

Besluit

Openbaar

BOETEBELEIDSREGELS OPTA

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

Leeswijzer

De Boetebeleidsregels OPTA zijn als volgt opgebouwd:

1. Inleiding
2. Systematiek van de Boetebeleidsregels
3. Ernst van de overtreding
4. Vaststelling van de hoogte van de boete in geval van een overtreding in de zin van artikel 15.4, vierde lid, Tw
5. Vaststelling van de hoogte van de boete in geval van een overtreding in de zin van artikel 15.4, tweede lid, Tw
6. Overige bepalingen met betrekking tot de oplegging van een boete
7. Boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden
8. Aanpassing en herziening

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° 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 vrijheden⁵.

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.

Besluit

Openbaar

1.2. Het college geeft met de onderhavige Boetebeleidsregels naar zijn huidige inzichten invulling aan zijn beleidsvrijheid ten aanzien van het vaststellen van de hoogte van boetes⁶. 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 overtreders⁷ te weerhouden van nieuwe, soortgelijke overtredingen (generale preventie)⁸. Op dit punt geven de Boetebeleidsregels richting wat betreft de hoogte van de boete die overtreders kunnen verwachten.

1.3. De Telecommunicatiewet schrijft voor aan welke regels en verplichtingen ondertoezichtgestelden zich dienen te houden. Daarnaast heeft het college zijn uitgangspunten voor toezicht en handhaving neergelegd in het beleidsdocument "Visie op toezicht & handhaving"⁹. Daarin brengt het college onder andere tot uitdrukking dat voor een goede naleving van de Telecommunicatiewet het van belang is dat ondertoezichtgestelden hun interne organisatie, voor zover van toepassing, zodanig inrichten dat de naleving van deze regels en verplichtingen wordt bevorderd en geborgd, ook wel aangeduid met de term *Compliance*¹⁰. Bij het bepalen van de hoogte van de boete in geval van een overtreding van de Telecommunicatiewet kan OPTA mede rekening houden met het al dan niet aanwezig zijn van een effectief compliance-programma binnen een organisatie, in die zin dat dit als een boeteverlagende of -verhogende omstandigheid kan worden meegewogen¹¹.

1.4. 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. 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 maatwerk¹². Het college kan dan ook in voorkomende gevallen van de Boetebeleidsregels afwijken, met name indien onverkorte toepassing ervan evident onbillijke gevolgen zou hebben.¹³

2. Systematiek van de Boetebeleidsregels

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 De Tw hanteert verschillende begrippen: 'overtreder', 'onderneming' en 'rechtspersoon'. In deze boetebeleidsregels worden al deze begrippen gevat onder het verzamelbegrip 'overtreder'. Waar nodig zal van hiervoor aangeduide meer specifieke begrippen gebruik worden gemaakt.

⁸ Het is in dit verband staand beleid van het college dat boetebesluiten openbaar worden gemaakt door ze algemeen verkrijgbaar te stellen middels integrale publicatie van de tekst van de openbare versie van zijn boetebesluiten op de website van OPTA (zie www.opta.nl). Dit openbaarmakingsbeleid draagt naar het oordeel van het college bij aan de doelstelling van generaal preventie en is derhalve bevorderlijk voor eerbiediging van de regelgeving.

⁹ Zie de website van OPTA (www.opta.nl).

¹⁰ In dit verband wordt gesproken van een compliance-programma's of nalevingsregeling. In deze Boetebeleidsregels wordt verder gesproken van compliance-programma's.

¹¹ Zie hierna paragraaf 7.

¹² Vgl. uitspraak Rechtbank Rotterdam van 26 november 2002 inzake SEP versus d-g NMa, paragraaf 2.3.4.

¹³ 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.

Besluit

Openbaar

2.1. 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 overtreder¹⁴. Die afstemming loopt in de boetebeleidsregels langs de volgende lijn.

2.2 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.

2.3. Het college hanteert in navolging van de systematiek van de wet bij de uiteindelijke vaststelling van de hoogte van de boete twee verschillende systematieken.

2.4. De eerste systematiek ziet op overtredingen in de zin van artikel 15.4, vierde lid, Tw¹⁵. Dit betreft alle overtredingen, ongeacht de aard van de overtreder¹⁶, die niet onder de werking van artikel 15.4, tweede lid, Tw vallen. Het boeteplafond voor dergelijke overtredingen is te allen tijde gefixeerd op € 450 000 per overtreding. Deze systematiek wordt hierna in paragraaf 4 nader uitgewerkt.

2.5. De tweede systematiek ziet op overtredingen in de zin van artikel 15.4, tweede lid, Tw¹⁷. Dit betreft overtredingen die alleen kunnen worden begaan door een onderneming¹⁸ met aanmerkelijke marktmacht.¹⁹ Het boeteplafond voor dergelijke overtredingen is variabel en bedraagt maximaal € 450 000 per overtreding, of, indien dat meer is, 10% van de relevante omzet van de onderneming in Nederland²⁰. Ten aanzien van deze overtredingen geldt een afwijkende systematiek voor zover het betreft de bepaling van de hoogte van de boete. Deze systematiek wordt hierna in paragraaf 5 nader

¹⁴ Zie artikel 15.4, vijfde lid, Tw.

¹⁵ Artikel 15.4, vierde lid, Tw luidt: "Ingeval van overtreding van de bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde voorschriften, niet zijnde de voorschriften, bedoeld in het tweede lid, alsmede van artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht, kan het college aan de overtreder een boete opleggen van ten hoogste € 450 000."

¹⁶ Een overtreder kan zowel een rechtspersoon zijn als een natuurlijke persoon, al dan niet handelend in de uitoefening van een bedrijf.

¹⁷ Artikel 15.4, tweede lid, Tw luidt: "Het college kan aan een onderneming een boete opleggen van ten hoogste € 450 000, of, indien dat meer is, 10% van de relevante omzet van de onderneming in Nederland, ingeval van:

a. overtreding van de bij of krachtens hoofdstuk 6a gestelde voorschriften, met uitzondering van artikel 6a.20;

b. overtreding van een op grond van artikel 12.2 genomen besluit, voor zover de overtreding geschiedt door een onderneming die beschikt over een aanmerkelijke marktmacht en betrekking heeft op een bij of krachtens hoofdstuk 6a gesteld voorschrift, met uitzondering van artikel 6a.20."

¹⁸ Het begrip onderneming sluit aan bij het communautaire (en nationale) mededingingsrecht en omvat elke eenheid die economische activiteit uitoefent, ongeacht de rechtsvorm van deze eenheid en de wijze van financiering en omvat tevens natuurlijke personen die economische activiteiten uitoefenen.

¹⁹ Deze systematiek sluit aan bij de systematiek die de Raad van Bestuur van de NMa hanteert bij de vaststelling van de hoogte van de boete ter zake van overtredingen van artikel 24 Mw (misbruik economische machtspositie).

²⁰ Onder relevante omzet wordt in deze Boetebeleidsregels verstaan de omzet van de desbetreffende onderneming in de elektronische communicatiesector in Nederland. 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).

Besluit

Openbaar

uitgewerkt.

2.6. In beide systematieken 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 alsmede de bijzondere omstandigheden van het geval.

Zwaarte van de overtreding

3.2. Bij de bepaling van de zwaarte van de overtreding strekken de doelstellingen van de Telecommunicatiewet²¹, 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.²²

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.²³

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* j° *artikel 3, eerste lid, en artikel 4, eerste en tweede lid, Besluit interoperabiliteit*²⁴);
- 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*);

²¹ Artikel 1.3, eerste lid, Tw.

²² De per categorie opgesomde overtredingen zijn niet limitatief bedoeld.

²³ 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).

²⁴ 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.

Besluit

Openbaar

- Overtreding van de verplichtingen met betrekking tot eindgebruikerstarieven en/of de daaraan door het college verbonden nadere voorschriften die nodig zijn voor een goede uitvoering van die verplichtingen (*artikel 6a.13 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 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*);

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 van de Telecommunicatiewet 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 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 j° 5:20 Awb²⁵*);
- 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 certificatedienstverleners en (het op de markt brengen

²⁵ 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.

Besluit

Openbaar

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 Tw²⁶, artikel 11.9 Tw en artikel 4.1 BUDE²⁷*);
- Overtreding van de diverse verplichtingen die voortvloeien uit de in Hoofdstuk 18 van de Telecommunicatiewet genoemde verdere bepalingen²⁸ (*artikel 18.1 Tw, artikel 18.4 Tw, artikel 18.6 Tw en artikel 18.12 Tw*).

Economische context en de bijzondere omstandigheden van het geval

3.3. De vaststelling van de ernst van de overtreding is voorts afhankelijk van de economische context in concreto²⁹ alsmede de bijzondere omstandigheden van het geval. 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 mogelijk 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 geschaad³⁰. Hierbij wordt, voor zover van toepassing, 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

²⁶ 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.

²⁷ Dit artikel bevat het verbod op (het verspreiden van) ongewenste software. Zie Besluit van 7 mei 2004, houdende regels met betrekking tot universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen (Besluit universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen), Stb. 2004, 203.

²⁸ 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 van elektronische handtekening op grond van voortvloeien uit de artikelen 18.15 tot en met 18.18 Tw.

²⁹ In geval van overtreding van formele regels zal de economische context vaak geen of een geringe rol van betekenis spelen. Zie paragraaf 3.4 van de onderhavige Boetebeleidsregels.

³⁰ Hieronder ook te verstaan de extra kosten voor concurrenten of eindgebruikers.

Besluit

Openbaar

de markt op het moment van de overtreding verkeerde of het aantal eindgebruikers dat door de overtreding is getroffen;

- De daadwerkelijke marktmacht³¹ 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;
- In principe zal de financiële positie van de overtreder geen rol spelen bij het vaststellen van de hoogte van de boete;³²
- De omstandigheid dat door de verboden gedraging een aanzienlijk voordeel is verkregen dan wel schade is berokkend.

3.4. De ernst van overtredingen van formele bepalingen uit de Telecommunicatiewet³³ wordt mede bepaald door de mate waarin door de gedraging waarmee de wettelijke bepaling is overtreden de met die bepaling te beschermen belangen worden geschaad. Het gaat immers in eerste instantie om overtredingen die de kerntaak van de toezichthouder raken en niet direct de concurrentieverhoudingen of de belangen van eindgebruikers. Formele overtredingen belemmeren of verhinderen adequaat toezicht waardoor handhaving van de materiële normen wordt bemoeilijkt. Het college zal bij de vaststelling van de hoogte van de boete in geval van formele overtredingen die het onderzoek hebben verhinderd of onmogelijk gemaakt in beginsel het boetemaximum van de betreffende boetecategorie als uitgangspunt nemen.

4. Vaststelling van de hoogte van de boete in geval van een overtreding in de zin van artikel 15.4, vierde lid, Tw

Ten aanzien van deze overtredingen is aan elke kwalificatie van de overtreding 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.

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 paragraaf 3.3 vermelde criteria en omstandigheden. Er kunnen drie boetecategorieën worden onderscheiden:

³¹ Omvang en omzet van de onderneming die de overtreder drijft.

³² Zie TK 1996/97, 255 33, nr.3, p.129. In bijzondere omstandigheden kan de financiële draagkracht van de overtreder wel een rol spelen bij de vaststelling van de hoogte van de boete omdat deze moet voldoen aan de eis dat de nadelige gevolgen proportioneel zijn met de met het besluit te dienen doelen. Zo zal het opleggen van een boete niet het faillissement van een levensvatbare onderneming waarschijnlijk mogen maken (Vgl. MvT Mw, Kamerstukken II 1995/96, 24 707, nr. 3, p. 88).

³³ Bijvoorbeeld overtreding van de medewerkingsplicht (artikel 15.4, vierde lid, Tw j° 5:20 Awb) of overtreding van de inlichtingenplicht (artikel 18.7 Tw).

Besluit

Openbaar

- 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 € 450.000.³⁴

4.2. Het college kan bij het vaststellen van de boete, met inachtneming van het wettelijk boetemaximum, buiten de grenzen van de hiervoor vermelde boetecategorieën treden in de onder paragraaf 7 van deze Boetebeleidsregels genoemde omstandigheden.

De hoogte van de boete binnen de bandbreedte van de boetecategorie

4.3. 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.³⁵

5. Vaststelling van de hoogte van de boete in geval van een overtreding in de zin van artikel 15.4, tweede lid, Tw

5.1. In afwijking van het onder paragraaf 4 bepaalde wordt het boetebedrag vastgesteld met toepassing van de volgende systematiek.

De boete wordt vastgesteld volgens de formule:

Boetegrondslag x ernstfactor + verhoging/verlaging voor bijkomende omstandigheden

5.2. De boete wordt gebaseerd op de betrokken omzet van de onderneming.³⁶ Onder betrokken omzet wordt verstaan de waarde van alle transacties, die door de onderneming tijdens de totale duur van de overtreding is behaald met de verkoop van goederen en/of levering van diensten³⁷ waarop de

³⁴ Het boetemaximum van 10% van de relevante omzet geldt slechts voor overtreding van de bij of krachtens hoofdstuk 6a gestelde voorschriften, met uitzondering van artikel 6a.20 Tw en voor overtreding van een op grond van artikel 12.2 Tw genomen besluit, voor zover de overtreding geschiedt door een onderneming die beschikt over een aanmerkelijke marktmacht en betrekking heeft op een bij of krachtens hoofdstuk 6a gesteld voorschrift, met uitzondering van artikel 6a.20.

³⁵ Het algemene uitgangspunt dat de boete zodanig hoog moet zijn dat zij overtreeders van een volgende overtreding kan weerhouden alsmede potentiële overtreeders kan afschrikken, geldt hier onverkort.

³⁶ Het college kan van de betrokken omzet een schatting maken, bijvoorbeeld, indien deze niet op basis van de verstrekte informatie kan worden bepaald.

³⁷ Met inbegrip van het aanbieden van diensten. Het begrip "dienst" wordt in het kader van deze Boetebeleidsregels als volgt gedefinieerd: het wholesale- of retailaanbod dat door een AMM-partij aan een (potentiële) afnemer wordt gedaan of reeds door een bestaande afnemer wordt afgenomen. Diensten onderscheiden zich van elkaar indien deze de afnemer een andere toegevoegde waarde bieden. Deze toegevoegde waarde wordt daarbij bepaald door functionaliteit, prijs, tariefstructuur, kwaliteit en/of leveringsvoorwaarden. Bij een aanbod met verschillende keuzemogelijkheden kan iedere combinatie van keuzes een

Besluit

Openbaar

overtreding betrekking heeft³⁸. In de betrokken omzet komt de weerslag op de economie die de overtreding mogelijk kan hebben tot uitdrukking, waaronder het in het algemeen met de overtreding mogelijk te behalen voordeel voor de overtreder(s). Daarnaast wordt de boetegrondslag hoger naarmate de duur en de omvang van de bij de overtreding betrokken economische activiteiten toeneemt en daarmee bedoelde (potentiële) economische weerslag van de overtreding. Dit alles draagt bij aan de beoogde preventieve dan wel afschrikwekkende werking. Het college hanteert een boetegrondslag van 10% van de betrokken omzet van de desbetreffende onderneming. Afhankelijk van de ernst van de overtreding wordt de boetegrondslag vermenigvuldigd met een factor.

5.3. De betrokken omzet kan niet in alle gevallen op basis van het bepaalde in paragraaf 5.2 worden vastgesteld. Dit kan zich onder meer voordoen wanneer sprake is van een gedraging, gericht op bescherming van een (dominante) marktpositie, die bestaat uit het niet-uitvoeren van bepaalde transacties of een afwerings- of liquidatie-actie. In bedoelde gevallen kan de omzet van de onderneming op de te beschermen markt gedurende de periode van de overtreding, doch voor ten minste de duur van een jaar, als betrokken omzet worden aangemerkt.

5.4. Het college hanteert een boetegrondslag van 10% van de betrokken omzet van de desbetreffende onderneming.

5.5 In afwijking van het hiervoor in de paragrafen 5.1 tot en met 5.4 bepaalde wordt de boete, rekening houdend met de ernst en duur van de overtreding, gebaseerd op de relevante omzet, indien naar het oordeel van het college ten aanzien van de overtreding de betrokken omzet in de hiervoor bedoelde zin niet kan worden bepaald.

5.6. Afhankelijk van de ernst van de overtreding als bedoeld in de paragraaf 3.3 wordt de boetegrondslag vermenigvuldigd met een factor.

- Bij een minder ernstige overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde van ten hoogste 1;
 - Bij een ernstige overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde van ten hoogste 2;
 - Bij een zeer ernstige overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde tussen 1,5 en 3.
- Bij een zeer ernstige overtreding kan de boete derhalve – nog afgezien van boeteverhogende omstandigheden (zie hierna paragraaf 7) en het bepaalde in paragraaf 5.3 – oplopen tot 30% van de betrokken omzet.

5.7. De in paragraaf 5.6 gehanteerde bandbreedten maken het mogelijk de boete te differentiëren naar gelang de ernst van de overtreding.

5.8. 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. Onder relevante

aparte dienst vormen.

³⁸ De betrokken omzet is kleiner dan of gelijk aan de relevante omzet. Zie artikel 15.4, achtste lid, aanhef en onder c, Tw. De op te leggen boete zal echter nimmer het wettelijk boetemaximum van 10 % van de relevante omzet kunnen overstijgen.

Besluit

Openbaar

omzet wordt in deze Boetebeleidsregels verstaan de omzet van de desbetreffende onderneming in de elektronische communicatiesector in Nederland.³⁹

5.9. Gezien de economische context als bedoeld in paragraaf 3.3, kan het in een bepaald geval geëigend zijn om een hogere rekenfactor toe te kennen aan een gedraging die getypeerd wordt als een ernstige overtreding, dan aan een gedraging welke getypeerd wordt als een zeer ernstige overtreding. De in paragraaf 5.5 gehanteerde bandbreedten laten een dergelijke benadering toe.

5.10. Uit het oogpunt van de gewenste preventieve werking kan het verkregen resultaat worden aangepast in verband met het gewicht van de onderneming, uitgedrukt in de totale omzet van deze onderneming in Nederland in het jaar voorafgaand aan het opmaken van het rapport als bedoeld in artikel 15.8 Tw.⁴⁰ Dit kan leiden tot een verveelvoudiging van het resultaat, dat op basis van de betrokken omzet en de factor vastgesteld op basis van het bepaalde in paragrafen 5.4 en 5.5 wordt bereikt.

6. Overige bepalingen met betrekking tot de oplegging van een boete

6.1. Indien een rapport meerdere overtredingen betreft, kan het college – in plaats van elke overtreding afzonderlijk te beboeten – een boete opleggen voor het geheel van deze overtredingen.

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

7. Boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden

7.1. 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.

7.2. Als boeteverhogende omstandigheden kunnen onder meer in aanmerking worden genomen:

³⁹ Artikel 15.4, achtste lid, Tw bepaalt dat als relevante omzet wordt aangemerkt de omzet van de onderneming: a. in het boekjaar voorafgaande aan de beschikking, bedoeld in artikel 15.10 Tw; b. berekend op de voet van artikel 377, zesde lid, van boek 2 van het Burgerlijk Wetboek voor de netto-omzet en c. voor zover betrekking hebbend op de omzet die de desbetreffende onderneming had bij het aanbieden van openbare elektronische communicatienetwerken, openbare elektronische communicatiediensten en bijbehorende faciliteiten. 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).

⁴⁰ De netto-(jaar)omzet wordt in artikel 2:377, zesde lid, Burgerlijk Wetboek, gedefinieerd als de opbrengst uit levering van goederen en diensten uit het bedrijf van de rechtspersoon, onder aftrek van kortingen en dergelijke en van over de omzet geheven belastingen.

Besluit

Openbaar

- De omstandigheid dat er sprake is van recidive door dezelfde overtreder ten aanzien van eenzelfde type overtreding;
- De omstandigheid dat de overtreder zijn medewerking aan het onderzoek heeft geweigerd en/of het onderzoek anderszins heeft belemmerd;⁴¹
- De omstandigheid dat er sprake is van een overtreding door een overtreder, die heeft aangegeven te beschikken over een effectieve compliance organisatie met een goed werkend compliance-programma, maar waarvan aannemelijk is dat dit compliance-programma weliswaar is opgezet, maar niet of onvoldoende is geïmplementeerd dan wel niet of onvoldoende in de praktijk is toegepast⁴² en derhalve niet (in voldoende mate) effectief is.⁴³

7.3. 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 overtreder wettelijk was gehouden;
- De omstandigheid dat de overtreder de overtredingen uit eigen beweging heeft beëindigd voor of bij de eerste bekendwording met het onderzoek van het college. Hierbij komt meer gewicht toe aan het uit eigen beweging beëindigen van de overtreding voordat OPTA het onderzoek is begonnen dan nadat het onderzoek is gestart;
- De omstandigheid dat de overtreder uit eigen beweging derden, aan wie door de overtreding schade is berokkend, schadeloos heeft gesteld;
- De omstandigheid dat er sprake is van een overtreding die door de overtreder zelf is gesignaleerd, zelf op eigen initiatief bij OPTA is gemeld en zelf uit eigen beweging onverwijld is beëindigd⁴⁴.

8. Aanpassing en herziening

8.1. Deze Boetebeleidsregels bevatten het OPTA-beleid inzake de vaststelling van boetes ingevolge artikel 15.4 Tw. Het college behoudt zich uitdrukkelijk de mogelijkheid voor daarin wijzigingen aan te brengen. Toepassing van de Boetebeleidsregels in de praktijk en voortschrijdende inzichten zullen zo nodig tot aanpassing of herziening ervan aanleiding kunnen geven.

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

⁴¹ Het bepaalde laat de rechten van verdediging die een overtreder toekomen, uiteraard onverlet.

⁴² Deze aanpak past binnen de visie van het college (zoals neergelegd in het beleidsdocument "Visie op toezicht & handhaving"), waarbij het college in beginsel vertrouwen heeft in en geeft aan de partijen die onder toezicht staan. Indien echter blijkt dat dit vertrouwen door een partij die onder toezicht staat wordt beschaamd, bijvoorbeeld door een compliance-programma als een zogenoemde 'window-dressing' te gebruiken, treedt het college hard op. Dit betekent dat het college in zo'n geval in staat wordt gesteld een hogere boete op te leggen. Dit is in lijn met de politieke visie op high trust, waarbij uitgangspunt is dat harder gestraft moet worden bij beschaamd vertrouwen.

⁴³ Zie: Europese Commissie, zaak IV/F-2/33.708, British Sugar plc, 14 oktober 1998 (PB L76, 22/03/1999); GvEA, gevoegde zaken T-202/98, T-204/98 en T-207/98, 12 juli 2001 (PB C 3, 05/01/2002) en HvJ, zaak C-359/01 P, 29 april 2004 (PB C 118, 30/04/2004).

⁴⁴ Het college wijst er nadrukkelijk op dat de aanwezigheid bij de overtreder van een effectieve compliance organisatie met een goed werkend compliance-programma bevorderlijk kan zijn voor de toepasselijkheid van deze omstandigheid.

Besluit

Openbaar

8.3. De Boetebeleidsregels OPTA, Staatscourant 29 juli 2005, nr. 145 p. 10, worden ingetrokken.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,

(w.g.)

mr. C.A. Fonteijn, voorzitter