAKEL van Nuon Energy zoals omschreven in het Rapport.

VI.3.4 Conclusie: de overtreding

86. Het voorgaande samenvattend stelt de Raad een overtreding door Nuon CCC als medepleger vast van de geheimhoudingsplicht - zoals bedoeld in de artikelen 79, eerste lid, van de E-wet en 37, eerste lid, van de Gaswet - omdat 90 medewerkers van Nuon Sales vanaf 1 juli 2009 tot minimaal 23 februari 2011 de mogelijkheid hadden van directe inzage in vertrouwelijke gegevens van klanten van Liander door middel van een autorisatie voor het geautomatiseerde klantsysteem SAP-PLB van Nuon CCC.

VII. SANCTIE

87. De Raad ziet in de geconstateerde overtreding aanleiding om, met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, handhavend op te treden.

VII.1 Handhavend optreden

VII.1.1. Zienswijze Nuon CCC

88. Nuon CCC is van mening dat het opleggen van een sanctie strijd oplevert met de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het gelijkheidsbeginsel. In dit verband heeft zij verwezen naar het 'Onderzoeksrapport inzake publiek en onafhankelijk netbeheer' en de vermeende uitwisseling van klantgegevens in 2003 in de periode na het faillissement van EnergyXS.

89. Voorts merkt Nuon CCC op dat de NMa ook nooit heeft opgetreden tegen netbeheerders die verwarring creëren door het gebruik van verschillende meterstandenkaartjes, hetgeen de leveringsmarkt beperkt.

90. Het opleggen van een sanctie levert volgens Nuon CCC strijd op met het rechtszekerheidsbeginsel. De NMa wist al een paar jaar van de samenwerking van Nuon CCC en Liander en heeft nooit enig signaal gegeven dat de informatieverwerking in strijd is met de geheimhoudingsplicht. Nuon CCC had hierdoor de gerechtvaardigde verwachting dat haar handelen voldeed aan de gestelde eisen.

91. Nuon CCC geeft aan dat het opleggen van een sanctie in strijd is met het evenredigheidsbeginsel zoals genoemd in artikel 3:4, tweede lid, van de E-wet. Het belang dat gediend is met beboeting staat niet in redelijke verhouding tot de nadelige verhouding die Nuon CCC ervan ondervindt.

92. In dit verband heeft Nuon CCC nog opgemerkt dat nu de door de NMa vermeende zorgplicht in strijd is met het legaliteitsbeginsel, het opleggen van een sanctie in strijd is met het rechtszekerheidsbeginsel.

VII.1.2 Beoordeling

93. Voorop staat dat het niet relevant is dat de NMa op de hoogte was van de uitbestedingsrelatie tussen Liander en Nuon CCC. Immers, niet de uitbesteding zelf wordt als overtreding aangemerkt. De geconstateerde overtreding van de geheimhoudingsplicht houdt in dat als gevolg van de uitbestedingsrelatie tussen Liander en Nuon CCC 90 medewerkers van Nuon Sales via het systeem SAP-PLB direct inzage hadden in de vertrouwelijke gegevens van de klanten van Liander.

94. Het opleggen van een sanctie aan Nuon CCC levert geen strijd op met het gelijkheidsbeginsel. Het gelijkheidbeginsel houdt in dat gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld. Het geval waarop Liander zich beroept is niet vergelijkbaar. De onbewuste ongeoorloofde autorisatie van de 87 medewerkers is eerst ontdekt in de onderzoeksfase. Bovendien hadden drie medewerkers bewust een autorisatie gekregen, terwijl dit ook ongeoorloofd was. Daarnaast heeft deze overtreding geduurd vanaf 1 juli

2009. In de zaak waar Nuon CCC zich op beroept betrof het een eenmalige overtreding die door de onderneming zelf ontdekt en beëindigd is zonder dat onderzoek door de NMa nodig was. Bij Liander was sprake van een structurele fout in de toegang tot haar vertrouwelijke klantgegevens. Ook is de ongeoorloofde autorisatie niet door Nuon CCC zelf gemeld, terwijl dat in de zaak waar Nuon CCC zich op beroept wel het geval was.

95. Zoals eerder opgemerkt (zie randnummer 52) is de reikwijdte van de geheimhoudingsplicht zoals omschreven voldoende kenbaar en voorzienbaar voor Nuon CCC. Daarmee is overtreding van de geheimhoudingsplicht handhaafbaar.

96. Het hier handhavend optreden levert - in tegenstelling tot hetgeen Nuon CCC aanvoert - geen strijd op met het evenredigheidsbeginsel. Het belang dat gediend is met beboeting staat in redelijke verhouding tot de nadelige verhouding die Nuon CCC ervan ondervindt.

97. Gelet hierop ziet de Raad in hetgeen door Nuon CCC is aangevoerd, geen aanleiding om van handhavend optreden af te zien.

VII.2 Boete

98. De Raad acht het passend om in onderhavig geval handhavend op de treden en aan Nuon CCC een bestuurlijke boete op te leggen. Nuon CCC wordt in dit besluit aangemerkt als overtreder in de zin van artikel 5:1 van de Awb.

99. Ingevolge artikel 77i, eerste lid, aanhef en onderdeel b, van de E-wet en artikel 60ad, eerste lid, aanhef en onderdeel b, van de Gaswet kan de Raad in geval van overtreding van artikel 79, eerste lid, van de E-wet respectievelijk artikel 37, eerste lid, van de Gaswet de overtreder een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste 10% van de omzet van de overtreder in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking.

100. Met betrekking tot de hoogte van de boete heeft de Raad uit oogpunt van preventie, transparantie en rechtszekerheid op grond van artikel 4:81 van de Algemene wet bestuursrecht beleidsregels vastgesteld: de Boetecode van de Nederlandse Mededingingsautoriteit.[23] Gedurende de overtreding zijn de beleidsregels gewijzigd. Deze wijziging heeft haar beslag gekregen in de ‘Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009’

[23] Stcrt. 29 juni 2007, nr. 123, p. 41, gewijzigd in Stcrt. 10 oktober 2007. nr. 196, p. 25.

(hierna: Boetebeleidsregels[24]). De Boetebeleidsregels zijn van toepassing vanaf 1 oktober 2009 voor zover het gaat om feiten begaan na die datum.[25] Aangezien er in deze zaak sprake is van een overtreding die aangevangen is voor 1 oktober 2009, maar heeft voortgeduurd tot minimaal 23 februari 2011, zijn de Boetebeleidsregels van toepassing.

101. De Raad stelt, met inachtneming van het bovenstaande kader, in een concrete zaak de hoogte van de boete vast aan de hand van de boetegrondslag, de ernst van de overtreding en daarbij in aanmerking nemend eventueel boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden evenals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

VII.2.1 Boetegrondslag

102. Artikel 1, onder a, van de Boetebeleidsregels definieert een overtreding van artikel 79, eerste lid van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet als een 'overige overtreding', zodat paragraaf 4 van de Boetebeleidsregels van toepassing is.

103. Gelet op artikel 8, eerste lid, van de Boetebeleidsregels stelt de Raad de boetegrondslag bij 'overige overtredingen' vast op basis van de totale jaaromzet van de onderneming in het boekjaar voorafgaande aan de boetebeschikking. Zoals blijkt uit artikel 1, onder c, van de Boetebeleidsregels is de jaaromzet de netto-omzet van de overtreder, zijnde de opbrengst uit levering van goederen en diensten uit het bedrijf van de overtreder, onder aftrek van kortingen en dergelijke, alsmede van over de omzet geheven belastingen.

104. De omzet van Nuon CCC[26] bedroeg in 2011 EUR [VERTROUWELIJK].

105. De overtredingen genoemd in paragraaf 4 van de Boetebeleidsregels zijn ingedeeld in zes categorieën. De indeling in deze categorieën houdt verband met het belang dat wordt beschermd door de overtreden wettelijke bepalingen in relatie tot de wet waarvan deze deel uitmaakt. Voor elke categorie is de boetegrondslag vermeld, weergegeven in promillages van de behaalde jaaromzet van de overtreder.

106. De artikelen 79, eerste lid, van de E-wet en 37, eerste lid, van de Gaswet zijn te beschouwen als een essentiële norm uit de E-wet en de Gaswet. Zoals reeds

[24] Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de NMa 2009, Staatscourant 2009, nr. 14079.

[25] Zie ook de toelichting bij de Boetebeleidsregels, p. 18-19.

[26] Zie de brief van 23 mei 2012.

uiteengezet (zie randnummer 49) spelen deze artikelen een belangrijke rol in de liberalisering van de elektriciteits- en gasmarkt en de onafhankelijkheid van de netbeheerder. In het licht hiervan heeft de Minister deze artikelen geplaatst in de op één na hoogste boetecategorie van artikel 77i, eerste lid, van de E-wet en artikel 60ad, eerste lid, van de Gaswet.

107. Zowel een overtreding als bedoeld in artikel 79, eerste lid van de E-wet als een overtreding als bedoeld in artikel 37, eerste lid, van de Gaswet, valt gelet op het voorgaande, in categorie V van de Boetebeleidsregels. Dit houdt in dat de boetegrondslag voor zowel de overtreding van artikel 79, eerste lid, van de E-wet als artikel 37, eerste lid, van de Gaswet afzonderlijk 7,5‰ van de totale jaaromzet bedraagt.

108. De boetegrondslag voor Nuon CCC bedraagt aldus 7,5‰ van EUR [VERTROUWELIJK], te weten EUR [VERTROUWELIJK], voor de overtreding van artikel 79, eerste lid, van de E-wet en 7,5‰ van EUR [VERTROUWELIJK], te weten EUR [VERTROUWELIJK] voor de overtreding van artikel 37, eerste lid, van de Gaswet.

VII.2.2 De ernst van de overtreding

109. Ingevolge artikel 10 van de Boetebeleidsregels bepaalt de Raad de basisboete door de boetegrondslag te vermenigvuldigen met een factor (E) voor de ernst van de overtreding. Deze factor wordt bepaald door de mate waarin de overtreding de belangen schaadt die de overtreden bepaling beoogt te beschermen. Bij de vaststelling van de ernst van de overtreding worden drie typen overtredingen onderscheiden; zeer zware, zware en minder zware overtredingen. Naar gelang van de ernst van de overtreding wordt de factor vastgesteld op een waarde van ten hoogste 5.

110. Bij de bepaling van de ernstfactor in een bepaald geval, dient de Raad de ernst van de overtreding van bedoelde bepalingen door Nuon CCC in het onderhavige geval te beoordelen.

111. De Raad ziet in dit geval aanleiding om de ernstfactor vast te stellen op 1. De Raad heeft hierbij het volgende in aanmerking genomen.

112. Het economisch belang dat is betrokken bij de onderhavige overtreding van de geheimhoudingsplicht is potentieel groot. In dit verband is van belang dat Liander de grootste netbeheerder van Nederland is, en het klantenbestand van Liander dat door Nuon Sales kon worden ingezien gegevens bevatte van meer dan 2 miljoen aangeslotenen, waaronder gegevens van klanten niet zijnde klanten van Nuon Sales.

Hoewel niet is vastgesteld dat Nuon Sales daadwerkelijk voordeel heeft genoten van de mogelijkheid om de vertrouwelijke gegevens van de klanten van Liander in te zien en niet is aangetoond dat het level playing field dat wordt nagestreefd op de leveringsmarkt is verstoord, is duidelijk dat de impact op de leveringsmarkt van de gedraging groot was geweest als Nuon Sales van die mogelijkheid gebruik zou hebben gemaakt.

113. Daarnaast heeft de Raad belang gehecht aan de wijze waarop de norm is geschonden. Door toegang tot de vertrouwelijke gegevens van de klanten van Liander als gevolg van de ongeoorloofde autorisaties geeft Nuon CCC energieleverancier Nuon Sales de mogelijkheid een informatievoorsprong en concurrentievoordeel ten nemen op andere energieleveranciers. Dit is te meer bezwaarlijk omdat zowel in de Nederlandse als de Europese energieregelgeving veel waarde wordt gehecht aan onafhankelijk netbeheer, teneinde te waarborgen dat een netbeheerder een tot dezelfde groep behorende leverancier bevoordeelt.

114. Dit leidt tot de vaststelling van de basisboete van EUR [VERTROUWELIJK] voor de overtreding van artikel 79, eerste lid, van de E-wet en EUR [VERTROUWELIJK] voor overtreding van artikel 37, eerste lid, van de Gaswet.

VII.2.3 Mate van verwijtbaarheid

115. Ingevolge artikel 5:46 van de Awb dient de Raad de hoogte van de boete mede af te stemmen op de mate waarin de overtreding aan Nuon CCC kan worden verweten.

116. De Raad heeft hierboven geconcludeerd dat Nuon CCC de geheimhoudingsplicht zoals bedoeld in artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet heeft overtreden. De Raad is niet gebleken van omstandigheden op grond waarvan zou moeten worden geconcludeerd dat de overtreding Nuon CCC niet kan worden verweten. Dat geen sprake is van opzet maakt dat niet anders. Naar het oordeel van de Raad is sprake van een nalaten en een gebrek aan (voor)zorg. Er is de Raad niet gebleken van een rechtvaardiging voor de overtreding door Nuon CCC. Zoals aangegeven in het Rapport[27] is evenmin gebleken van omstandigheden of een rechtvaardigingsgrond op grond waarvan Nuon CCC verplicht was de vertrouwelijke gegevens van klanten van Liander niet geheim te houden.

117. De mate waarin de overtreding aan Nuon CCC kan worden verweten, vormt in dit geval geen aanleiding voor nadere bijstelling van de hoogte van de boete.

[27] Zie Randnummer 142 van het Rapport.

VII.2.4 Boeteverhogende en –verlagende omstandigheden

118. Ingevolge artikel 12 van de Boetebeleidsregels kan de Raad boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking nemen bij het vaststellen van de hoogte van de bestuurlijke boete. De Raad bepaalt in redelijkheid de mate waarin de betrokken omstandigheid leidt tot een verhoging of verlaging van de basisboete.

119. De Raad ziet geen aanleiding tot verhoging van de boete op grond van boeteverhogende omstandigheden.

120. Nuon CCC heeft er in haar zienswijze op gewezen dat de autorisaties van de 90 medewerkers van Nuon Sales om SAP-PLB direct in te zien, zijn ingetrokken. De autorisaties zijn uit eigen beweging ingetrokken tijdens het onderzoek van de Energiekamer en vóór het uitbrengen van het rapport. De Raad ziet hierin redenen de boete te verlagen.

121. De Raad acht het passend om het boetebedrag met 20% naar beneden bij te stellen. De Raad stelt het boetebedrag voor overtreding van artikel 79, eerste lid, van de E-wet bij tot een bedrag van EUR [VERTROUWELIJK] en voor overtreding van artikel 37, eerste lid, van de Gaswet tot een bedrag van EUR [VERTROUWELIJK].

VII.2.5 Feitelijke samenhang overtredingen

122. Tot slot overweegt de Raad het volgende. De Raad stelt vast dat er in het onderhavige geval sprake is van twee boetes voor overtreding van gelijkluidende bepalingen in twee verschillende wetten naar aanleiding van gedragingen die nauw met elkaar samenhangen.

123. Gelet op de bijzondere (feitelijke en juridische) samenhang tussen de onderhavige overtredingen van artikel 79, eerste lid, van de E-wet en artikel 37, eerste lid, van de Gaswet, acht de Raad het geraden hiermee rekening te houden bij de vaststelling van de respectievelijke boetebedragen. De hiervoor bedoelde samenhang tussen de overtredingen ontstaat doordat Liander beheerder is van zowel een elektriciteits- als een gasnetwerk en daarmee wordt gereguleerd door de E-wet en de Gaswet. Hoewel in dergelijke gevallen, ingevolge artikel 5:8 van de Awb, de mogelijkheid bestaat om twee afzonderlijke boetes op te leggen, zou het naar het oordeel van de Raad onder deze

omstandigheden vanwege die samenloop niet evenredig zijn om voor beide overtredingen het volledige boetebedrag op te leggen.

124. In het licht van het voorgaande halveert de Raad genoemde boetebedragen voor de beide overtredingen en stelt daarmee de boete voor overtreding van artikel 79, eerste lid, van de E-wet vast op EUR [VERTROUWELIJK] en voor overtreding van artikel 37, eerste lid, van de Gaswet vast op EUR [VERTROUWELIJK].

125. Op grond van artikel 19 van de Boetebeleidsregels 2009 wordt de boete naar beneden afgerond op een veelvoud van duizend, wat resulteert in een boetebedrag voor overtreding van artikel 79, eerste lid, van de E-wet van EUR 104.000 voor overtreding van artikel 37, eerste lid, van de Gaswet van EUR 104.000.

126. De Raad ziet geen aanleiding tot nadere bijstelling van de boete.

127. Voorafgaande overwegingen van de Raad resulteren in een boetebedrag van EUR 104.000 voor overtreding van artikel 79, eerste lid, van de E-wet en in een boetebedrag van EUR 104.000 voor overtreding artikel 37, eerste lid, van de Gaswet. De Raad acht de hoogte van de boetes evenredig.

VIII. DICTUM

128. De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit:

I. Legt aan de naamloze vennootschap Nuon Customer Care Center een boete op van EUR 104.000 voor overtreding van de geheimhoudingsplicht zoals bedoeld in artikel 79, eerste lid, van de Elektriciteitswet 1998;

II. Legt aan de naamloze vennootschap Nuon Customer Care Center een boete op van EUR 104.000 voor overtreding van de geheimhoudingsplicht zoals bedoeld in artikel 37, eerste lid, van de Gaswet;

Datum: 26 juni 2012

De Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit,
namens deze:

W.g.
Chris Fonteijn
Voorzitter Raad van Bestuur

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit, een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, Juridische Dienst, Postbus 16326, 2500 DH Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, de Raad van Bestuur van de Nederlandse Mededingingsautoriteit verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter.