

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/ACNB/2011/200472_OV

Zaaknummer: 10.0428.37

Datum: 15 maart 2011

Besluit tot oplegging van boetes ter zake van overtredingen van de regels voor telemarketing bepaald in artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met artikel 11.7, vijfde lid, van de Telecommunicatiewet.

1 Samenvatting

1. In opdracht van E.ON Benelux (hierna: E.ON) NV (hierna: E.ON) heeft L&H Customer Contact BV (L&H) telefonisch natuurlijke personen benaderd om hen te bewegen een overeenkomst af te sluiten met E.ON voor de levering van energie. In dit besluit stelt het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) vast dat L&H hierbij de regels die gelden voor het Bel-me-niet-register (BMNR) heeft overtreden. Naar het oordeel van het college is ook E.ON als opdrachtgever overtreder van deze bepalingen. Op grond daarvan besluit het college om zowel E.ON als L&H afzonderlijk een boete op te leggen van € 175.000,-.

2 Achtergrond en 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) van de Telecommunicatiewet (Tw) vanwege het ongevraagd overbrengen van telefonische communicatie voor commerciële, charitatieve of ideële doeleinden.¹
3. Bij brief van 28 januari 2010² heeft het college met gebruikmaking van haar bevoegdheid van artikel 18.7 van de Tw aan E.ON verzocht hem de bestanden aan te leveren die E.ON gedurende de periode 1 oktober 2009 tot en met 24 januari 2010 gebruikte voor het telefonisch benaderen van consumenten. Tevens heeft het college verzocht de contactgegevens te verstrekken van de callcenters waarvan E.ON gebruik maakte bij de telefonische benadering van consumenten, een overzicht te geven van de resultaten tot 24 januari 2010 per gevoerd gesprek en de wijze waarop E.ON de door haar gebruikte belbestanden heeft verkregen. E.ON heeft bij brief van 4 februari 2010³ voldaan aan deze informatievordering. Aanleiding voor dit verzoek vormden signalen die het college ontving via Consuwijzer dat consumenten ongevraagd telefonisch werden benaderd terwijl deze consumenten stonden ingeschreven in het BMNR.

¹ Brief van 26 maart 2009, kenmerk OPTA/ACNB/2009/200592

² Kenmerk OPTA/ACNB/2010/200269.

³ Kenmerk 10_B2C_022915.

Besluit Openbaar

4. In vervolg op deze informatievordering heeft E.ON het college bij brief van 16 februari 2010 geïnformeerd over haar bevindingen van haar eigen onderzoek dat E.ON heeft gedaan naar aanleiding van de informatievordering van het college.⁴
5. Bij brief van 28 juni 2010⁵ heeft het college E.ON een aantal aanvullende vragen gesteld naar aanleiding van de reeds eerder door E.ON bij brief van 4 februari 2010 verstrekte informatie. E.ON heeft deze vragen beantwoord bij brief van 14 juli 2010⁶.
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 van 7 juli 2010 is geïnformeerd.⁷
7. Onderdeel van het onderzoek vormde een gesprek met L&H over de telemarketingactiviteiten die zij namens E.ON heeft uitgevoerd, ten kantore van het college op 23 augustus 2010. Voorafgaand aan dit gesprek is aan de vertegenwoordigers van L&H de cautie gegeven. Tevens heeft het college met E.ON een gesprek gevoerd over de telemarketingactiviteiten van E.ON ten kantore van het college op 27 augustus 2010. Op verzoek van E.ON was bij dit gesprek ook L&H vertegenwoordigd. Voorafgaand aan dit gesprek is aan de vertegenwoordigers van E.ON en L&H de cautie gegeven.
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.⁸
9. L&H en E.ON hebben op 6 en respectievelijk 10 januari 2011 hun schriftelijke zienswijze op het onderzoeksrapport ingebracht. E.ON en L&H zijn apart gehoord. Partijen zijn daarnaast in de gelegenheid gesteld om in elkaars aanwezigheid te worden gehoord maar E.ON heeft desgevraagd aangegeven daarvan geen gebruik te willen maken. Aangezien L&H daaropvolgend heeft aangegeven eveneens geen gebruik te willen maken van deze mogelijkheid, zijn partijen niet in elkaars aanwezigheid gehoord.

3 Het onderzoeksrapport

10. Aanleiding voor het onderhavige besluit vormen de overtredingen zoals vastgesteld in het onderzoeksrapport van 14 december 2010 waarin L&H en E.ON worden aangemerkt als overtreders. In dit onderzoeksrapport heeft de rapporteur geconstateerd dat L&H in de periode van 20 november 2009 tot en met 13 januari 2010 25.541 abonnees heeft benaderd die

⁴ Kenmerk 10_B2C_023187.

⁵ Kenmerk OPTA/ACNB/2010/201874.

⁶ Kenmerk 10_B2C_025737.

⁷ Kenmerk OPTA/ACNB/2010/202002.

⁸ Schriftelijke reactie E.ON en L&H Kenmerk 10_B2C_027212.; toezending onderzoeksrapport 14 december 2010, kenmerk OPTA/ACNB/2010/203502 (E.ON) en OPTA/ACNB/2010/203503 (L&H).

Besluit Openbaar

ingeschreven stonden in het BMNR. Gedurende dezelfde periode heeft L&H bestanden gebruikt ten behoeve van ongevraagde communicatie waarin contactgegevens stonden van abonnees die zich aangemeld hadden bij het BMNR. Met deze handelswijze heeft L&H volgens de rapporteur in strijd gehandeld met zowel artikel 11.7, negende lid in samenhang met het vijfde lid van de Tw als met artikel 11.7, tiende lid in samenhang met het vijfde lid van de Tw.

11. In het onderzoeksrapport wordt E.ON aangemerkt als overtreders omdat E.ON adverteerder en opdrachtgever is, namens welke L&H haar telemarketingactiviteiten uitvoert, en omdat E.ON wist of had behoren te weten wat artikel 11.7 van de Tw behelsde en wat naleving van de regelgeving omtrent telemarketing met zich meebracht.

4 Overige feiten

4.1 Over E.ON respectievelijk L&H

12. E.ON Benelux N.V. (hierna: 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.⁹
13. L&H faciliteert telemarketingactiviteiten voor haar opdrachtgevers. L&H heeft diverse contactcenters verspreid over Nederland.

4.2 L&H als dienstverlener telemarketingactiviteiten voor E.ON

14. 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.
15. Nadat E.ON op 26 maart 2009 van het college een waarschuwing heeft gekregen voor het overtreden van artikel 11.7 van de Tw heeft zij het aantal callcenters, dat zij had ingeschakeld voor haar telemarketingactiviteiten, teruggebracht tot 1 facilitair center. Sinds 1 augustus 2009 maakt 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.

4.3 Het BMNR

16. Vóór 1 oktober 2009 konden consumenten zich inschrijven bij het toenmalige Infofilter van Stichting Infofilter om aan te geven dat zij niet meer ongevraagd gebeld wilden worden door bedrijven en organisaties en/of geen ongevraagde post meer wilden ontvangen van bedrijven en organisaties. Infofilter was een vrijwillig zelfreguleringsinitiatief van de direct-marketingbranche.
17. In de praktijk bleek deze zelfregulering onvoldoende in staat om consumenten te beschermen

⁹ Bron: <http://www.eon.nl/over-eon/organisatie>.

Besluit Openbaar

tegen ongewenste telemarketing en heeft de wetgever wetgeving opgesteld. Op 1 oktober 2009 is als gevolg van nieuwe wetgeving het wettelijk BMNR in het leven geroepen. In tegenstelling tot Infofilter is het BMNR niet langer vrijwillig. Bedrijven en organisaties die ongevraagd telefonisch abonnees benaderen, moeten voordat zij abonnees bellen het BMNR raadplegen. Abonnees die met hun telefoonnummers in het BMNR zijn opgenomen mogen niet ongevraagd voor telemarketingdoeleinden gebeld worden. De Stichting Infofilter is door de Staatssecretaris van Economische Zaken aangewezen als beheerder van het BMNR.

18. In het BMNR kunnen abonnees kiezen om gebruik te maken van deelblokkades of van een volledige blokkade. Het doel van een volledige blokkade is dat een abonnee door niemand meer ongevraagd wordt gebeld. Bij een deelblokkade kan een abonnee per productgroep kiezen of hij wel of niet ongevraagd gebeld wil worden. In het BMNR zijn tien productgroepen/deelblokkades opgenomen waaronder energie.
19. Abonnees die natuurlijke personen zijn kunnen zichzelf rechtsreeks via internet, telefonisch of schriftelijk inschrijven of zich via de telemarketeer of het callcenter telefonisch laten inschrijven in het BMNR tijdens het telemarketinggesprek.
20. Bedrijven en organisaties die toegang willen hebben tot het BMNR moeten zich laten registreren bij het BMNR. Na registratie kan een bedrijf of organisatie tegen betaling licenties aanvragen. Er zijn drie typen licenties:
 - a. Met een downloadlicentie kan een bedrijf of organisatie het totale blokkadebestand van het BMNR downloaden en de belbestanden zelf opschonen (ontdubbelen).
 - b. Met een markeerlicentie kan een bedrijf of organisatie belbestanden uploaden en door het BMNR laten ontdubbelen met het totale blokkadebestand van het BMNR.
 - c. Met een uploadlicentie kan een bedrijf of organisatie de contactgegevens van abonnees die opgenomen willen worden in het BMNR doorgeven aan het BMNR, zodat zij niet meer gebeld worden door bedrijven en organisaties.

5 Zienswijze

5.1 Zienswijze E.ON

21. E.ON heeft in haar schriftelijke zienswijze gesteld dat zij niet als overtreder kan worden aangemerkt omdat zij zelf geen gebruik heeft gemaakt van belbestanden en evenmin zelf abonnees heeft gebeld. Uit de formulering van artikel 11.7 van de Tw blijkt volgens E.ON dat de overtreden bepalingen zich richten tot diegene die de communicatie overbrengt. E.ON zegt evenmin opdracht gegeven te hebben tot het gebruik van belbestanden waarin telefoonnummers zijn opgenomen van abonnees die staan ingeschreven in het BMNR. Ten slotte stelt E.ON dat voor het vaststellen van de overtreding van belang is om vast te stellen welke abonnees daadwerkelijk bereikt zijn.
22. Tijdens de hoorzitting heeft E.ON het voorgaande standpunt herhaald. Volgens E.ON blijkt tevens uit door haar aangehaalde jurisprudentie dat de gedraging haar niet kan worden

Besluit Openbaar

toegerekend. Tijdens de hoorzitting heeft E.ON de vragen van het college niet beantwoord maar aangegeven uitsluitend te reageren op de punten zoals die volgens E.ON in het onderzoeksrapport stonden vermeld.

5.2 Zienswijze L&H

23. L&H heeft in haar schriftelijke zienswijze gesteld dat zij er naar streeft consumentenirritatie te vermijden, hetgeen blijkt uit het feit dat er twee keer wordt ontdudd (het vergelijken van het belbestand en een actueel bestand waarin de registratie van het BMNR zijn opgenomen) en dat bovendien de frequentie van dat ontdudden hoger ligt dan wettelijk voorgeschreven. Tijdens de hoorzitting heeft L&H naar voren gebracht dat er geen sprake is van overtreding van artikel 11.7, tiende lid, van de Tw omdat door L&H nooit belbestanden zijn gebruikt die niet eerst zijn ontdudd met het BMNR. Door een onbewuste fout is alleen de gebruikstermijn van de geschoonde belbestanden in sommige gevallen overschreden, waardoor onbedoeld consumenten zijn benaderd die achteraf langer dan vier weken stonden geregistreerd in het BMNR. Hierbij dienen volgens L&H tevens de zeer recente invoering van het BMNR als ook alle praktische opstartperikelen bij het BMNR en de markt in ogenschouw te worden genomen.

6 Juridisch kader

6.1 Ten aanzien van de overtreding

24. Artikel 11.7, eerste lid, van de 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.”

25. Artikel 11.7, vijfde lid, van de 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.”

26. Artikel 11.7, negende lid, van de 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.”

27. Artikel 11.7, tiende lid, van de Tw luidt:

Besluit Openbaar

“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.”

28. Artikel 11.7, elfde lid, van de Tw luidt:

“Het negende en tiende lid zijn niet van toepassing op het overbrengen van communicatie als bedoeld in het vijfde lid voor zover de contactgegevens zijn verkregen in het kader van de verkoop van een product of dienst of in het kader van schenking aan een ideële of charitatieve organisatie en deze worden gebruikt voor het overbrengen van communicatie als bedoeld in het vijfde lid met betrekking tot eigen gelijksoortige producten of diensten of schenkingen aan de ideële of charitatieve organisatie.”

29. Artikel 11.7, dertiende lid, van de Tw luidt:

“Bij of krachtens algemene maatregel van bestuur kunnen nadere regels worden gesteld ten aanzien van:

- a. het blokkeren of verwijderen van contactgegevens van abonnees uit bestanden die gebruikt worden om communicatie over te brengen als bedoeld in het vijfde lid, het beschikbaar stellen van contactgegevens van abonnees uit het register en de periode gedurende welke de bestanden bewaard blijven en gebruikt kunnen worden;*
- b. de taken, inrichting en verantwoording van de beheerder van het register;*
- c. de toegang tot het register alsmede de inrichting en het gebruik van het register;*
- d. de mogelijkheid van verzet als bedoeld in het twaalfde lid;*
- e. de mogelijkheid van onmiddellijke opname in het register als bedoeld in het twaalfde lid.”*

30. Artikel 11.8 van de 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.”

31. Artikel 1.1, aanhef en onder f, van de Tw luidt, voor zover hier van belang:

“elektronische communicatiedienst: gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken, waaronder telecommunicatiediensten en transmissiediensten...[...].”

32. Artikel 1.1, aanhef en onder p, van de Tw luidt:

“abonnee: natuurlijke persoon of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke

Besluit Openbaar

diensten.

33. Artikel 1.1, aanhef en onder q, van de Tw luidt:

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

34. Artikel 13, tweede lid, van het Besluit Bel-me-niet-register 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 bevoegdheid

35. Artikel 15.1, derde lid, van de Tw luidt:

“Met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens andere bepalingen van deze wet dan bedoeld in het eerste en tweede lid zijn belast de bij besluit van het college aangewezen ambtenaren.”¹⁰

36. Artikel 15.4, vierde lid, van de Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:

“Het college kan een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 450 000 ter zake van overtreding van de bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde regels, niet zijnde regels bedoeld in het tweede lid, alsmede van artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht.”

37. Artikel 5:48, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) luidt als volgt:

“Het bestuursorgaan en de voor de overtreding bevoegde toezichthouder kunnen van de overtreding een rapport opmaken.”

38. Artikel 5:53 van de Awb luidt:

*“1. Dit artikel is van toepassing indien voor de overtreding een bestuurlijke boete van meer dan € 340 kan worden opgelegd, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.
2. In afwijking van artikel 5:48 wordt van de overtreding steeds een rapport of proces-verbaal opgemaakt.
3. In afwijking van afdeling 4.1.2 wordt de overtreder steeds in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen.”*

¹⁰ Zie ook het Besluit van het college van 29 januari 2008, *Stcrt.* 2008, nr. 22.

Besluit Openbaar

39. Artikel 5:41 van de Awb luidt als volgt:

“Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten.”

40. Artikel 5:46, tweede lid, van de Awb, voor zover relevant, luidt als volgt:

“2. Tenzij de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, stemt het bestuursorgaan de bestuurlijke boete af op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.”

6.3 Ten aanzien van de openbaarmaking

41. Op grond van artikel 8 van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) verschaft het college 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.
42. Het verstrekken van informatie ingevolge de Wob blijft op grond van artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob achterwege indien de informatie bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.
43. Ingevolge artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g, van de Wob blijft openbaarmaking achterwege indien het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.
44. Op grond van artikel 18.7, vijfde lid, van de 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, van de Wob wordt geen mededeling gedaan.

6.4 Boetebeleidsregels

45. Met de Boetebeleidsregels¹¹ geeft het college invulling aan zijn beleid ten aanzien van het vaststellen van de hoogte van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Tw. Tevens verschaft het college in de Boetebeleidsregels inzicht in de factoren die hij meeweegt bij het bepalen van de hoogte van de boete.

¹¹ 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

6.5 Standpunt telemarketing

46. In de afgelopen jaren heeft het college herhaaldelijk – waaronder de publicatie van standpunt telemarketing op 16 mei 2006 op zijn website www.opta.nl – aangegeven op welke wijze hij toezicht houdt op de naleving van regels rond telemarketing. Het college heeft marktpartijen per brief gewezen op de regels rond telemarketing. Voorts heeft het college in de periode voorafgaand aan het in werking treden van het wettelijk BMNR marktpartijen gewezen op de nieuwe bepalingen rond het BMNR.¹² In deze mededeling heeft het college onder meer aangegeven aan welke verplichtingen partijen dienden te voldoen en tot wie de regelgeving zich richt. Het college heeft zijn definitieve standpunt breed in de markt bekend gemaakt.

7 Overwegingen van het college

7.1 Beschermd belang

47. De telemarketingregels van artikel 11.7 van de Tw zijn regels die als doel hebben om consumenten te beschermen tegen ongevraagde telemarketinggesprekken. Het verbod om abonnees ongevraagd telefonisch te benaderen die staan ingeschreven in het register is één van deze regels. Het college acht de handhaving van deze telemarketingregels voor consumenten van groot belang. Het kenmerk van het handhaven van regels die er op zijn gericht consumentenbelangen te beschermen – dus ook de telemarketingregels – is dat er vaak sprake is van een veelvoud van overtredingen die ieder voor zich een relatief kleine schade betreft. De schade bij consumenten, en daarmee het consumentenbelang, bestaat echter uit een optelsom van al die relatief kleine schades. Het college constateert dat er een brede irritatie in de maatschappij is over ongevraagde telemarketinggesprekken en dat het consumentenbelang voor het handhaven van telemarketingregels in zijn geheel groot is.

7.2 Samenhang tussen de leden van artikel 11.7 van de Tw

48. Op grond van artikel 11.7, negende lid, van de Tw in samenhang met artikel 11.7, vijfde lid, van de Tw is het verboden om ongevraagde communicatie over te brengen aan abonnees die middels een inschrijving in het BMNR te kennen hebben gegeven deze ongevraagde communicatie niet te willen ontvangen.

49. Artikel 11.7, tiende lid, van de Tw in samenhang met artikel 11.7, vijfde lid, van de Tw stelt dat voor het overbrengen van ongevraagde communicatie uitsluitend gebruik gemaakt mag worden van bestanden waaruit de contactgegevens die in het register zijn opgenomen, zijn geblokkeerd of verwijderd.

50. Uit de wetsgeschiedenis komt naar voren dat er een samenhang is in artikel 11.7 van de Tw tussen het verbod van het negende lid om kort gezegd abonnees die ingeschreven staan in het BMNR ongevraagd te bellen en de verplichting van het tiende lid om hierbij alleen bestanden te gebruiken die zijn ontdebeld met het BMNR. Het tiende lid is een speciaal gebod dat het verbod van het negende lid aanvult en die de handhaafbaarheid van het negende lid

¹² Zie <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=2961>

Besluit Openbaar

verbetert.¹³ In de praktijk zal een bedrijf of organisatie die middels telemarketing abonnees wil benaderen eerst zijn belbestanden dienen te ontdebellen met het BMNR voordat dit bedrijf of deze organisatie abonnees ongevraagd gaat bellen.

7.3 Commercieel doel

51. Er bestaat geen twijfel dat de gesprekken van E.ON een commercieel doel hadden. De bedoeling van de gesprekken was immers dat in de gesprekken die door L&H namens door E.ON werden gevoerd consumenten er toe zouden overgaan klant te worden bij E.ON.

7.4 De benaderde abonnees zijn als natuurlijk persoon abonnee

52. Het BMNR is alleen bedoeld voor abonnees die natuurlijk persoon zijn. Abonnees die met hun telefoonnummer in het BMNR ingeschreven staan hebben aangegeven dat zij niet gebeld willen worden door bedrijven of organisaties met commercieel, ideëel of charitatief doel. Het college heeft geen reden aan te nemen dat er in het BMNR mogelijk ook abonnees zijn opgenomen die rechtspersonen zijn. Het verbod in artikel 11.7, negende lid, van de Tw in samenhang met artikel 11.7, vijfde lid, van de Tw houdt in dat E.ON abonnees niet ongevraagd mag benaderen die in het BMNR te kennen hebben gegeven dat zij geen ongevraagde communicatie willen ontvangen.
53. De belbestanden die E.ON aan L&H aanleverde zijn gebruikt voor het telefonisch benaderen van consumenten en kleinzakelijke eindgebruikers. Desgevraagd heeft E.ON aangegeven dat die laatste categorie eenmanszaken, maatschappen, VOF's en thuiswerkers omvat. Op grond van het voorgaande oordeelt het college dat de conclusie van in randnummer 76 van het onderzoeksrapport terecht is getrokken. Daarmee is vast komen te staan dat de benaderde personen als natuurlijk persoon abonnee zijn.

7.5 Het bellen van abonnees is een overtreding van artikel 11.7 van de Tw

54. E.ON stelt dat het enkel bellen van een abonnee die is opgenomen in het BMNR geen strijd oplevert met artikel 11.7, negende lid, van de Tw. Bepalend is volgens E.ON of de betreffende abonnee daadwerkelijk is bereikt.
55. Voor zover E.ON heeft bedoeld, dat pas sprake kan zijn van communicatie wanneer er daadwerkelijk een gesprek heeft plaatsgevonden tussen de agent van het callcenter en de gebelde persoon, deelt het college de zienswijze van E.ON niet.
56. Het college wijst er op, dat artikel 11.7, vijfde lid, van de Tw spreekt van (ongevraagde) communicatie. Onder communicatie in de zin van de Tw moet, gelet op artikel 1.1 onder f, van de Tw, worden begrepen het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken. Vaststaat, dat door het daadwerkelijk bellen van abonnees signalen worden overgebracht, waarmee dus ook sprake is van het overbrengen van communicatie als bedoeld in artikel 11.7 van de Tw. Van communicatie in deze zin is derhalve reeds sprake door het overgaan van de telefoon of door het feit dat in het beeldscherm van een telefoon zichtbaar

¹³ *Kamerstukken II 2007/08, 30 661, nr. 8, p. 13.*

Besluit Openbaar

is dat een (onbekende) beller heeft gebeld. Het feit dat bij de gebelde de telefoon overgaat is het resultaat van het overbrengen van signalen en is daarmee het overbrengen van communicatie als bedoeld in artikel 11.7, vijfde lid van de Tw.

57. Het college merkt bovendien op dat artikel 11.7 van de Tw tot doel heeft om abonnees, die hebben aangegeven geen ongevroagde communicatie te willen ontvangen, ook daadwerkelijk niet meer worden gebeld. In de letterlijke bewoordingen van de wetgever: *“Het negende lid bevat het algemene verbod om abonnees te bellen indien zij in het register zijn ingeschreven.”*¹⁴ De bedoeling van het verbod is daarmee naar het oordeel van het college ondubbelzinnig. Het doel van het BMNR is daarenboven in de wet vastgelegd in artikel 11.7, zevende lid, van de Tw. Het doel van die bepaling is om “de abonnee te vrijwaren van de ongevroagde communicatie waarvan hij heeft aangegeven dat hij die niet wenst te ontvangen”. Het gebruik van het woord vrijwaren is evenzeer duidelijk en betekent dat de betreffende abonnee geen ongevroagde communicatie wil en evenmin mag ontvangen. Het enkele overgaan van de telefoon van de abonnee betekent dat hij de communicatie heeft ontvangen en betekent niets meer of minder dat de partij die de oproep plaatst, binnentreedt in de persoonlijke levenssfeer van die abonnee. Een abonnee die zich heeft laten registreren in het BMNR heeft met die registratie nu juist aangegeven dat hij geen communicatie wenst te ontvangen en dat hij dus niet wil dat zijn persoonlijke levenssfeer wordt binnengetroten voor het hiervoor genoemde doel. Op grond van het voorgaande volgt het college de conclusie van de onderzoeker.

7.6 L&H als overtreder

58. Het college merkt L&H als overtreder aan van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid van de Tw en overweegt daartoe het volgende. Door L&H wordt niet ontkend noch bestreden dat zij in opdracht van E.ON in de periode van 20 november 2009 tot en met 13 januari 2010 45.370 adressen van abonnees heeft gebruikt die geregistreerd staan in het register waarvan zij 25.641 abonnees heeft gebeld. L&H voerde namens E.ON de telemarketinggesprekken en heeft daarmee feitelijk de telemarketinggesprekken gevoerd. Nu artikel 11.7 van de Tw zich tot zowel de opdrachtgever als de opdrachtnemer richt, dient ook L&H als overtreder te worden aangemerkt.
59. Het college merkt in dit verband op, dat vanaf het moment van inwerkingtreding van de telemarketingregels duidelijk is gemaakt dat de betreffende regels zich richten tot zowel de adverteerders (opdrachtgevers) als tot de opdrachtnemers. L&H was zich van die verantwoordelijkheid bewust, zo blijkt onder meer uit het feit dat L&H voorzieningen had getroffen om aan de telemarketingregels te voldoen. Daarnaast was de callcenter branche zich bewust van noodzaak tot naleving van de nieuwe telemarketingregels, zo heeft L&H verklaard. Gelet op feiten en de gedragingen van L&H en het feit dat L&H zich bewust was van de op haar rustende verplichting en in aanmerking genomen de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever, zie het college voldoende aanleiding om L&H als overtreder aan te merken.

¹⁴ Kamerstukken II 2007/08, 30 661, nr 3, p. 13.

Besluit Openbaar

7.7 E.ON als overtreder

60. In het onderzoeksrapport is E.ON aangemerkt als overtreder omdat E.ON adverteerder en opdrachtgever is.
61. Tijdens het onderzoek heeft E.ON herhaaldelijk erkend de telemarketingregels van artikel 11.7 van de Tw te hebben overtreden. Nadat het onderzoeksrapport is opgesteld, heeft E.ON een ander standpunt ingenomen en gesteld geen normadressaat te zijn van de betreffende overtreding. Volgens E.ON zou het feit dat E.ON op basis van een passage in de toelichting als normadressaat wordt aangemerkt (en daarmee als overtreder) in strijd zijn met het legaliteitsbeginsel.
62. Het college volgt dit standpunt niet. De wetgever heeft in zijn toelichting op artikel 11.7, tiende lid, van de Tw aangegeven wie de normadressaten van de betrokken bepaling zijn. Daarmee is duidelijk tot wie de betreffende bepaling zich richt. Het aldus aan de hand van de bedoeling van de wetgever (zoals neergelegd in de parlementaire geschiedenis) bepalen wat de reikwijdte is van een bepaling is en wie als overtreder is aan te merken is een volstrekt normale gang van zaken in het recht, die niet in strijd is met het legaliteitsbeginsel.¹⁵ In overeenstemming met de bedoeling van wetgever heeft het college zich in zijn handhavingsbeleid eerder al gericht tot adverteerders en aan adverteerders boetes opgelegd. Deze toepassing kan E.ON daarom niet onbekend zijn.
63. E.ON stelt zich, in weerwil van eerdere verklaringen, thans op het standpunt dat zij evenmin als overtreder is aan te merken. Het college volgt echter de onderzoeker in haar conclusie dat E.ON wel degelijk als overtreder is aan te merken.
64. [Vertrouwelijk]
65. Bij telemarketinggesprekken speelt de adverteerder – in dit concrete geval E.ON – een prominente rol. De gesprekken worden gevoerd op initiatief van de betreffende adverteerder, die bovendien de keuze maakt voor het betreffende medium (telefoongesprekken). De telemarketinggesprekken worden vervolgens ten behoeve van de adverteerder opgezet en uitgevoerd.
66. Die situatie deed zich in dit concrete geval ook voor. De keuze voor telemarketinggesprekken als middel voor het onder de aandacht brengen van de diensten van E.ON en het werven van klanten langs die weg, het daarmee aanvaarden van het feit dat voor het gebruik van dat medium strenge eisen gelden en het daarvoor uitkiezen van een bepaalde uitvoerder zijn allemaal handelingen, die door E.ON zijn verricht. E.ON was zich bewust van of moest zich in het bijzonder bewust zijn van de regels rond telemarketinggesprekken en het feit dat het college daarop actief toezicht houdt. Het college acht in dit verband van belang dat aan E.ON eerder een waarschuwing was opgelegd wegens overtreding van artikel 11.7 van de Tw. In het

¹⁵ Vergelijk bijvoorbeeld J. Rummelink/D. Hazewinkel-Suringa, *Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht*, Deventer: Gouda Quint 1995, p. 75-76.

Besluit Openbaar

onderhavige geval werden de bestanden met telefoonnummers van te bellen abonnees ook vergeleken met door E.ON gehouden bestanden. E.ON was dus betrokken bij het samenstellen van bestanden van telefoonnummers, zoals die werden gebruikt voor de telemarketinggesprekken. De bedoeling van de telemarketinggesprekken was dat er een overeenkomst met E.ON zou worden gesloten en ten behoeve van dat doel presenteerde de callcenter agent zich als medewerker van E.ON of in ieder geval bellend namens E.ON.

67. De wetgever heeft de prominente rol van de adverteerder, naast de rol van de feitelijk uitvoerder, onderkend en reeds bij de vaststelling van de betreffende bepaling aangegeven dat zowel het negende lid (het verbod tot het benaderen van ingeschrevenen van het BMNR) als het gebod ontdubbelde bestanden te gebruiken zich richt tot zowel de opdrachtgever als degenen die het feitelijke gesprek aangaan. Reeds om die reden en gelet op bovenstaande en hetgeen in het onderzoeksrapport is aangegeven, is er voldoende grond voor het college om E.ON aan te merken als overtreder.
68. Ook de conclusie van E.ON – dat zij niet als overtreder is aan te merken op grond van de door haar aangehaalde jurisprudentie – volgt het college niet. De wetgever heeft immers in dit geval uitdrukkelijk bepaald wie als overtreder moet worden aangemerkt. Maar daarenboven zou E.ON ook op grond van de criteria uit de door haar aangehaalde jurisprudentie als overtreder kunnen worden aangemerkt. De hiervoor beschreven handelingen werden immers verricht in het kader van de bedrijfsvoering van E.ON, de gesprekken werden namens haar verricht en het doel van die gesprekken was om overeenkomsten met E.ON af te sluiten tot het leveren van energie.
69. Op grond van het hiervoor besprokene en met inachtneming van het doel van de betreffende bepalingen merkt het college E.ON aan als overtreder van zowel het negende als het tiende lid, beide in samenhang met het vijfde lid, van artikel 11.7 van de Tw.

7.8 Overige aspecten zienswijze E.ON en L&H

70. De stelling van L&H dat er geen sprake is van overtreding van artikel 11.7, tiende lid, van de Tw omdat door L&H nooit belbestanden zijn gebruikt die niet eerst zijn ontdubbeld met het BMNR maar dat door een onbedoelde fout alleen de gebruikstermijn van de geschoonde belbestanden in sommige gevallen is overschreden, kan het college niet volgen. Het college overweegt in dit verband het volgende.
71. In artikel 11.7, tiende, lid van de Tw is bepaald dat degene die communicatie overbrengt hiervoor uitsluitend bestanden gebruikt waaruit de contactgegevens die in het register zijn opgenomen zijn geblokkeerd of verwijderd. In artikel 13, tweede lid, van het Besluit BMNR is bepaald dat de termijn dat een belbestand dat is ontdubbeld kan worden gebruikt voor het aanbieden van communicatie vier weken is te rekenen vanaf de datum waarop het bestand met behulp waarvan het belbestand ontdubbeld door de beheerder is verstrekt. Dit betekent dat als de termijn is verstreken er weer opnieuw dient te worden ontdubbeld. Nu L&H belbestanden heeft gebruikt nadat de gebruikstermijn was verstreken en niet opnieuw heeft ontdubbeld, heeft

Besluit Openbaar

dit tot gevolg gehad dat er abonnees in die gebruikte bestanden zaten die al langer dan vier weken in het BMNR stonden. Voor deze abonnees geldt dan dat de contactgegevens niet zijn verwijderd terwijl artikel 11.7, tiende lid, van de Tw dit wel voorschrijft. Daarmee is wel degelijk het tiende lid van artikel 11.7 van de Tw overtreden.

72. Het college merkt bovendien op dat het volgen van de stelling van L&H er toe zou leiden dat het gebod tot het gebruik van ontdubbelde bestanden en de daarbij verplicht gestelde termijn voor het gebruik van ontdubbelde bestanden zinledig zou worden. In de visie van L&H zou het immers mogelijk zijn dat slechts eenmalig een bestand zou worden ontdubbeld welk bestand vervolgens straffeloos in lengte van jaren zou kunnen worden gebruikt. Een dergelijke uitleg zou de hele systematiek van de telemarketingregels van artikel 11.7 van de Tw en de bedoeling van het BMNR betekenisloos maken. Een daadwerkelijk effectieve bescherming van het belang van consumenten zou daarmee onmogelijk worden.

8 Boete

8.1 Boetebeleid OPTA

73. Het college heeft onderzocht of de boetebeleidsregels OPTA 2010¹⁶ gunstiger voor E.ON en L&H zijn dan de boetebeleidsregels OPTA 2008 en heeft geconcludeerd dat dit niet het geval is.
74. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt het college op grond van artikel 15.4, vijfde lid, van de Tw in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding alsmede met de verwijtbaarheid van de overtreder. Volgens de parlementaire geschiedenis van de Telecommunicatiewet kunnen - afhankelijk van het geval - ook andere factoren een rol spelen, zoals mogelijke recidive, de bereidheid van de betrokkenen om mee te werken aan het beëindigen van de overtreding, het behaalde voordeel, en dergelijke. Bij iedere boetebeschikking moet worden afgewogen hoe hoog de boete in dat concrete geval moet zijn.
75. De hoogte van de boete dient, behalve te worden afgestemd op de bijzondere omstandigheden van het geval ("maatwerk"), ook bij te dragen aan een doeltreffende toepassing van de Telecommunicatiewet. Als algemene maatstaf daarbij geldt dat de hoogte van de boete in ieder geval zodanig dient te zijn dat deze de overtreder(s) weerhoudt van nieuwe overtredingen (speciale preventie) en ook in algemene termen een afschrikkende werking heeft (generale preventie).
76. Voornoemde afstemming op de economische context en de bijzondere omstandigheden van het geval waarbinnen de overtreding heeft plaatsgevonden, loopt langs de volgende lijn.

8.2 De ernst van de overtredingen

77. Bij het bepalen van de zwaarte van de overtredingen neemt het college de doelstellingen van de Telecommunicatiewet, te weten het bevorderen van concurrentie, de ontwikkeling van een

¹⁶ Staatscourant 2010 nr 5163, 2 april 2010.

Besluit

Openbaar

interne markt en het bevorderen van de belangen van eindgebruikers, als uitgangspunt. Aan de hand van deze doelstellingen deelt het college in de Boetebeleidsregels de mogelijke overtredingen in abstracto in drie types in: zeer zware, zware en minder zware overtredingen. In zijn Boetebeleidsregels heeft het college overtreding van artikel 11.7 van de Tw als minder zwaar aangemerkt. Wat de overtreding van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, van de Tw betreft overweegt het college verder het volgende.

8.2.1 Duur van de overtredingen

78. E.ON heeft tijdens het onderzoek in reactie op de informatievordering van het college de bevindingen van haar eigen onderzoek naar de overtreding aan het college toegezonden. Als bijlage bij die brief heeft E.ON een brief gevoegd waarin L&H uitlegt welke gedragingen de aanleiding vormden voor de overtreding. E.ON verklaart dat zij in de periode van 20 november 2009 tot en met 13 januari 2010 in strijd heeft gehandeld met artikel 11.7 van de Tw. In de bijlage bij deze brief heeft L&H verklaard dat zij in de periode 20 november 2009 tot en met 13 januari 2010 45.370 adressen van abonnees in gebruik heeft genomen die geregistreerd staan in het register, waarvan zij 25.641 abonnees heeft gebeld.

79. Mede op basis van deze brief en de bevindingen van de onderzoeker is naar het oordeel van het college vast komen te staan dat de overtredingen hebben plaatsgevonden in de periode van 20 november 2009 tot en met 13 januari 2010. Dat is een periode van bijna twee maanden, een periode die in vergelijking met andere gevallen niet kort maar evenmin als bijzonder lang is aan te merken.

8.2.2 Omvang, aantal overtredingen

80. Voor het telefonisch werven van klanten voor E.ON hebben L&H en E.ON in de betreffende periode belbestanden gebruikt waarin minstens 26.969 telefoonnummers staan van abonnees die staan ingeschreven in het register en geen klant zijn of zijn geweest van E.ON. L&H en E.ON hebben daarvan in ieder geval 25.641 abonnees ongevraagd gebeld.

81. In de randnummers 56 en 57 heeft het college reeds aangegeven dat voor het vaststellen van de overtreding artikel 11.7, vijfde, negende en tiende lid, van de Tw voldoende is dat wordt aangetoond dat de betreffende abonnees zijn gebeld. Dat betekent dat E.ON en L&H artikel 11.7, tiende lid in samenhang met het vijfde lid van de Tw 26.969 maal hebben overtreden en dat zij artikel 11.7, negende lid in samenhang met het vijfde lid, van de Tw 25.641 maal hebben overtreden. Een dergelijk aantal is aanzienlijk in vergelijking met de aantallen gebelde abonnees bij andere soortgelijke gevallen van overtreding van de telemarketingregels van artikel 11.7 van de Tw.

8.2.3 Geschonden belang

82. Ongevraagde communicatie in de vorm van telefonische oproepen vormt een grote bron van irritatie en veroorzaakt veel overlast bij consumenten.

- Uit onderzoek blijkt dat negen op de tien consumenten telemarketing (waarbij geen sprake

Besluit Openbaar

is van een klantrelatie, het coldcalling) als storend ervaren.¹⁷

- Uit dit onderzoek blijkt dat een meerderheid van de consumenten vindt dat telemarketing dusdanig storend is dat zij van plan zijn zich voor telemarketing af te melden.¹⁸

De hiervoor genoemde feitelijkheden hebben betrekking op ongevraagde communicatie in de vorm van telefonische oproepen. De bescherming van het belang zoals hiervoor beschreven zijn de belangrijkste redenen waarom het college het niet naleven van de telemarketingregels van artikel 11.7 Tw en in het bijzonder het niet naleven van de verplichtingen van art. 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, Tw schadelijk acht.

8.3 Overige omstandigheden van het geval

83. Bij het bepalen van de ernst van de overtredingen houdt het college, naast de hiervoor vastgestelde zwaarte van de overtredingen in abstracto, rekening met de economische context en de bijzondere omstandigheden waarin de overtredingen hebben plaatsgevonden. In lijn met zijn toezicht op de handhaving van het spamverbod (artikel 11.7, eerste en derde lid, van de Tw) stelt het college de ernst van de overtreding vast mede op basis van navolgende criteria:

- aantal geconstateerde overtredingen;
- meerdere bepalingen overtreden;
- herhaalde overtreding (recidive);
- de bijzondere schadelijkheid van het telefoongesprek volgens eindgebruikers;

84. Bovengenoemde criteria zijn niet cumulatief. Om de ernst van de overtredingen in dit concrete geval te bepalen, zal het college hieronder ingaan op de in het onderhavige geval relevante criteria.

85. De stelling dat L&H geen economisch voordeel zouden hebben behaald aan de overtreding kan naar het oordeel van het college geen disculperende of mitigerende werking hebben. Het bellen van mensen was bedoeld om omzet te behalen. Gelet op het te beschermen belang doet het vervolgens wel of niet behalen van een economisch voordeel echter niet ter zake: deze regelgeving is er op gericht abonnees te beschermen tegen ongevraagde communicatie en beoogt geen marktordenend effect te bewerkstelligen.

8.4 Conclusie ten aanzien van de ernst van de overtredingen

86. In zijn boetetebeleidsregels heeft het college de zwaarte van overtreding van artikel 11.7 van de Tw in abstracto bepaald als een minder zware overtreding. Het college heeft echter vastgesteld dat sprake is van een aanzienlijk aantal onterecht gebelde abonnees. Mede gelet op duur van de overtredingen, de aard van het geschonden belang door deze specifieke vorm van ongevraagde communicatie en het aantal overtredingen bij soortgelijke gevallen acht het college de overtreding ernstig. Dit indiceert een boete die ligt in de bandbreedte tussen de

¹⁷ SEO Economisch Onderzoek, *Telemarketing: irritatie geregeld?* (onderzoek in opdracht van het Ministerie van Economische Zaken), Amsterdam 2007, p. 19.

¹⁸ Zie noot 17, p. 21-22: het betreft 56% van de consumenten.

Besluit Openbaar

€ 100.000,- en € 300.000,-.

9 De vaststelling van de hoogte van de boete

9.1 Duidelijkheid norm

87. De norm van artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, van de Tw is duidelijk. Artikel 11.7, vijfde lid, van de Tw staat ongevraagde communicatie voor de daar genoemde doelen toe met inachtneming van het bepaalde in het zesde tot en met het twaalfde lid. Artikel 11.7, tiende lid, van de Tw behelst een gebod om belbestanden te ontdubbelen met het BMNR en artikel 11.7, negende lid, van de Tw behelst een verbod op het bellen van abonnees die staan ingeschreven in het BMNR. Het niet of niet juist ontdubbelen van belbestanden met het BMNR en het ongevraagd bellen van abonnees die staan ingeschreven in het BMNR is daarmee een inbreuk op hetgeen in artikel 11.7, negende en tiende lid, in samenhang met het vijfde lid, van de Tw is bepaald.

9.2 Verband respecteren recht van verzet en ontdubbelen bestanden

88. Voorafgaand aan de inwerkingtreding van de regels voor het BMNR, golden bepalingen rond het aanbieden en respecteren van het recht van verzet. Eén van de gedragingen – waarvoor aan E.ON eerder een waarschuwing werd gegeven – vormt materieel gezien een soortgelijke gedraging die het college thans kwalificeert als een overtreding, namelijk die van het gebruik van belbestanden waarin contactgegevens waren opgenomen van consumenten die eerder hadden aangegeven dat zij niet ongevraagd benaderd wilden worden voor een commercieel doel. Thans kwalificeert deze gedraging als een overtreding van artikel 11.7, tiende lid in samenhang met het vijfde lid van de Tw.

9.3 Verwijtbaarheid E.ON

89. In januari 2009 heeft het college E.ON een waarschuwing gegeven voor overtreding van artikel 11.7 van de Tw. Meer concreet bestond die overtreding van E.ON er uit dat tijdens telefoongesprekken, waarin consumenten namens E.ON werden benaderd teneinde hen te bewegen een overeenkomst met E.ON af te sluiten voor de levering van energie, aan de betreffende consumenten niet de mogelijkheid werd geboden om verzet aan te tekenen tegen het verdere gebruik van contactgegevens. Daarnaast werden in opdracht van E.ON consumenten benaderd die eerder hadden aangegeven niet meer door E.ON benaderd te willen worden.

90. E.ON was hiermee gewaarschuwd dat zij de regelgeving voor telemarketing juist diende toe te passen. Van een partij als E.ON, die gebruik maakt van telemarketing om zijn dienstverlening onder de aandacht te brengen, mag immers hoe dan ook de nodige inspanning worden verwacht om het bepaalde van artikel 11.7 van de Tw na te leven, waaronder het zich op de hoogte stellen van de geldende regelgeving. Het college ziet echter onvoldoende aanleiding om aan deze waarschuwing te beschouwen als boeteverhogende omstandigheid omdat deze waarschuwing immers betrekking had op de regelgeving voor telemarketing zoals die voorheen gold, niet op de huidige, gewijzigde regelgeving.

Besluit Openbaar

91. Het college acht op grond van het voorgaande E.ON volledig verwijtbaar voor de overtreding.

9.4 Verwijtbaarheid L&H

92. Het college acht L&H ook volledig verwijtbaar en overweegt in dit verband het volgende.

93. Bij de inwerkingtreding van de nieuwe telemarketingregels in 2009 is onder de aandacht gebracht dat deze regels zich richten op zowel de adverteerder (opdrachtgever) als de opdrachtnemer (callcenter). L&H heeft aangegeven zich bewust te zijn van de reikwijdte van deze regeling en tot wie deze regels zich richten.

94. Door L&H wordt niet bestreden noch ontkend dat zij in de periode van 20 november 2009 tot en met 13 januari 2010 45.370 adressen van abonnees heeft gebruikt die geregistreerd stonden in het register en daarvan 25.641 abonnees heeft gebeld. De stelling dat bij L&H sprake is van het geheel of gedeeltelijk ontbreken van de verwijtbaarheid omdat sprake is van een onbewuste fout, deelt het college niet. Het is immers aan L&H om zorg te dragen voor de goede naleving van de wettelijke bepalingen. L&H heeft voor de naleving van de wettelijke bepalingen gekozen voor de inrichting van systemen en procedures, waarbij een onjuiste aanname van één individueel persoon heeft geleid tot gevolgen die voorkomen had moeten en kunnen worden. Doel van de inrichting van dergelijke processen en systemen is nu juist dat – ondanks menselijk of technisch falen – wordt voorzien in controlemechanismen en in vormen van de opvang van dergelijke fouten, als gevolg waarvan de gevolgen waarmee de regelgeving wordt overtreden, niet zullen intreden. Daar komt nog bij dat de betreffende “onbewuste fout” een centraal onderdeel vormt van de verplicht uit te voeren maatregelen om de wet na te leven (in casu het ontdubbelen van bestanden).

95. De onbewuste fout die volgens L&H de oorzaak is van de overtreding levert derhalve geen grond op om aan te nemen dat sprake is van geen of van verminderde verwijtbaarheid. Het intreden van de gevolgen en daarmee van de overtreding is het resultaat van een aan L&H toe te rekenen en verwijtbaar tekort schieten bij het inrichten van haar systemen en werkprocessen.

96. Ook de stelling van L&H dat de zeer recente invoering van het BMNR evenals de praktische opstartperikelen bij zowel BMNR als de markt in ogenschouw moeten worden genomen maakt dit niet anders nu ten tijde van belang deze perikelen immers niet meer aan de orde waren.

97. Tijdens de hoorzitting van 27 januari 2011 heeft L&H aangegeven dat er sprake is van een grote organisatie met een groot belvolume. Het aantal mensen dat is gebeld dat in het BMNR register stond betrof slechts één week bellen. Volgens L&H heeft een in verhouding kleine fout wel heel grote gevolgen. Het college overweegt in dit verband dat het op grote schaal uitvoeren van werving via telemarketingactiviteiten geen mitigerend effect heeft op de ernst van de overtreding. Het doel van artikel 11.7 van de Tw is om de consument te vrijwaren van ongevraagde communicatie. Wanneer een consument toch wordt benaderd maakt het geen verschil of hij benaderd wordt door een partij die op grote schaal telemarketingactiviteiten verricht of door een kleinere werver, zijn irritatie zal even groot zijn.

Besluit Openbaar

9.5 Boeteverzwarende of -verlagende omstandigheden

98. Het college acht geen boeteverzwarende of -verlagende omstandigheden aanwezig die betrokken moeten worden bij de vaststelling van de hoogte van de boete.

9.6 Conclusie ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de boete

99. Het college overweegt verder dat de nadelige gevolgen van de op te leggen boetes niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.¹⁹

100. Alle omstandigheden zoals hiervoor besproken in aanmerking genomen, is het college van oordeel dat de boete voor L&H dient te worden vastgesteld op een bedrag van € 175.000,- en voor E.ON eveneens op € 175.000,-.

10 Besluit tot publicatie

101. Het college publiceert sinds 1999 openbare versies van zijn (handhavings)besluiten op haar website 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.²⁰ 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.²¹ 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.

102. 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 E.ON en L&H is vastgesteld dat zij in strijd hebben gehandeld met de telemarketingregels zoals die in artikel 11.7 van de Tw zijn vastgelegd en dat aan hen een sanctie is opgelegd. Abonnees die hierdoor zijn getroffen of hierover hebben geklaagd komen op deze manier te weten dat er effectief is gehandhaafd om het belang tot bescherming tegen ongevraagde telemarketinggesprekken te beschermen. Tevens worden zij geïnformeerd over het feit dat een registratie in het BMNR daadwerkelijk effect heeft en dat het niet respecteren van een dergelijke registratie niet onbestraft blijft.

103. Daarnaast is het ook in het belang van andere deelnemers in de telemarketingsector om kennis te nemen van de ten aanzien van andere marktdeelnemers genomen (sanctie)besluiten.

¹⁹ Zie artikel 3:4, tweede lid, Awb.

²⁰ Beleidsregels openbaarmaking OPTA van 1 april 2009, *Stcrt* 2009, nr. 63, tevens gepubliceerd op www.opta.nl.

²¹ www.rechtspraak.nl, LJN:BO3468; AB 2010, 319 en JB 2010, 276.

Besluit Openbaar

Opdrachtnemers en adverteerders worden zo gewaarschuwd voor het feit dat zij hun verantwoordelijkheid dienen te nemen als het gaat om de naleving van de wettelijke regels en aan de feitelijke invulling daarvan effectief gevolg te geven. 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 de belangen van E.ON en L&H. Van overige belangen of omstandigheden, op grond waarvan zou moeten worden afgezien van publicatie, is het college niet gebleken.

11 Dictum

104. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit stelt vast dat E.ON en L&H beiden het negende en tiende lid in samenhang met het vijfde lid van artikel 11.7 van de Tw hebben overtreden doordat L&H in opdracht van E.ON in de periode van 20 november 2009 tot en met 13 januari 2010 25.541 abonnees heeft benaderd die ingeschreven stonden in het BMNR. Gedurende dezelfde periode heeft L&H bestanden gebruikt ten behoeve van ongevraagde communicatie waarin contactgegevens stonden van abonnees die zich aangemeld hadden bij het BMNR.

105. Op grond van het voorgaande legt het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit aan E.ON en L&H ieder afzonderlijk een boete op van € 175.000,-

Besluit Openbaar

106. De hierboven in randnummer 105 vastgestelde boetes dienen overeenkomstig het bepaalde in artikel 4:87, eerste lid, van de Awb binnen zes weken nadat de beschikking waarbij de boetes zijn opgelegd in werking is getreden, in euro's te worden betaald. Na het verstrijken van bovengenoemde termijn worden, overeenkomstig artikel 4:98, eerste lid, van de Awb, deze boetes vermeerderd met de wettelijke rente.

107. Dit besluit zal het college, met weglating van de namen van natuurlijke personen en van bedrijfsvertrouwelijke gegevens, publiceren op zijn website www.opta.nl.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,

w.g. mr. C.A. Fonteyn, Voorzitter van het college

*Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt bezwaar maken bij het College van de OPTA.
Het postadres is:*

*College van de OPTA
Postbus 90420
2509 LK Den Haag*

Het bezwaarschrift 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 bezwaar is gericht bevatten. Voorts moet het bezwaarschrift de gronden van het bezwaar bevatten.

Het college wijst u op de mogelijkheid die de Algemene wet bestuursrecht de indiener van een bezwaarschrift biedt, om in dat geschrift het college te verzoeken de bezwaarschriftenfase over te slaan. Indien het college uw verzoek inwilligt, zal uw bezwaarschrift worden doorgezonden naar de rechtbank en daar als beroepschrift worden behandeld. De procedure kan daardoor worden verkort. Indien het college uw verzoek niet inwilligt, staat tegen deze beslissing geen beroep open en zal uw bezwaarschrift door het college worden behandeld.