

# Boetebeleidsregels OPTA

*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<sup>o</sup> artikel 15.1, derde lid, van de Telecommunicatiewet<sup>1</sup> (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.<sup>2</sup> Voorts dienen bij de vaststelling van de boete de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in acht te worden genomen, zoals het gelijkheidsbeginsel<sup>3</sup> en het evenredigheidsbeginsel<sup>4</sup>. 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<sup>5</sup>.

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<sup>6</sup>. 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 (afschrikwe-

kende 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). Op dit punt geven de Boetebeleidsregels richting wat betreft de hoogte van de boete die overtreders<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup> 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 maatwerk<sup>9</sup>. Het college kan dan ook in voorkomende gevallen van de Boetebeleidsregels afwijken, met name indien onverkorte toepassing ervan evident onbillijke gevolgen zou hebben.<sup>10</sup>

## 2. Systematiek van de Boetebeleidsregels

De Boetebeleidsregels hebben als wettelijk 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 ernstig, 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.

### I. Zwaarte van de overtreding

3.2. Bij de bepaling van de zwaarte van de overtreding strekken de doelstellingen van de Telecommunicatiewet<sup>11</sup>, 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.<sup>12</sup>

#### *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.<sup>13</sup>

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<sup>14</sup>);

- 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<sup>15</sup>).

## 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 ontbundelen 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 en artikel 11.3, eerste lid);
- 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<sup>16</sup>);
- 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 en 11.3 Tw (artikel 11.4 Tw, artikel 11.5, eerste lid, Tw, artikel 11.6,

eerste lid, Tw, artikel 11.7 Tw<sup>17</sup> en artikel 11.9 Tw);

- Overtreding van de diverse verplichtingen die voortvloeien uit de in hoofdstuk 18 Tw genoemde verdere bepalingen<sup>18</sup> (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 geschaad<sup>19</sup>. 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 marktmacht<sup>20</sup> van de overtreeders 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 over-

trekking 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 hanterring 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.<sup>21</sup>

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.<sup>22</sup>

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;<sup>23</sup>
- 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.

7.3. De Boetebeleidsregels OPTA, Stcrt. 2004, nr. 234, p. 18, worden ingetrokken.

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

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

<sup>2</sup> 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.'

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

<sup>4</sup> 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.

<sup>5</sup> Vgl. Uitspraak Rechtbank Rotterdam van 26 november 2002 inzake SEP versus d-g NMA, paragraaf 2.3.2.

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> Een overtreder kan zowel een onderneming als een natuurlijke persoon zijn.

<sup>8</sup> 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).

<sup>9</sup> Vgl. uitspraak Rechtbank Rotterdam van 26 november 2002 inzake SEP versus d-g NMA, paragraaf 2.3.4.

<sup>10</sup> Zie in dit verband 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.

<sup>11</sup> Artikel 1.3.eerste lid, Tw.

<sup>12</sup> De per categorie opgesomde overtredingen zijn niet limitatief bedoeld.

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

<sup>14</sup> 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, Stb. 2004, 205.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> 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.*

<sup>17</sup> Voor artikel 11.7 Tw, het spamverbod, geldt een specifiek uitgewerkt boetebeleid dat tezamen met het handhavingsbeleid in dezen is vervat in bijlage 1 bij deze beleidsregels.

<sup>18</sup> 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 voortvloeien uit artikel 18.15 tot en met 18.18 Tw.

<sup>19</sup> Hieronder ook te verstaan de extra kosten voor concurrenten of eindgebruikers.

<sup>20</sup> Omvang en omzet van de onderneming die de overtreder drijft.

<sup>21</sup> 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).

<sup>22</sup> Het algemene uitgangspunt dat de boete zodanig hoog moet zijn dat zij overtredders van een volgende overtreding kan weerhouden alsmede potentiële overtredders kan afschrikken, geldt hier onverkort.

<sup>23</sup> Het bepaalde laat de rechten van verdediging die een overtreder toekomen, uiteraard onverlet.

## **Bijlage bij boetebeleidsregels OPTA: Boetebeleid en handhavingsbeleid spam**

### **1. Inleiding**

1.1. De Telecommunicatiewet geeft het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) de bevoegdheid om op te treden tegen spam. Klachten over spam kunnen via de website [www.spamklacht.nl](http://www.spamklacht.nl) bij het college worden gemeld.

1.2. Het college formuleert in het onderhavige document zijn specifieke boetebeleid voor overtredingen van het spamverbod en geeft invulling aan zijn handhavingsbeleid in dezen. Deze bewerking van het vigerende beleid geeft ook structuur aan de uitvoering van de handhaving van het spamverbod en neemt willekeur weg.

1.3. Dit beleid wordt extern bekendgemaakt als bijlage bij de Boetebeleidsregels OPTA<sup>1</sup>. Waar in deze bijlage wordt gesproken van ernstige of minder ernstige overtredingen, is dat binnen het kader van de categorie 'minder zware overtredingen' van de Boetebeleidsregels OPTA, waarin de overtreding van artikel 11.7 in eerste instantie is geplaast.

1.4. Het college kan niet op basis van iedere melding handhavend optreden. Met de beleidsregels handhaving spam verschaft het college inzicht in de criteria op basis waarvan hij besluit tot het treffen van handhavende maatregelen.

1.5. Tevens geeft het college met deze beleidsnota invulling aan zijn beleidsvrijheid ten aanzien van de keuze voor een bepaald handhavingsmiddel.

1.6. In elke individuele situatie wordt rekening gehouden met de specifieke omstandigheden van het betreffende geval. Een besluit om over te gaan tot handhaving en de keuze voor het handhavingsmiddel daarbij, is immers altijd maatwerk.

### **2. Wettelijk kader**

2.1. Op grond van artikel 11.7, eerste lid van de Tw is *'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, indien de desbetref-*

*fende abonnee daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend'*.

2.2. Artikel 11.7, derde lid van de Tw bepaalt dat *'bij het gebruik van elektronische berichten voor de in het eerste lid genoemde doeleinden dienen te allen tijde de volgende gegevens te worden vermeld:*

*a. de werkelijke identiteit van degene namens wie de communicatie wordt overgebracht, en*

*b. een geldig postadres of nummer waaraan de ontvanger een verzoek tot beëindiging van dergelijke berichten kan richten'.*

2.3. Volgens het tweede lid van artikel 11.7, van de Tw mag *'een ieder die elektronische contactgegevens voor elektronische berichten heeft verkregen in het kader van de verkoop van zijn product of dienst [mag] deze gegevens gebruiken voor het overbrengen van communicatie voor commerciële doeleinden met betrekking tot eigen gelijksoortige producten of diensten, mits bij de verkrijging van de contactgegevens aan de klant duidelijk en uitdrukkelijk de gelegenheid is geboden om kosteloos en op gemakkelijke wijze verzet aan te tekenen tegen het gebruik van de elektronische contactgegevens, en, indien de klant hiervan geen gebruik heeft gemaakt, hem bij elke overgebrachte communicatie de mogelijkheid wordt geboden om onder dezelfde voorwaarden verzet aan te tekenen tegen het verdere gebruik van zijn elektronische contactgegevens ...'*.

2.4. Het college is op grond van artikel 15.1, derde lid, van de Tw bevoegd toe te zien op de naleving van artikel 11.7 van de Tw.

2.5. Op grond van artikel 15.2, tweede lid juncto artikel 15.1, derde lid en artikel 15.4, vierde lid juncto artikel 15.1, derde lid, van de Tw, is het college bevoegd om handhavingsmaatregelen te nemen.

### **3. Criteria prioriteitstelling handhaving**

3.1. Het college is bevoegd om bij overtreding van artikel 11.7 van de Tw handhavend op te treden. Wegens de grote aantallen klachten over spam en de beperkte handhavingscapaciteit, kan het college niet op basis van iedere individuele klacht handhavend optreden. De beperkte capaciteit die voor handhaving van spam beschikbaar is, dwingt het college tot het maken van keuzes. Bij het bepalen

van zijn prioriteiten, laat het college zich leiden door de ernst van de overtreding.

3.2. Het college vult de ernst van de overtreding in op basis van de volgende criteria:

a. aantallen klachten  
b. herhaalde overtreding  
c. meerdere overtredingen  
d. de bijzondere schadelijkheid van het bericht volgens eindgebruikers  
e. veroorzaakte schade door het bericht volgens Internet service providers (ISP's) en/of hostingproviders  
f. veroorzaakte schade door het bericht aan eindgebruikers

g. aantallen verstuurd berichten

3.2.a. Hoe meer klachten het college over een bepaald spambericht ontvangt, hoe groter de aanleiding is voor het college om ten aanzien van dat betreffende spambericht handhavend op te treden.

3.2.b. Indien blijkt dat een verzender van spam al eerder artikel 11.7 heeft overtreden, zal dit voor het college eerder aanleiding zijn om tegen deze verzender handhavend op te treden, ook al zou hiertoe op basis van het aantal verzonden spamberichten minder aanleiding toe bestaan. Dit geldt ook wanneer de verzender een bekende spammer uit het verleden blijkt te zijn.

3.2.c. Als het college constateert dat een verzender meerdere leden van artikel 11.7 van de Tw overtreedt, zal dit voor het college sneller aanleiding zijn om over te gaan tot handhavend optreden. Indien bij het verhullen van de identiteit meer geavanceerde methoden zijn gebruikt, zoals verzending via zombiecomputers, is dit ook een verzwarende factor.

3.2.d. Indien uit de klachten blijkt dat veel eindgebruikers in bijzondere mate een bericht schadelijk achten, zal dit voor het college eerder aanleiding zijn om tegen de verzender van dit bericht handhavend op te treden. Het college benadrukt dat het hierbij gaat om de indruk die is ontstaan bij de eindgebruiker. Het college zal de inhoud van een spambericht niet zelf beoordelen. Eén van de doelstellingen van de Tw is het bevorderen van de belangen van eindgebruikers. De belangen van eindgebruikers worden geschaad als zij aanstoot nemen aan een spambericht. Indien eindgebruikers aanstoot nemen aan spamberichten, tast dit het vertrouwen aan dat zij hebben in elektronische communicatie. Daarmee wordt

de werking van de elektronische communicatiemarkt aangetast.

3.2.e. Door een groot aantal berichten via bijvoorbeeld internet te versturen, kan schade ontstaan voor ISP's en/of hostingproviders. Dit gebeurt bijvoorbeeld doordat berichten die niet afgeleverd kunnen worden bij de geadresseerde, terugkomen bij de ISP of hostingprovider, het zgn. 'bouncen' van berichten. Ook de veroorzaakte schade door de berichten kan daarom aanleiding zijn voor het college om over te gaan tot handhavend optreden. Dit kan ook worden uitgedrukt door de beroering die een bepaalde spamverzending heeft veroorzaakt, bijvoorbeeld in de media.

3.2.f. Het verstuurd bericht kan door zijn omvang schade veroorzaken voor de eindgebruiker. De omvang van bericht kan er bijvoorbeeld voor zorgen dat de postbus van de eindgebruiker zijn limiet sneller bereikt. De omvang van het bericht kan er ook voor zorgen dat de eindgebruiker langer 'on line' is dan hij wenst omdat het spambericht binnengehaald moet worden. Ook hiermee wordt de werking van de elektronische communicatiemarkt aangetast. Dit kan voor het college aanleiding zijn eerder over te gaan tot handhaving van het spamverbod, ook al zouden de aantallen ontvangen klachten daartoe minder aanleiding geven. In feite wordt met de gronden d, e en f de maatschappelijke schade meegenomen in de overwegingen.

3.2.g. De aantallen verzonden berichten kunnen eveneens aanleiding zijn om het spamverbod te handhaven. Als vast te stellen is dat een groot aantal berichten is verstuurd, dan is het aannemelijk dat de werking van de elektronische communicatiemarkt is verstoord en zal er meer aanleiding zijn om over te gaan tot handhavend optreden.

3.3. De voorgaande criteria zijn niet cumulatief. Er hoeft niet aan alle genoemde criteria te zijn voldaan voordat het college zal overgaan tot handhaving. Wel zal het college de criteria in onderlinge samenhang bezien. Het college zal meer aanleiding zien om over te gaan tot handhavend optreden wanneer aan meerdere van de genoemde criteria is voldaan.

#### **4. Keuze voor handhavingsmiddelen**

4.1. Indien het college een overtreding van de Tw constateert, kan hij handhavend optreden. Het college beschikt hiertoe over de bestuurlijke handhavingsmiddelen bestuursdwang, de last onder dwangsom en de boete.

Daarnaast kan het college in voorkomende gevallen besluiten niet over te gaan tot het opleggen van een bestuurlijke sanctie, maar te volstaan met het geven van een waarschuwing.

4.2. Bij het handhavend optreden in het kader van spam, ligt het opleggen van bestuursdwang of een last onder dwangsom minder voor de hand dan het geven van een waarschuwing of het opleggen van een boete.

Bestuursdwang en een last onder dwangsom zijn reparatoire sancties. Dat betekent dat de sanctie gericht is op het beëindigen van een met de wet strijdige situatie. Omdat in het geval van spam de overtreding op het moment van opleggen van de sanctie over het algemeen beëindigd is, is een reparatoire sanctie minder toepasselijk.

4.3. Als het college een overtreding van artikel 11.7 van de Tw heeft geconstateerd, gaat hij, indien hij over het betreffende bericht klachten heeft ontvangen, maar er geen sprake is van een ernstige overtreding, in beginsel over tot het geven van een waarschuwing.

4.4. Met een waarschuwing wordt de betreffende verzender gewezen op de overtreding waarvan hij verdacht wordt. Tevens geeft het college aan op welke wijze ongevraagde berichten wel mogen worden verzonden. Het college kan hierbij wijzen op de door VNO NCW opgestelde gedragscode.<sup>2</sup>

4.5. Het college doet onderzoek naar de mogelijkheid van het opleggen van een boete als er sprake lijkt te zijn van ernstige overtredingen van artikel 11.7 Tw. Voor de beoordeling daarvan hanteert het college de criteria, genoemd onder 3.2.

#### **5. Vaststelling hoogte boete**

5.1. Deze paragraaf vormt een aanvulling op de Boetebeleidsregels Opta<sup>3</sup> voor overtredingen van artikel 11.7 Tw. In dat algemene beleid worden deze overtredingen ingeschaald als minder zware overtredingen.<sup>4</sup> Bij de vaststelling van de hoogte van de boete is het voor het college essentieel

dat spammen niet lonend mag zijn. In geval van spam is het echter moeilijk vast te stellen wat de hoogte is van het geldelijk voordeel dat de materiële verzender van de spamberichten heeft genoten. Daarnaast speelt de toegebrachte schade een rol. Het college relateert de hoogte van de boete dan ook aan de ernst van de overtreding. De criteria die het college hanteert om de ernst van de overtreding te bepalen, zijn in paragraaf 3.2. vermeld.

5.2. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete kan naast de reguliere boeteverhogende of verlagende omstandigheden rekening worden gehouden met de persoon van de overtreder. In het bijzonder diens vermogenpositie en diens bekendheid als spammer kunnen een rol een spelen. Met betrekking tot de vermogenpositie geldt wel dat het college hier niet ambtshalve onderzoek naar doet. Indien deze omstandigheid relevant is, zal dit door de overtreder zelf moeten worden aangetoond.

5.4. In geval van overtreding van meer dan één enkel lid van artikel 11.7 van de Tw, kan het college meer dan één boete opleggen van maximaal € 100.000.

5.5. Indien het met de overtredingen verkregen voordeel of de veroorzaakte schade hiertoe aanleiding geeft, kan de overtreding in afwijking van de Beleidsregels boetetoemeting worden aangemerkt als een zeer zware overtreding, waarvoor de boete maximaal € 450.000 bedraagt.

#### **6. Relatie met andere handhavingsinstanties**

6.1. Het versturen van ongewenste berichten is ook op grond van andere wetgeving niet toegestaan. Dit betekent dat ter zake van dezelfde gedraging meer instanties bevoegd zijn om handhavend op te treden.

6.2. Uit de definitie van een spambericht vloeit voort dat het bericht aan eindgebruikers wordt gestuurd zonder dat die hiervoor toestemming hebben verleend. Het gebruiken van persoonsgegevens (zoals een e-mailadres) zonder toestemming van de rechthebbende is een overtreding van de Wet bescherming persoonsgegevens, op grond waarvan het College bescherming persoonsgegevens bevoegd is om op te treden.

6.3. Wanneer is een spambericht geadverteerd wordt met gestolen waar of

---

met illegale kopieën, dan is de FIOD/ECD op grond van de Wet economische delicten bevoegd om op te treden.

6.4. In overleg met deze en eventuele andere bevoegde handhavingsinstanties bepaalt het college of hij in een concreet geval optreedt. Dit is onder meer afhankelijk van het feitencomplex in het concrete geval, de beschikbare handhavingscapaciteit bij de betrokken instanties evenals van bestaande samenwerkingsafspraken op dit terrein.

6.5. Indien ook strafrechtelijke vervolging kan plaatsvinden, kan het college voorafgaand aan het volgen van de boeteprocedure overleggen met het relevante parket bij het Openbaar Ministerie. In beginsel zal er geen sprake zijn van het verbod op dubbele vervolging ('ne bis in idem'), omdat het gaat om verschillende gedragingen die een overtreding zijn.

## **7. Inherente afwijkingsbevoegdheid**

7.1. Het college kan in bijzondere omstandigheden van dit beleid afwijken.

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

<sup>1</sup> Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet, *Stert.* 2005, nr. 145, p. 10.

<sup>2</sup> VNO-NCW heeft een gedragscode ontwikkeld, die erop moet zien dat bedrijven op juiste wijze hun direct marketing doen of laten doen. Aansluiting bij een dergelijke gedragscode en naleving ervan kan een reden zijn om in een bepaalde situatie slechts een waarschuwing te geven.

<sup>3</sup> Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet, *Stert.* 2005, nr.145, p. 10.

<sup>4</sup> De maximale boete bedraagt voor deze categorie € 100.000, zo volgt uit paragraaf 4.1 van de Boetebeleidsregels OPTA.