

Boetebeleidsregels Opta

30 november 2004/
OPTA/JUZ/2004/204117

Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA)

1 Inleiding

1.1 Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college of OPTA) is op grond van artikel 15.4, tweede lid, en artikel 15.4, vierde lid, j^o artikel 15.1, derde lid, van de Telecommunicatiewet¹ (hierna ook: Tw) bevoegd een boete op te leggen ter zake van een aantal overtredingen van de Telecommunicatiewet. De bevoegdheid van het college boetes op te leggen is een middel om naleving van de Telecommunicatiewet te bevorderen. De hoogte van de boete wordt ingevolge artikel 15.4, vijfde lid, Tw in ieder geval afgestemd op de ernst en de duur van de overtreding, alsmede op de mate waarin de overtreder daarvan een verwijt kan worden gemaakt.² Voorts dienen bij de vaststelling van de boete de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te worden genomen, zoals het gelijkheidsbeginsel³ en het evenredigheidsbeginsel⁴. Het opleggen van een (bestuurlijke) boete op grond van de Telecommunicatiewet is een punitieve sanctie. Een besluit omtrent het opleggen van een dergelijke boete valt daarmee onder het begrip 'criminal charge' in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden.⁵

1.2 Het OPTA-beleid inzake boetetoemeting is in ontwikkeling. Het college geeft met de onderhavige Boetebeleidsregels invulling aan zijn beleidsvrijheid ten aanzien van het vaststellen van de hoogte van boetes.⁶ Met de Boetebeleidsregels wordt inzicht verschaft in de factoren die de hoogte van de boete bepalen. Daarbij

staat voorop dat de hoogte van de boete in een redelijke verhouding dient te staan tot het beoogde doel in termen van preventie (afschrikwekkende werking). De hoogte van de boete dient derhalve toereikend te zijn om volgende overtredingen door dezelfde overtreder te voorkomen (speciale preventie) alsmede om potentiële overtreeders te weerhouden van nieuwe, soortgelijke overtredingen (generale preventie). Op dit punt geven de Boetebeleidsregels richting wat betreft de hoogte van de boete die overtreeders⁷ kunnen verwachten.

1.3 Vorenstaande laat onverlet dat in elke individuele situatie rekening wordt gehouden met de specifieke relevante omstandigheden van het geval, zoals recidive, de ernst van het feit, het berokkende nadeel of het behaalde voordeel.⁸ Om recht te kunnen doen aan deze specifieke omstandigheden van het individuele geval, zal steeds sprake dienen te blijven van een voldoende ruime discretionaire marge voor het college. De vaststelling van (de hoogte van) boetes blijft immers altijd maatwerk⁹. Het college kan dan ook in voorkomende gevallen van de Boetebeleidsregels afwijken, met name indien onverkorte toepassing ervan evident onbillijk gevolgen zou hebben.¹⁰

2 Systematiek van de Boetebeleidsregels

De Boetebeleidsregels hebben als wetelijk uitgangspunt dat de hoogte van de boete in ieder geval moet worden afgestemd op de elementen ernst en de duur van de overtreding, alsmede op de verwijtbaarheid van de overtreder. Die afstemming loopt in de boetebeleidsregels langs de volgende lijn.

De ernst van de overtreding wordt bepaald door eerst de zwaarte van de overtreding in abstracto te bepalen en daarna deze te bezien in het licht van de omgevingsfactoren (de economische context alsmede de bijzondere omstandigheden van het geval). Deze 'optelsom' bepaalt de definitieve kwalificatie van de overtreding: zeer ern-

stig, ernstig of minder ernstig. Het hoeft dus niet per se zo te zijn dat een overtreding die aanvankelijk als zwaar wordt aangemerkt (geabstraheerd van omgevingsfactoren) uiteindelijk ook de kwalificatie ernstig krijgt. Afhankelijk van die omgevingsfactoren kan dat ook de naast hogere (zeer ernstig) of lagere (minder ernstig) kwalificatie zijn. Aan elke kwalificatie is voorts een boetecategorie met een maximum boete verbonden. Binnen de bandbreedte per boetecategorie dient met inachtneming van de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder de hoogte van de boete te worden vastgesteld. Tot slot bepalen mogelijke boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden het uiteindelijke boetebedrag.

3 Ernst van de overtreding

3.1 De ernst van de overtreding wordt bepaald door eerst de zwaarte van de overtreding in abstracto vast te stellen en deze vervolgens te bezien in samenhang met de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden en met de concrete gevolgen van de overtreding.

Zwaarte van de overtreding

3.2 Bij de bepaling van de zwaarte van de overtreding strekken de doelstellingen van de Telecommunicatiewet¹¹, te weten het bevorderen van concurrentie, de ontwikkeling van de interne markt en het bevorderen van de belangen van eindgebruikers, tot uitgangspunt. Aan de hand van deze doelstellingen zijn de mogelijke overtredingen in abstracto in drie categorieën onder te verdelen: zeer zware, zware en minder zware overtredingen.¹²

I Zeer zware overtredingen

Zeer zware overtredingen zijn die overtredingen waarbij de concurrentie in aanzienlijke mate wordt belemmerd of overtredingen waarbij de belangen van eindgebruikers in aanzienlijke mate worden geschaad.¹³

Hierbij gaat het bijvoorbeeld om:

- Overtreding van de verplichting om eind- tot eindverbindingen tot stand te brengen en te waarborgen (*artikel 6.3, eerste lid, Tw jo. artikel 3, eerste lid, en artikel 4, eerste en tweede lid, Besluit interoperabiliteit*¹⁴);
- Overtreding van de verplichting om aan redelijke verzoeken tot toegang te voldoen (*artikel 6a.6, eerste lid, Tw alsmede artikel 6a.6, tweede en vierde lid, Tw voor zover door overtreding daarvan aan de in het eerste lid van artikel 6a.6 Tw genoemde verplichting om aan redelijke verzoeken tot toegang te voldoen niet wordt voldaan*);
- Overtreding van het non-discriminatiebeginsel (*artikel 6a.8 Tw; artikel 6a.12, aanhef en onder a, Tw*);
- Overtreding van de verplichting ervoor zorg te dragen dat voor abonnees van de aangewezen onderneming de voorzieningen beschikbaar zijn die het afnemen van carrier(voor)keuzediensten mogelijk maken (*artikel 6a.17, eerste lid, Tw*);
- Overtreding van de verplichting te voldoen aan een redelijk verzoek tot toegang in verband met het aanbieden van carrier(voor)keuzediensten (*artikel 6a.17, vierde lid, Tw*);
- Overtreding van de verplichting om bij interoperabiliteitsonderhandelingen verkregen informatie als bedrijfsvertrouwelijk te behandelen en slechts te gebruiken voor het doel waarvoor ze is verstrekt (*artikel 6.1, tweede lid, Tw*);
- Overtreding van de verplichting om aan redelijke verzoeken tot ontbundelde toegang en toegang tot bijhorende faciliteiten te voldoen (*artikel 3, tweede lid, EG Verordening ontbundelde toegang*¹⁵).

II Zware overtredingen

Zware overtredingen zijn overtredingen waardoor de concurrentie wordt belemmerd of de belangen van de eindgebruiker worden geschaad, maar niet in die (aanzienlijke) mate dat deze als zeer zware overtredingen kunnen worden aangemerkt.

Hierbij gaat het bijvoorbeeld om:

- Overtreding van de diverse verplichtingen die voortvloeien uit de in hoofdstuk 4 Tw genoemde voorschriften inzake nummerbeleid en nummerbeheer na te leven (*artikel 4.2, elfde lid, artikel 4.9, artikel 4.10,*

- zesde en zevende lid en artikel 4.11, derde lid, Tw*);
- Overtreding van de voorschriften met betrekking tot de wijze waarop onderhandelingen in het kader van interoperabiliteit moeten worden gevoerd (*artikel 6.1, derde lid, Tw*);
- Overtreding van de verplichting om informatie met betrekking tot bepaalde vormen van toegang bekend te maken (*artikel 6a.9, eerste lid, Tw*);
- Overtreding van de verplichting om eindgebruikersdiensten te ontbinden van andere diensten (*artikel 6a.12, aanhef en onder b, Tw*);
- Overtreding van de verplichting gegevens over te leggen in verband met de vereiste goedkeuring van de invoering van nieuwe of gewijzigde eindgebruikerstarieven (*artikel 6a.14, tweede en zevende lid, Tw*);
- Overtreding van de verplichtingen die strekken tot bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer (*artikel 11.2 Tw, artikel 11.3, eerste lid, en artikel 11.7 Tw*);
- Overtreding van de verplichting die er toe strekt gegevens te verstrekken of medewerking te verlenen in het kader van geschilbeslechting tussen marktpartijen (*artikel 12.4 Tw*);
- Overtreding van de medewerkingsplicht (*artikel 15.4, vierde lid, Tw jo. 5:20 Awb*¹⁶);
- Overtreding van de verplichting gevolg te geven aan een vordering tot het verstrekken van inlichtingen (*artikel 18.7 Tw*);
- Overtreding van de verplichtingen die zien op certificatie dienstverleners en (het op de markt brengen van) middelen voor het aanmaken van elektronische handtekeningen (*artikel 18.15 tot en met 18.18 Tw*).

III Minder zware overtredingen

Het gaat hierbij in de eerste plaats om overtredingen van verplichtingen waarbij in het algemeen de concurrentie in beperkte mate wordt belemmerd of de belangen van eindgebruikers in beperkte mate worden geschaad.

Het gaat hier bijvoorbeeld om:

- Overtreding van de verplichtingen met betrekking tot mededeling en registratie (*artikel 2.1 Tw*);
- Overtreding van de verplichting een aan het college verschuldigde bijdrage te betalen (*artikel 9.4, eerste lid, Tw*);

- Overtreding van de verplichtingen die strekken tot bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer behoudens voor zover het gaat om overtreding van de artikelen 11.2, 11.3 en 11.7 Tw (*artikel 11.4 Tw, artikel 11.5, eerste lid, Tw, artikel 11.6, eerste lid, Tw en artikel 11.9 Tw*);
- Overtreding van de diverse verplichtingen die voortvloeien uit de in hoofdstuk 18 Tw genoemde verdere bepalingen¹⁷ (*artikel 18.1 Tw, artikel 18.4 Tw, artikel 18.6 Tw en artikel 18.12 Tw*).

Economische context en feitelijk gevolgen van de overtreding

3.3 De vaststelling van de ernst van de overtreding is voorts in belangrijke mate afhankelijk van de economische omstandigheden in concreto, mede in het licht van de daadwerkelijke gevolgen van de overtreding. De ernst van de overtreding wordt aangegeven in drie gradaties: zeer ernstige, ernstige en minder ernstige overtredingen. Het zijn onder meer de volgende omstandigheden die in samenhang met de hiervoor vastgestelde zwaarte van de overtreding een rol kunnen spelen bij de uiteindelijke vaststelling van de ernst van de overtreding.

- De mate waarin de overtreding de concurrentie of de belangen van eindgebruikers *feitelijk* heeft geschaad¹⁸. Hierbij wordt rekening gehouden met de omvang van de markt waarin de overtreding heeft plaatsgevonden;
- In dit verband kunnen ook andere omstandigheden (mede) een rol spelen zoals de levensfase waarin de markt op het moment van de overtreding verkeerde of het aantal eindgebruikers dat door de overtreding is getroffen;
- De daadwerkelijke marktmacht¹⁹ van de overtreders om andere marktdeelnemers schade te berokkenen alsmede het aantal concurrenten;
- Andere omstandigheden zoals de aard van de betrokken diensten of producten;
- De onomkeerbaarheid van de gevolgen van de overtreding.

4 Boetecategorieën

4.1 De hoogte van de boete is afhankelijk van de ernst van de overtreding, zoals die is vastgesteld aan

hand van de onder 2 vermelde criteria en omstandigheden. Er kunnen drie boetecategorieën worden onderscheiden:

- 1) In geval van een minder ernstige overtreding bedraagt de hoogte van de boete maximaal € 100.000;
- 2) In geval van een ernstige overtreding bedraagt de hoogte van de boete maximaal € 300.000;
- 3) In geval van een zeer ernstige overtreding bedraagt de hoogte van de boete maximaal € 450.000 of, indien dat meer is, maximaal 10% van de relevante omzet.

4.2 Indien de omvang van de relevante omzet zodanig hoog is dat hantering van voornoemde boetecategorieën afbreuk doet aan het belang van een effectieve rechtshandhaving, kan het college bepalen dat wat betreft de hoogte van de boete de naasthogere boetecategorie geldt. Indien het gaat om een zeer ernstige overtreding is het boetemaximum ten hoogste € 450.000 of, als dat meer is, 10% van de relevante omzet. Onder relevante omzet wordt in deze Boetebeleidsregels verstaan de omzet van de desbetreffende onderneming in de elektronische communicatiesector in Nederland.²⁰

4.3 Het college kan bij het vaststellen van de boete buiten de grenzen van de hiervoor vermelde boetecategorieën treden in de onder 5 van deze Boetebeleidsregels genoemde omstandigheden.

5 De hoogte van de boete binnen de bandbreedte van de boetecategorie

5.1 Nadat het college aan de hand van de vorenstaande procedure de ernst van de overtreding en de bijbehorende boetecategorie heeft vastgesteld, wordt vervolgens het boetebedrag bepaald binnen de bandbreedte van de desbetreffende boetecategorie. De duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder bepalen de uiteindelijke hoogte van de boete binnen de bandbreedte van de boetecategorie.²¹

5.2 Het college legt geen boete op indien de overtreder aannemelijk maakt dat hem van de overtreding geen verwijt kan worden gemaakt.

6 Boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden

6.1 Het college kan bij de vaststelling van de boete boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden betrekken. De toepasselijkheid van een boeteverhogende of -verlagende omstandigheid kan leiden tot overschrijding van de bandbreedte van de toepasselijke boetecategorie in geval onverkorte handhaving van de boetemaxima onvoldoende recht doet aan het gewicht van de betrokken omstandigheid.

6.2 Als boeteverhogende omstandigheden kunnen onder meer in aanmerking worden genomen:

- De omstandigheid dat er sprake is van recidive door dezelfde onderneming ten aanzien van eenzelfde type overtreding;
- De omstandigheid dat de betrokken onderneming haar medewerking aan het onderzoek heeft geweigerd en/of het onderzoek anderszins heeft belemmerd;²²
- De omstandigheid dat door de verboden gedraging een aanzienlijk voordeel is verkregen dan wel schade is berokkend;

6.3 Als boeteverlagende omstandigheden kunnen onder meer in aanmerking worden genomen:

- De omstandigheid dat er sprake is van daadwerkelijke verdergaande medewerking aan het onderzoek van het college dan waartoe de betrokken onderneming wettelijk was gehouden;
- De omstandigheid dat de betrokken onderneming de overtredingen heeft beëindigd voor of bij de eerste bekendwording met het onderzoek van het college;
- De omstandigheid dat de betrokken onderneming uit eigen beweging derden, aan wie door de overtreding schade is berokkend, schadeloos heeft gesteld.

7 Aanpassing en herziening

7.1 Deze Boetebeleidsregels bevatten het OPTA-beleid inzake de vaststelling van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet, zoals thans in ontwikkeling. Het college behoudt zich uitdrukkelijk de mogelijkheid voor daarin wijzigingen aan

te brengen. Na toepassing van de Boetebeleidsregels in een voldoende aantal zaken zal zonedig aanpassing of herziening van de Boetebeleidsregels plaatsvinden.

7.2 De Boetebeleidsregels treden in werking met ingang van de dag na publicatie ervan in de Nederlandse Staatscourant.

Aldus besloten te 's-Gravenhage op 17 november 2004.

Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit, namens het college,
J.C. Arnbak, voorzitter.

¹ Stb. 1998, 610, laatstelijk gewijzigd bij de wet van 22 april 2004, Stb. 2004, 189.

² Vgl. uitspraak Rechtbank Rotterdam van 26 november 2002 inzake SEP versus d-g NMa, paragraaf 2.3.4: 'Daarnaast kan en moet rekening worden gehouden met een groot aantal factoren die naar aard en belang kunnen verschillen, afhankelijk van de soort overtreding en de (bijzondere) omstandigheden van het geval.'

³ Op grond van het gelijkheidsbeginsel (artikel 1 Grondwet) dienen gelijke gevallen op een gelijke wijze te worden behandeld.

⁴ Ingevolge artikel 3:4, tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht ('Awb') mogen de voor één of meer belanghebbenden nadelige gevolgen van een besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

⁵ Vgl. Uitspraak Rechtbank Rotterdam van 26 november 2002 inzake SEP versus d-g NMa, paragraaf 2.3.2.

⁶ De vraag of al dan niet een boete dient te worden opgelegd, valt buiten het bereik van deze Boetebeleidsregels evenals vragen betreffende het opleggen van een last onder dwangsom.

⁷ Een overtreder kan zowel een onderneming als een natuurlijke persoon zijn.

⁸ In principe zal de financiële positie van de overtreder geen rol spelen bij het vaststellen van de hoogte van de boete (TK 1996/97, 25 533, nr. 3, p.129).

⁹ Vgl. uitspraak Rechtbank Rotterdam van 26 november 2002 inzake SEP versus d-g NMa, paragraaf 2.3.4.

¹⁰ Zie in dit verband ook ook artikel 5.4.1.7 van de Aanvulling van de Algemene wet bestuursrecht (Vierde tranche Algemene wet bestuursrecht), TK 2003/04, 29 702, nr. 2, p.16.

¹¹ Artikel 1.3, eerste lid, Tw.

¹² De per categorie opgesomde overtredingen zijn niet limitatief bedoeld.

¹³ Het gaat in beginsel om overtreding van de verplichtingen waaraan ondernemingen die zijn aangevoerd als aanbieder die over aanmerkelijke marktmacht beschikt, moeten voldoen (TK 2002/03, 28 851, nr.13, p.23).

¹⁴ Besluit van 7 mei 2004, houdende regels met betrekking tot interoperabiliteit van openbare elektronische communicatiediensten, toegang tot de Europese telefoonnummersruimte en landsgrensoverschrijdende toegang tot niet-geografische nummers, Staatsblad 2004, 205.

¹⁵ Verordening (EG) Nr. 2887/2000 van het Europees parlement en de Raad van 18 december 2000 inzake ontbundelde toegang tot het aansluitnetwerk, PbEG L 336/4 van 30 december 2000.

¹⁶ Artikel 5:20, eerste lid, Awb luidt: 'Een ieder is verplicht aan een toezichthouder binnen de door hem gestelde redelijke termijn alle medewerking te verlenen die deze redelijkerwijs kan vorderen bij de uitoefening van zijn bevoegdheden.'

¹⁷ Behoudens voor zover het gaat om overtreding van de verplichting om gevolg te geven aan een vordering tot het verstrekken van inlichtingen op grond van artikel 18.7 Tw en overtreding van de bepalingen die zien op certificatie dienstverleners en (het op de markt brengen van) middelen voor het aanmaken voor elektronische handtekening op grond van voortvloeiende uit artikel 18.15 tot en met 18.18 Tw.

¹⁸ Hieronder ook te verstaan de extra kosten voor concurrenten of eindgebruikers.

¹⁹ Omvang en omzet van de onderneming die de overtreder drijft.

²⁰ Afbakening van de omzet tot die van – kort gezegd – de elektronische communicatiesector, zal bijvoorbeeld kunnen geschieden aan de hand van de jaarstukken van de onderneming over het afgelopen boekjaar (TK 2002/03, 28 851, nr.13, p.23).

²¹ Het algemene uitgangspunt dat de boete zodanig hoog moet zijn dat zij overtreders van een volgende overtreding kan weerhouden alsmede potentiële overtreders kan afschrikken, geldt hier onverkort.

²² Het bepaalde laat de rechten van verdediging die een overtreder toekomen, uiteraard onverlet.