

# Besluit

## Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/COL/2011/201727

Zaaknummer: 10.0428.37.1.01

### **Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op het bezwaar van E.ON Benelux N.V., gericht tegen zijn besluit van 15 maart 2011, inzake boetes wegens overtreding van de telemarketing regelgeving.**

## **1 Samenvatting**

1. Op 15 maart 2011 heeft het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) een besluit<sup>1</sup> (hierna: het boetebesluit) genomen waarin aan E.ON Benelux N.V. (hierna: E.ON) en L&H Customer Contact B.V. (hierna: L&H) boetes zijn opgelegd wegens overtreding van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw). L&H heeft op 14 april 2011 bezwaar gemaakt tegen dit besluit en heeft dit bezwaar op 29 september 2011 ingetrokken. E.ON heeft op 20 april 2011 bezwaar gemaakt tegen voornoemd besluit van het college. Het college verklaart de bezwaren van E.ON ongegrond.

## **2 Verloop van de procedure**

2. Op 26 maart 2009 heeft het college E.ON een waarschuwing gegeven wegens overtreding van artikel 11.7, vierde lid, (oud) Tw vanwege het ongevraagd overbrengen van telefonische communicatie voor commerciële doeleinden.<sup>2</sup>
3. Sinds 1 oktober 2009 ontving het college via [www.consuwijzer.nl](http://www.consuwijzer.nl) klachten waaruit bleek dat consumenten ongevraagd telefonisch werden benaderd door of namens E.ON, terwijl deze consumenten stonden ingeschreven in het Bel-me-niet Register (hierna: het BMNR). Naar aanleiding van deze signalen heeft het college bij brief<sup>3</sup> van 28 januari 2010 informatie gevorderd van E.ON over haar telemarketingactiviteiten. E.ON heeft bij brief<sup>4</sup> van 4 februari 2010 voldaan aan deze informatievordering.
4. In vervolg op deze informatievordering heeft E.ON het college bij brief<sup>5</sup> van 16 februari 2010 geïnformeerd over de bevindingen van het eigen onderzoek van E.ON, dat zij naar aanleiding van de informatievordering van het college was gestart.

---

<sup>1</sup> Besluit met kenmerk OPTA/ACNB/2011/200472.

<sup>2</sup> Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2009/200592.

<sup>3</sup> Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2010/200269.

<sup>4</sup> Brief met uw kenmerk 10\_B2C\_022915.

<sup>5</sup> Brief met kenmerk 10\_B2C\_023187.

## Besluit Openbaar

5. Bij brief<sup>6</sup> van 28 juni 2010 heeft het college E.ON een aantal aanvullende vragen gesteld naar aanleiding van de reeds eerder door E.ON verstrekte informatie. E.ON heeft deze vragen beantwoord bij brief<sup>7</sup> van 14 juli 2010.
6. De door E.ON verstrekte informatie vormde voor de onderzoeker aanleiding om ook de activiteiten van L&H nader te onderzoeken, waarover L&H bij brief<sup>8</sup> van 7 juli 2010 is geïnformeerd.
7. Op 23 augustus 2010 heeft, ten kantore van het college, een gesprek plaatsgevonden met L&H over de telemarketingactiviteiten die zij namens E.ON heeft uitgevoerd. Tevens heeft op 27 augustus 2010, ten kantore van het college, een gesprek plaatsgevonden met E.ON over haar telemarketingactiviteiten. Op verzoek van E.ON was ook L&H bij dit gesprek vertegenwoordigd.
8. Nadat L&H en E.ON – na daartoe in de gelegenheid te zijn gesteld – schriftelijk hebben gereageerd op het feitencomplex van het onderzoek naar de telemarketingactiviteiten, heeft het college op 14 december 2010 E.ON en L&H het onderzoeksrapport toegezonden.<sup>9</sup>
9. L&H en E.ON hebben op 6 en respectievelijk 10 januari 2011 hun schriftelijke zienswijze op het onderzoeksrapport ingebracht. Voorts heeft op 27 januari 2011 ten kantore van het college een hoorzitting plaatsgevonden, waar zowel E.ON als L&H vertegenwoordigd waren.
10. Bij besluit<sup>10</sup> van 15 maart 2011 heeft het college naar aanleiding van de in het onderzoeksrapport geconstateerde overtredingen boetes opgelegd aan zowel E.ON als L&H.
11. Bij brief<sup>11</sup> van 14 april 2011 heeft L&H pro forma bezwaar ingediend tegen het boetebesluit. Tevens heeft L&H op 14 april 2011 een verzoek<sup>12</sup> tot het treffen van een voorlopige voorziening ingediend bij de voorzieningenrechter inzake de publicatie van het boetebesluit.
12. Bij brief van 20 april 2011 heeft ook E.ON pro forma bezwaar ingediend tegen het boetebesluit. Het college heeft de ontvangst van dit bezwaarschrift op 27 april 2011 bevestigd<sup>13</sup> en heeft E.ON een termijn gesteld voor het aanvullen van de gronden van bezwaar.
13. Bij brieven<sup>14</sup> van 16 mei 2011 en 31 mei 2011 heeft het college, gelet op de procedure van L&H, de termijn voor het aanvullen van de gronden van bezwaar voor E.ON verlengt.

---

<sup>6</sup> Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2010/201874.

<sup>7</sup> Brief met uw kenmerk 10\_B2C\_025737.

<sup>8</sup> Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2010/202002.

<sup>9</sup> Schriftelijke reactie E.ON en L&H; uw kenmerk 10\_B2C\_027212.; toezending onderzoeksrapport 14 december 2010, kenmerk OPTA/ACNB/2010/203502 (E.ON) en OPTA/ACNB/2010/203503 (L&H).

<sup>10</sup> Besluit met kenmerk OPTA/ACNB/2011/200472.

<sup>11</sup> Brief met kenmerk PBR/20110104/515823.1.

<sup>12</sup> Brief met kenmerk WS/20110104/515803.1.

<sup>13</sup> Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2011/201020.

<sup>14</sup> Brieven met kenmerk OPTA/ACNB/2011/201124 en kenmerk OPTA/ACNB/2011/201215.

## Besluit Openbaar

14. Op 19 mei 2011 heeft L&H bij het college aangegeven in staat van faillissement te verkeren en als gevolg daarvan minder aanleiding te zien om de voorlopige voorzieningsprocedure tegen de publicatie van het boetebesluit voort te zetten. L&H heeft toegezegd onder voorwaarden bereid te zijn om het verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening in te trekken. Het college heeft ingestemd met de voorwaarden van L&H, waaronder het stellen van een nadere termijn voor het indienen van de bezwaargronden. Hierop heeft L&H het verzoek tot het treffen van een voorlopige voorziening op 19 mei 2011 per brief<sup>15</sup> ingetrokken.
15. Op 21 juni 2011 heeft het college van E.ON de aanvullende gronden van bezwaar per brief ontvangen. In haar bezwaarschrift heeft E.ON het college verzocht om in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de administratieve rechter. Per brief<sup>16</sup> van 22 juni 2011 heeft het college dit verzoek, gelet op het feit dat L&H ook bezwaar heeft ingediend tegen het boetebesluit, afgewezen.
16. Per brief<sup>17</sup> van 15 juli 2011 heeft het college, gelet op het bezwaar van L&H, E.ON op grond van artikel 7:10, vierde lid, aanhef en onder b, Awb verzocht om in te stemmen met uitstel van de beslistermijn. Op 18 juli 2011 heeft E.ON per fax aangegeven in te stemmen met het verzoek van het college. Op 20 juli 2011 heeft het college dit uitstel per brief<sup>18</sup> bevestigd.
17. Op 29 juli 2011 heeft het college zowel E.ON als L&H per brief<sup>19</sup> uitgenodigd om hun bezwaren mondeling toe te lichten in een hoorzitting. E.ON heeft op 8 september 2011 per e-mail<sup>20</sup> aangegeven, dat zij geen gebruik maakt van haar recht om gehoord te worden.
18. Per brief van 29 september 2011<sup>21</sup> heeft de curator van L&H het bezwaarschrift van L&H ingetrokken, nu het bezwaar niet langer in het belang van de failliete boedel is. De door het college geplande hoorzitting is hiermee komen te vervallen.

### 3 Onbetwiste feiten

#### 3.1 E.ON en L&H

19. E.ON is onderdeel van het Duitse E.ON Energie AG, een energieproducent en leveringsbedrijf dat wereldwijd ruim 30 miljoen klanten bedient. E.ON produceert en levert elektriciteit en warmte aan zowel particuliere klanten als de zakelijke markt.<sup>22</sup>

---

<sup>15</sup> Brief met kenmerk WS/20110104/525403.1.

<sup>16</sup> Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2011/201408.

<sup>17</sup> Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2011/201561.

<sup>18</sup> Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2011/201665.

<sup>19</sup> Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2011/201725 en OPTA/ACNB/2011/201726.

<sup>20</sup> E-mail met kenmerk 'RE: Uitstel hoorzitting in het kader van het bezwaarschrift dat u namens E.ON heeft ingediend.'

<sup>21</sup> Brief met kenmerk PBR/20110104/562333.1.

<sup>22</sup> <http://www.eon.nl/over-eon/organisatie>.

## **Besluit Openbaar**

20. L&H heeft telemarketing voor haar opdrachtgevers gefaciliteerd. L&H heeft diverse contactcenters verspreid over Nederland gehad. Op 12 april 2011 heeft de Rechtbank van Utrecht het faillissement uitgesproken van L&H.<sup>23</sup> In deze uitspraak is mr. D.J. Bos aangesteld als curator.

### **3.2 Telemarketing activiteiten E.ON en L&H**

21. Voor de werving van particuliere klanten (consumenten) maakt E.ON onder andere gebruik van telemarketing. Telemarketing is het ongevraagd telefonisch benaderen van consumenten om ze een product of dienst te verkopen.
22. Nadat E.ON op 26 maart 2009 een waarschuwing van het college heeft gekregen voor het overtreden van artikel 11.7 Tw heeft zij het aantal callcenters, dat zij had ingeschakeld voor haar telemarketingactiviteiten, teruggebracht tot 1 facilitair center. Sinds 1 augustus 2009 maakte E.ON gebruik van de dienstverlening van L&H, die daarmee de enige dienstverlener voor telemarketing activiteiten was van E.ON. E.ON heeft L&H opdracht gegeven voor het uitvoeren van telemarketingactiviteiten namens E.ON.
23. Bij brief<sup>24</sup> van 12 februari 2010 heeft L&H reeds erkend, dat zij als gevolg van een menselijke fout 25.641 abonnees namens E.ON ongevraagd heeft benaderd, terwijl zij stonden ingeschreven in het BMNR.

## **4 Het bestreden besluit**

24. Het college heeft in het bestreden besluit geconstateerd dat E.ON 25.641 abonnees ongevraagd telefonisch heeft benaderd, dan wel ongevraagd telefonisch heeft laten benaderen door L&H, in de periode 20 november 2009 tot en met 13 januari 2010 terwijl deze abonnees stonden ingeschreven in het BMNR. Hiermee hebben E.ON en L&H beiden artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw overtreden.
25. Voor deze overtreding heeft het college aan zowel E.ON als L&H afzonderlijk een boete opgelegd van €175.000.

---

<sup>23</sup> Rb. Utrecht 12 april 2011, publicatiekenmerk: utr.11.171.F.1300.1.11.

## Besluit Openbaar

### 5 Bezwaren

26. Kort en zakelijk weergegeven voert E.ON de volgende bezwaren aan. Allereerst is E.ON van mening dat het college het ongevraagd bellen van 25.641 abonnees, die stonden ingeschreven in het BMNR, ten onrechte heeft aangemerkt als een overtreding van artikel 11.7, negende lid, Tw in samenhang gelezen met artikel 11.7, vijfde lid, Tw, aangezien het college volgens E.ON niet heeft aangetoond dat er daadwerkelijk communicatie is overgebracht. E.ON is van mening dat er pas sprake is van het overbrengen van communicatie op het moment dat de telefoon ook daadwerkelijk wordt opgenomen. Volgens E.ON heeft het college ten onrechte verwezen naar de definitie van het begrip “*communicatie*” zoals opgenomen in artikel 1.1, onder f, Tw.
27. Voorts is E.ON van mening dat zij ten onrechte is aangemerkt als overtreder, nu zij niet is aan te merken als normadressaat van artikel 11.7 Tw. Volgens E.ON had het college niet uit de tweede Nota van wijziging<sup>25</sup>, bij de invoering van de telemarketingregels, mogen opmaken dat de norm van artikel 11.7, negende en tiende lid, Tw zich zowel richt tegen degene die de fysieke handeling heeft begaan als de opdrachtgever. E.ON is van mening dat het legaliteitsbeginsel zich hiertegen verzet.
28. Daarnaast is E.ON van mening dat zij alles heeft gedaan wat redelijkerwijs van haar gevergd kon worden om er voor te zorgen dat L&H de regels zou naleven. Derhalve had het college in de ogen van E.ON niet van een risicoaansprakelijkheid mogen uitgaan, voor de fouten die door L&H zijn gemaakt. Ook bestrijdt E.ON dat de door het college vastgestelde overtreding haar te verwijten is.
29. E.ON is bovendien van mening dat het college de overtreding ten onrechte als ernstig heeft gekwalificeerd en dat de boete onevenredig hoog is, nu zij van mening is dat haar geen enkel of slechts een zeer beperkt verwijt kan worden gemaakt van de overtreding van artikel 11.7 Tw.
30. Daarnaast stelt E.ON dat het college ten onrechte de openbare versie van het bestreden besluit heeft gepubliceerd omdat publicatie van het bestreden besluit E.ON onevenredig nadeel berokkent. Tot slot is E.ON van mening dat hetgeen het college heeft overwogen onder randnummer 64 van het boetebesluit onjuist en onzorgvuldig is opgesteld. Derhalve had het college niet kunnen volstaan met het aanmerken van de passage als vertrouwelijk in de openbare versie van het boetebesluit, maar had hij de passage in zijn geheel dienen aan te passen en niet moeten publiceren.
31. E.ON heeft voorts op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb om vergoeding van de kosten van externe professionele rechtsbijstand verzocht.

---

<sup>25</sup> Kamerstukken II 2007/08, 30 661, nr. 8.

## Besluit Openbaar

### 6 Juridisch Kader

#### 6.1 Ten aanzien van de overtreding

32. Artikel 11.7, eerste lid, Tw luidt:

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

33. Artikel 11.7, vijfde lid, Tw luidt:

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

34. Artikel 11.7, negende lid, Tw luidt:

*“Het is verboden om communicatie als bedoeld in het vijfde lid over te brengen aan een abonnee die door opname van zijn contactgegevens in het register te kennen heeft gegeven deze ongevraagde communicatie niet te willen ontvangen.”*

35. Artikel 11.7, tiende lid, Tw luidt:

*“Degene die communicatie als bedoeld in het vijfde lid overbrengt, gebruikt voor het overbrengen van ongevraagde communicatie uitsluitend bestanden waaruit de contactgegevens die in het register zijn opgenomen, zijn geblokkeerd of verwijderd.”*

36. Artikel 11.8 Tw, luidt, voor zover relevant:

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

37. Artikel 1.1, aanhef en onder f, Tw luidt, voor zover relevant:

*“In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:  
f. elektronische communicatiedienst: gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken, waaronder telecommunicatiediensten en transmissiediensten [...].”*

## **Besluit Openbaar**

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

*“In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:*

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

39. Artikel 1.1, aanhef en onder q, Tw luidt:

*“In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:*

*q. consument: natuurlijke persoon die gebruik maakt van of verzoekt om een openbare elektronische communicatiedienst voor andere dan bedrijfs- of beroepsdoeleinden.”*

40. Artikel 11.1, aanhef en onder e, Tw luidt:

*“In dit hoofdstuk en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:*

*e. communicatie: informatie die wordt uitgewisseld of overgebracht tussen een eindig aantal partijen door middel van een openbare elektronische communicatiedienst; dit omvat niet de informatie die via een omroepdienst over een elektronisch communicatienetwerk wordt overgebracht, behalve wanneer de informatie kan worden gerelateerd aan de identificeerbare abonnee of gebruiker die de informatie ontvangt;”*

41. Artikel 13, tweede lid, Besluit Bel-me-niet Register (hierna: Besluit BMNR) luidt:

*“De termijn dat een belbestand dat door een ander dan de beheerder is ontdekt, gebruikt kan worden voor het aanbieden van communicatie als bedoeld in artikel 11.7, vijfde lid, van de wet, is vier weken, te rekenen vanaf de datum waarop het bestand, met behulp waarvan het belbestand is ontdekt, door de beheerder is verstrekt.”*

### **6.2 Ten aanzien van de openbaarmaking**

42. Artikel 8 Wet openbaarheid bestuur (hierna: Wob) luidt:

*“Het bestuursorgaan dat het rechtstreeks aangaat, verschaft uit eigen beweging informatie over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering.”*

43. Artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, Wob stelt dat het verstrekken van informatie achterwege blijft voor zover dit:

*“bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.”*

## Besluit Openbaar

44. Ingevolge artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, Wob blijft openbaarmaking achterwege voor zover het belang daarvan niet opweegt tegen:

*“het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.”*

45. Op grond van artikel 18.7, vijfde lid, Tw maakt het college met het oog op het bevorderen van een open en concurrerende markt in de elektronische communicatiesector informatie met betrekking tot aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten op een door het college te bepalen wijze bekend voor zover die informatie verband houdt met bij of krachtens de hoofdstukken 4 tot en met 9 en 11 van de Tw opgelegde verplichtingen. Van gegevens als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel c, Wob wordt geen mededeling gedaan.

## 7 Overwegingen

### 7.1 Overtreding van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw

#### 7.1.1 Artikel 11.7, negende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw

46. E.ON voert in haar bezwaar aan dat het rapport geen grondslag biedt voor een besluit met de inhoud dat artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw is overtreden. Daartoe voert E.ON aan dat voor de overtreding van artikel 11.7, negende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw vereist is dat communicatie in de zin van artikel 11.1, sub e, Tw is overgebracht. Volgens E.ON heeft het college in het rapport het bellen van 25.641 abonnees die staan ingeschreven in het BMNR, ongeacht of die abonnees de telefonische oproep hebben beantwoord, ten onrechte aangemerkt als een overtreding van artikel 11.7, negende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw.
47. Ten aanzien van het hierboven genoemde bezwaar van E.ON is het college van oordeel dat uit verklaringen van L&H die in het onderzoeksrapport zijn opgenomen blijkt dat tussen 20 november 2009 en 13 januari 2010 namens E.ON 25.641 abonnees zijn gebeld en bereikt die staan ingeschreven in het BMNR:<sup>26</sup>

*“Hiervan zijn er 25.641 gesproken en afgeboekt op een eindstatus”<sup>27</sup>*

*“Wat wij wel hebben kunnen zien, is dat inderdaad circa 25.000 mensen die op het moment van inladen langer dan vier weken in het register stonden ingeschreven dat we daarmee een contactmoment hebben afgeboekt.”<sup>28</sup>*

<sup>26</sup> Zie na randnummer 66 van het onderzoeksrapport.

<sup>27</sup> Zie de brief van L&H aan E.ON van 12 februari 2010, welke ook als bijlage aan het onderzoeksrapport is toegevoegd.

<sup>28</sup> Interview van 23 augustus 2010, p. 9.



## Besluit Openbaar

48. Het college is van oordeel dat de hierboven genoemde verklaringen van L&H dermate nauwkeurig en ondubbelzinnig zijn dat aan het waarheidsgehalte daarvan niet hoeft te worden getwijfeld. Deze verklaringen kunnen immers slechts zo worden uitgelegd dat L&H 25.641 abonnees heeft gebeld en gesproken/bereikt die stonden ingeschreven in het BMNR. Dit is in alle gevallen een overtreding van artikel 11.7, negende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw.
49. Nu uit verklaringen van L&H blijkt dat in opdracht van E.ON 25.641 abonnees zijn gebeld en bereikt terwijl zij stonden ingeschreven in het BMNR, treft dit bezwaar van E.ON geen doel.

### 7.1.2 Artikel 11.7, tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw

50. Ten aanzien van de overtreding van artikel 11.7, tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw overweegt het college het volgende. In het tiende lid van artikel 11.7 Tw is een speciaal gebod opgenomen dat het verbod uit het negende lid aanvult en de handhaafbaarheid van het negende lid verbetert. Dit volgt onder meer uit de volgende passages uit de toelichting op de telemarketingregels:

*“Bedrijven die telemarketingactiviteiten uitoefenen en het wettelijk verplicht centraal register niet (tijdig) raadplegen, om zodanig over een actueel extract van het register te beschikken, zijn in overtreding. OPTA kan dit effectief handhaven door de belbestanden van de bedrijven te vergelijken met het «bel me niet» register.”<sup>29</sup>*

*En:*

*“Het negende lid bevat het algemene verbod om abonnees te bellen indien zij in het register zijn ingeschreven. Dit verbod richt zich tot zowel degene die de telefoongesprekken verrichten als degene namens wie de communicatie wordt overgebracht, nl. de adverteerder. Het tiende lid bevat een specifiek gebod om bij het telefoneren enkel gebruik te maken van bestanden waarin de abonnees zijn geblokkeerd of verwijderd die zijn ingeschreven in het register. Ook dit gebod richt zich tot degenen die het telefoongesprek aangaan en hun eventuele opdrachtgevers. Uiteindelijk zijn zij ervoor verantwoordelijk dat het register is geraadpleegd over de bestanden waarmee gebeld wordt. Het tiende lid is een speciaal gebod dat het verbod zoals verwoord in het negende lid aanvult. Dit gebod verbetert de handhaafbaarheid van het verbod van het negende lid.”<sup>30</sup>*

<sup>29</sup> Kamerstukken II 2007/08, 30 661, nr. 8, p. 7.

<sup>30</sup> Kamerstukken II 2007/08, 30 661, nr. 8, p. 13.

## Besluit Openbaar

51. Uit de hierboven opgenomen passages volgt dat E.ON en L&H reeds in overtreding waren op het moment dat zij het BMNR niet tijdig hebben geraadpleegd om zodanig over een actueel extract van het BMNR te beschikken.<sup>31</sup> Daarnaast heeft de wetgever expliciet overwogen dat het college de telemarketingwetgeving kan handhaven door de belbestanden van bedrijven te vergelijken met het BMNR, hierbij is het dus niet noodzakelijk om van ieder afzonderlijk telefoonnummer vast te stellen op welk moment deze gebeld is.<sup>32</sup> Zodoende is er reeds sprake van een overtreding indien bij het uitoefenen van telemarketing activiteiten gebruik wordt gemaakt van bestanden welke niet ontdubbeld zijn met het BMNR.<sup>33</sup>
52. Het staat vast dat namens E.ON belbestanden zijn gebruikt voor het overbrengen van ongevraagde communicatie die niet (op een juiste wijze) zijn ontdubbeld met een recente versie van het blokkadebestand uit het BMNR. Uit het onderzoeksrapport volgt dat deze belbestanden tenminste 26.969 abonnees bevatten die stonden ingeschreven in het BMNR en die geen klant zijn of zijn geweest van E.ON.<sup>34</sup> Daarmee heeft E.ON het gebod uit artikel 11.7, tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw overtreden. Overigens heeft E.ON geen gronden aangedragen waaruit volgt dat E.ON niet in strijd met artikel 11.7, tiende lid, Tw heeft gehandeld. Daarnaast heeft E.ON bij brief van 16 februari 2010 zelf aangegeven in strijd met artikel 11.7 Tw te hebben gehandeld.<sup>35</sup> Het bezwaar van E.ON treft op dit punt dan ook geen doel.

### 7.2 Overtreder

53. In haar bezwaarschrift heeft E.ON gesteld dat zij ten onrechte is aangemerkt als overtreder, aangezien zij van mening is dat zij niet kan worden aangemerkt als normadressaat van het overtreden wetsartikel. Daarnaast stelt E.ON dat zij er alles heeft gedaan wat redelijkerwijs van haar gevergd kon worden om er voor te zorgen dat L&H de regels zou naleven. Derhalve is E.ON van mening dat zij niet als overtreder in de zin van functioneel dader mocht worden aangemerkt.
54. Het college heeft in het bestreden besluit reeds uiteengezet dat de wetgever in de tweede Nota van wijziging bij de invoering van de telemarketingregels het volgende heeft overwogen:

*“Het verbod is in algemene termen gesteld en is gericht tot degene die de ongevraagde communicatie overbrengt. Daaronder wordt in dit wetsvoorstel verstaan zowel degene die de fysieke handeling pleegt, als degene namens wie de communicatie wordt overgebracht. Het verbod geldt dus zowel voor de opdrachtgever/ adverteerder als voor het callcenter. Concreet komt dit er op neer dat zowel de bellende partij als de adverteerder er op aangesproken kunnen worden dat niet gebeld wordt met mensen die zich bij het «bel me niet» register hebben*

<sup>31</sup> Kamerstukken II 2007/08, 30 661, nr. 8, p. 7.

<sup>32</sup> Kamerstukken II 2007/08, 30 661, nr. 8, p. 7.

<sup>33</sup> Kamerstukken II 2007/08, 30 661, nr. 8, p. 13.

<sup>34</sup> Boetebesluit, na randnummer 80

<sup>35</sup> Brief E.ON van 16 februari 2010, met uw kenmerk: 10\_B2C\_023187

## Besluit Openbaar

*afgemeld. Voor iedereen ontstaat daarmee duidelijkheid. Inschrijving in het wettelijk verplicht centraal «bel me niet» register voorkomt ongevraagde reclame via telemarketing.»<sup>36</sup>*

55. Dit standpunt is tijdens de behandeling van het wetsvoorstel onweersproken herhaald:

*“Zowel degene die het telefoontje pleegt als de adverteerder namens wie wordt gebeld heeft zich aan deze regels te houden. Dat is noodzakelijk om te voorkomen dat partijen zich achter elkaar kunnen gaan verschuilen.»<sup>37</sup>*

En:

*“Dat dubbele slot op de deur maakt dat beide partijen verantwoordelijk zijn. Wij doen daarmee het maximale om misbruik aan te pakken.»<sup>38</sup>*

56. Uit dit alles blijkt dat de wetgever expliciet heeft overwogen dat zowel de adverteerder als het callcenter als normadressaat van artikel 11.7, vijfde tot en met dertiende lid, Tw is aangemerkt. Zoals het college reeds uiteen heeft gezet in het bestreden besluit<sup>39</sup> wordt de reikwijdte van een wetsartikel, in geval van onduidelijkheid hierover, mede vastgesteld aan de hand van de wetshistorische interpretatie. Waarbij de bedoeling van de wetgever kan worden herleid uit de wetshistorie, hetgeen onder meer is vastgelegd in kamerstukken en handelingen van de Eerste en Tweede Kamer.<sup>40</sup> Zodoende is het college van oordeel dat het legaliteitsbeginsel zich er niet tegen verzet dat hij zich bij de interpretatie van de reikwijdte van artikel 11.7 Tw heeft gebaseerd op de onderliggende kamerstukken van de telemarketingregelgeving. Hieruit concludeert het college tevens dat hij E.ON met recht heeft kunnen aanmerken als overtreder, vanwege het feit dat zij opdracht heeft gegeven tot de gedragingen die hebben geleid tot de geconstateerde overtreding.
57. Dit geldt te meer nu het college heeft vastgesteld dat E.ON degene is namens wie L&H de ongevraagde communicatie heeft overgebracht. De overtreding geschiedde uit naam van E.ON. Nu de communicatie is gericht op het werven van nieuwe klanten voor E.ON, had zij een commercieel belang bij de overtreding. Ook om deze redenen is het college van oordeel dat E.ON in het bestreden besluit terecht als overtreder van de eerder genoemde overtreding is aangemerkt. De door E.ON op dit punt aangevoerde gronden, treffen op grond van het vorenstaande geen doel.

---

<sup>36</sup> Kamerstukken II 2007/08, 30 661, nr. 8, p. 7.

<sup>37</sup> Handelingen II 2007/08, 41, p. 3176.

<sup>38</sup> Handelingen II 2007/08, 41, p. 3176.

<sup>39</sup> Boetebesluit, randnummer 62.

<sup>40</sup> J. de Hullu, *Materieel strafrecht. Over algemene leerstukken van strafrechtelijke aansprakelijkheid naar Nederlands recht*, Deventer: Kluwer 2009, p. 100.

## Besluit Openbaar

58. Nu het college terecht heeft geoordeeld dat E.ON zelfstandig normadressaat is van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw en E.ON zelf (de onderdelen van) deze voorschriften heeft overtreden, ziet het college geen noodzaak tot het toetsen van de overtreding aan de door E.ON aangehaalde jurisprudentie ten aanzien van het functioneel daderschap.

### 7.3 Verwijtbaarheid

59. Voorts is E.ON van oordeel dat haar geen enkel verwijt kan worden gemaakt en dat E.ON op grond van artikel 5:41 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) gevrijwaard had moeten blijven van een boete.
60. Het college is van oordeel dat hij terecht heeft vastgesteld dat E.ON volledig verwijtbaar is voor de door het college vastgestelde overtreding. Naast bovengenoemde wetsgeschiedenis, blijkt ook uit jurisprudentie dat E.ON zich bij een overtreding niet achter het callcenter kan verschuilen. Ook niet als zij van het callcenter uitdrukkelijk, dan wel contractueel heeft geëist de regels na te leven.<sup>41</sup>
61. In dit kader verwijst het college tevens naar de volgende overweging van de Rechtbank van Rotterdam:

*“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.”<sup>42</sup>*

62. Hieruit concludeert het college dat het feit dat E.ON een derde heeft ingeschakeld voor het ongevraagd benaderen van consumenten haar niet ontslaat van de verantwoordelijkheid dat deze benadering rechtmatig dient te geschieden. Sterker nog, de rechtbank heeft in deze zaak zelfs overwogen dat een adverteerder zelf het risico neemt dat er onregelmatigheden kunnen plaatsvinden op het moment dat zij de feitelijke uitvoering van de naleving van de telemarketingregelgeving volledig neerlegt bij een callcenter.

---

<sup>41</sup> ABRvS 18 mei 2011, L/JN BQ4944.

<sup>42</sup> Rb. Rotterdam 4 mei 2011, L/JN: BQ3528.

## Besluit Openbaar

63. Door met L&H overeen te komen dat zij alle geldende wet- en regelgeving in acht zou nemen, heeft E.ON weliswaar gepoogd om de telemarketingregelgeving na te leven, dit heeft er echter niet in geresulteerd dat E.ON een overtreding van artikel 11.7 Tw heeft voorkomen. Het feit dat een opdrachtnemer in Nederland staat aangemerkt als marktleider en dat van deze partij een hoge graad van professionaliteit verwacht mag worden, ontslaat E.ON niet van haar verantwoordelijkheid om de telemarketingregels na te leven. Derhalve komt het college tot de conclusie dat E.ON onvoldoende controle heeft uitgeoefend op L&H bij de uitvoering van de telemarketinggesprekken. Ook de omstandigheid dat de overtreding, naar L&H stelt, is veroorzaakt door een menselijke fout van een natuurlijke persoon die niet in dienst was van E.ON, doet geen afbreuk aan de verantwoordelijkheid die E.ON had voor de naleving van de telemarketingregels.
64. Bovendien geldt voor E.ON dat zij, zoals het college reeds in het bestreden besluit heeft overwogen, reeds een waarschuwing<sup>43</sup> heeft gekregen in het kader van de telemarketingregelgeving die van kracht was in januari 2009. Hiermee was E.ON gewaarschuwd dat zij de telemarketingregelgeving juist diende toe te passen. Het college is dan ook van oordeel dat van een partij, die gebruik maakt van telemarketing om zijn dienstverlening onder de aandacht te brengen en die tevens door het college is gewaarschuwd, de nodige inspanning had moeten verrichten om zich op de hoogte te stellen van de nieuwe regelgeving en te voorkomen dat zij wederom een overtreding beging van de telemarketingregelgeving.
65. De door E.ON op dit punt aangevoerde gronden, treffen op grond van het vorenstaande geen doel.

### 7.4 Ernst van de overtreding

66. Het college heeft met zijn boetebeleidsregels<sup>44</sup> invulling gegeven aan zijn beleidsvrijheid ten aanzien van het vaststellen van de hoogte van boetes. Daarbij staat voorop dat de hoogte van de boete in een redelijke verhouding dient te staan tot het beoogde doel in termen van preventie (afschrikkende werking). De hoogte van de boete dient derhalve toereikend te zijn om volgende overtredingen door dezelfde overtreder te voorkomen (speciale preventie) alsmede om potentiële overtreders te weerhouden van nieuwe, soortgelijke overtredingen (generale preventie).
67. Zoals uit de boetebeleidsregels volgt dient in elke individuele situatie rekening te worden gehouden met de specifieke relevante omstandigheden van het geval. De vaststelling van de hoogte van de boetes blijft immers altijd maatwerk. De vergelijking van E.ON met de boete die het college in een ander geval heeft opgelegd, gaat niet op nu van vergelijkbare omstandigheden en daarmee een vergelijkbaar geval geen sprake is.

---

<sup>43</sup>Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2009/200592.

<sup>44</sup> Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA), Stcrt. 2008. Nr. 50. Ten tijde van de overtreding golden deze beleidsregels.

## **Besluit Openbaar**

68. Ten aanzien van de vaststelling van de ernst van de overtreding heeft het college in het bestreden besluit terecht zwaar laten meewegen dat het in deze zaak ging om een aanzienlijk aantal abonnees dat in strijd met artikel 11.7 Tw is gebeld. Daarbij heeft het college mede gelet op de duur van de overtredingen en de aard van het geschonden belang door deze specifieke vorm van ongevraagde communicatie terecht geoordeeld dat het hier een ernstige overtreding betreft. Het bezwaar van E.ON acht het college op dit punt derhalve ongegrond.

### **7.5 [VERTROUWELIJK]**

69. [VERTROUWELIJK]
70. [VERTROUWELIJK]
71. [VERTROUWELIJK]
72. [VERTROUWELIJK]
73. [VERTROUWELIJK]

### **7.6 Publicatie van het bestreden besluit**

74. Voorts is E.ON van mening dat het college ten onrechte de openbare versie van het boetebesluit heeft gepubliceerd, nu de publicatie hiervan E.ON onevenredig nadeel zou berokkenen.
75. In het bestreden besluit heeft het college tevens besloten om dit besluit te publiceren.<sup>45</sup> In de begeleidende brief<sup>46</sup> bij het bestreden besluit heeft het college aangegeven welke passages hij voornemens was om als vertrouwelijk aan te merken. Voorts heeft het college E.ON in de gelegenheid gesteld om aan te geven of het besluit nog meer vertrouwelijke gegevens bevatte. Per faxbericht van 22 maart 2011 heeft E.ON van deze gelegenheid gebruik gemaakt door aan te geven dat wat haar betreft hetgeen het college had overwogen onder randnummer 64 als vertrouwelijk moest worden aangemerkt. Bij publicatie van het bestreden besluit heeft het college dit verzoek ingewilligd.
76. Vervolgens heeft het college op 1 april 2011 per brief<sup>47</sup> E.ON in de gelegenheid gesteld om de publicatie tegen te houden middels een verzoek om een voorlopige voorziening bij de Rechtbank van Rotterdam. Van deze gelegenheid heeft E.ON geen gebruik gemaakt.

---

<sup>45</sup> Boetebesluit, randnummers 101-103.

<sup>46</sup> Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2011/200619.

<sup>47</sup> Brief met kenmerk OPTA/ACNB/2011/200787.

## **Besluit Openbaar**

77. Op 10 november 2010 heeft de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) geconcludeerd, dat indien een beboete onderneming in de gelegenheid wordt gesteld om bij de ter zake van de boete bevoegde rechter een dergelijke voorlopige voorziening te vragen en het college deze gelegenheid ook daadwerkelijk biedt en honoreert, het belang van het verstrekken van informatie als bedoeld in artikel 8, eerste lid, Wob niet dient te wijken ter voorkoming van onevenredige benadeling van de beboete rechtspersonen of hiertoe te herleiden natuurlijke personen.<sup>48</sup>
78. Zodoende concludeert het college dat E.ON, indien zij van mening was dat publicatie onrechtmatig zou zijn, de publicatie had kunnen tegen houden door een verzoek om een voorlopige voorziening in te dienen tegen deze publicatie. Daarmee heeft het college volledig in lijn gehandeld met hetgeen door de Afdeling is overwogen. Zodoende komt het college tot de conclusie dat er geen sprake is van een onrechtmatige publicatie van het boetebesluit.
79. De door E.ON op dit punt aangevoerde gronden, treffen op grond van het vorenstaande geen doel.

## **8 Conclusie**

80. Gelet op al het voorgaande is het college van oordeel dat de door E.ON ingediende bezwaren allen ongegrond zijn.
81. E.ON heeft tot slot op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb verzocht om vergoeding van de kosten van externe professionele rechtsbijstand.
82. Op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb heeft een belanghebbende recht op een forfaitaire vergoeding van kosten die hij gemaakt heeft in verband met de behandeling van het bezwaar. Dit recht bestaat alleen indien de heroverweging in beslissing op bezwaar leidt tot een herroeping van het primaire besluit en indien er sprake is van een aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid.
83. De heroverweging door het college in onderhavige beslissing op bezwaar leidt niet tot herroeping van het besluit van het college van 15 maart 2011 tot oplegging van een boete aan E.On wegens overtreding van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met artikel 11.7, vijfde lid, Tw. Daarmee is niet voldaan aan de voorwaarde van artikel 7:15, tweede lid, Awb. Het college wijst derhalve het verzoek van E.ON tot vergoeding van de kosten van juridische bijstand af.

---

<sup>48</sup> ABRvS 10 november 2010, LJN: BO3468, AB 2010, 319 en JB 2010, 276.

## Besluit Openbaar

### 9 Besluit tot publicatie

84. Het college publiceert sinds 1999 openbare versies van zijn (handhavings)besluiten op zijn website [www.opta.nl](http://www.opta.nl). In zijn Beleidsregels openbaarmaking OPTA (hierna: publicatiebeleid) heeft het college het algemene belang van artikel 8 Wob dat ertoe noopt openbaarheid te betrachten, geconcretiseerd door te wijzen op het belang van transparantie, het gelijkheidsbeginsel en de preventieve werking.<sup>49</sup> Verder neemt het college in aanmerking dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State bij uitspraak van 10 november 2010 heeft bepaald dat op basis van de Wob sanctiebesluiten als onderdeel van de toezichthoudende taak volledig, met inbegrip van de namen van de betrokkenen mogen worden gepubliceerd.<sup>50</sup> Ten aanzien van de vereiste belangenafweging bepaalt de Afdeling dat – voor de beoordeling of sprake is van een onevenredige benadeling van betrokkene(n) – het oordeel over de rechtmatigheid van het te publiceren besluit doorslaggevend is.
85. Op grond van het voorgaande zal het college overgaan tot publicatie van het onderhavige besluit, zonder vermelding van de namen van natuurlijke personen en bedrijfsvertrouwelijke gegevens. Met inachtneming van het hiervoor genoemde publicatiebeleid acht het college publicatie in dit concrete geval in het belang van abonnees om kennis te nemen van het feit dat ten aanzien van E.ON is vastgesteld dat zij in strijd hebben gehandeld met het in artikel 11.7 Tw bepaalde en dat aan hen een sanctie is opgelegd. Abonnees worden zo gewaarschuwd voor dit soort overtredingen. Abonnees die hierdoor al zijn getroffen of hierover zelfs al hebben geklaagd komen op deze manier te weten dat er effectief is gehandhaafd om hun belang te beschermen.
86. Daarnaast is het ook in het belang van marktpartijen om kennis te nemen van de ten aanzien van andere marktdeelnemers genomen (sanctie)besluiten. Afnemers van de diensten van E.ON worden zo gewaarschuwd en concurrenten komen zo te weten dat er ter bescherming van hun belang is opgetreden. Ook gaat er een algemeen preventief effect van uit richting potentiële andere overtreders evenals een preventief effect richting de overtreder zelf, die hierdoor meer geprikkeld zal worden om herhaling in de toekomst te voorkomen. Deze belangen dienen naar het oordeel van het college zwaarder te wegen dan het belang van E.ON. Van overige belangen of omstandigheden, op grond waarvan zou moeten worden afgezien van publicatie, is het college niet gebleken.

---

<sup>49</sup> Beleidsregels openbaarmaking OPTA van 1 april 2009, *Stcrt* 2009, nr. 63, tevens gepubliceerd op <http://www.opta.nl>.

<sup>50</sup> ABRvS 10 november 2010, *LJN*: BO3468.



## **Besluit Openbaar**

### **10 Dictum**

87. Het college verklaart de bezwaren van E.ON Benelux N.V. tegen zijn besluit van 15 maart 2011 inzake de oplegging van boetes aan E.ON Benelux N.V. en L&H Customer Contact N.V. voor overtredingen van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, van de Telecommunicatiewet ongegrond.
88. Het college wijst het verzoek op grond van artikel 7:15, tweede lid, Awb, tot vergoeding van de kosten van juridische bijstand in de bezwaarschriftprocedure af.
89. Het college zal dit besluit publiceren op zijn website, met inachtneming van zijn publicatiebeleid.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,

w.g.

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

#### **Beroepsmogelijkheid**

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

Het postadres is: Rechtbank Rotterdam, sector Bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.

Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden.

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

U kunt ook digitaal beroep instellen bij genoemde rechtbank via <http://loket.rechtspraak.nl/bestuursrecht>. Daarvoor moet u wel beschikken over een elektronische handtekening (DigiD). Kijk op genoemde site voor de precieze voorwaarden.