

NOTENKRAKER

Perikelen bij bestuurlijke boetes

CBb 2 februari 2010, Tele2/OPTA, LJN BL5463*

E.C. Pietermaat

1 Inleiding

OPTA is belast met de handhaving van het bepaalde in de Telecommunicatiewet (Tw). Daarvoor heeft OPTA onder meer de bevoegdheid bestuurlijke boetes op te leggen. Hoofdstuk 15 Tw bevat nadere regels met betrekking tot de wijze waarop OPTA bij het opleggen van boetes te werk moet gaan. Een deel van die regels is met de inwerkingtreding van de Vierde tranche van de Algemene wet bestuursrecht (Awb) op 1 juli 2009 komen te vervallen. In plaats daarvan gelden nu de regels van die Vierde tranche Awb. Het betreft met name regels van procedurele aard die beogen rechtsbescherming te bieden.

Een voor de rechtsbescherming belangrijke bepaling is dat het bestuursorgaan voordat het een boete oplegt een rapport kan opstellen (art. 5:48 Awb). Tot 1 juli 2009 was OPTA op grond van artikel 15.8 Tw zelfs verplicht een boeterapport op te stellen. In het rapport, dat door toezichthoudende ambtenaren wordt opgesteld, moeten in ieder geval worden vermeld (1) de feiten en omstandigheden op grond waarvan is vastgesteld dat een overtreding is begaan, (2) waar en wanneer de feiten zich hebben voorgedaan en (3) het overtreden wettelijke voorschrift. Degene die van een overtreding wordt verdacht, wordt in de gelegenheid gesteld schriftelijke en/of mondeling zijn zienswijze op het rapport te geven (hoor en wederhoor). Met inachtneming van die zienswijze bepaalt het college van OPTA vervolgens of al dan niet een boete wordt opgelegd.

Behalve het recht van hoor en wederhoor vormen voorts het zwijgrecht en de cautie belangrijke rechtswaarborgen. Artikel 5:10a Awb bepaalt dat degene die wordt verhoord met het oog op het aan hem opleggen van een bestraffende sanctie, niet verplicht is ten behoeve daarvan verklaringen omtrent de overtreding af te leggen (zwijgrecht). Uit artikel 5:10a lid 2 Awb volgt dat voor het verhoor aan de betrokkene wordt medegedeeld dat hij niet verplicht is tot antwoorden (cautie). Tot 1 juli 2009 regelde artikel 15.6 Tw de het zwijgrecht en de cautie.

De onderhavige uitspraak is van belang, omdat het CBb ingaat op twee voor de boetepraktijk belangrijke vragen. Dat is in de eerste plaats de vraag naar de precieze betekenis van het boeterapport. Is het bestuursorgaan bij het opleggen van

* Elisabeth Pietermaat treedt regelmatig op voor OPTA. Bij de onderhavige zaak was zij evenwel niet betrokken.

de boete gebonden aan de grenzen van het boeterapport of bestaat er nog ruimte daarvan af te wijken? In de tweede plaats gaat het CBb in op de vraag wanneer OPTA een verdachte moet wijzen op het zwijgrecht en hem de cautie moet geven.

2 De casus

Een van de taken van OPTA is het toekennen van telefoonnummers (art. 4.2 lid 1 Tw). Er zijn diverse nummerreeksen waaruit OPTA telefoonnummers kan toekennen. Een van die nummerreeksen is de zogenoemde 18xy-reeks. Door een telefoonnummer uit de 18xy-reeks te kiezen, kunnen van particulieren en bedrijven telefoonnummers worden opgevraagd. Ook Tele2 heeft een 18xy-nummer toegerekend gekregen. Op 2 april 2007 heeft een van de concurrenten van Tele2, Vodafone, bij OPTA een klacht ingediend tegen Tele2. De klacht hield in dat Tele2 zonder haar toestemming het nummer 1800 van Vodafone uit de 18xy-reeks doorschakelde naar de abonnee-informatiedienst van Tele2. Het zonder toestemming van de rechthebbende doorschakelen van een telefoonnummer uit de 18xy-reeks naar de eigen abonnee-informatiedienst, levert een overtreding van artikel 4.2 lid 11 Tw op.

Uit de uitspraak blijkt dat niet, maar raadpleging van het boetebesluit leert dat direct daarna intensief contact is geweest tussen OPTA en Tele2 waarbij OPTA Tele2 diverse keren, ook via lasten onder dwangsom, heeft gesommeerd de doorschakeling naar de eigen abonnee-informatiedienst te beëindigen. Nadat Tele2 de overtredingen heeft beëindigd, heeft OPTA haar onderzoek voortgezet. De focus lag daarbij niet meer op de beëindiging van de overtreding, maar op de vraag of al dan niet een boete moest worden opgelegd. In dat kader heeft OPTA Tele2 bij brief van 7 mei 2007 gevraagd in welke periode oproepen naar de verschillende nummers uit de 18xy-reeks doorgeschakeld werden naar de abonnee-informatiedienst van Tele2 en hoeveel oproepen deze periode daadwerkelijk zijn ontvangen.

Op 4 september 2007 hebben de toezichthoudend ambtenaren een boeterapport opgesteld. In het rapport hebben zij geconstateerd dat Tele2 in de periode van 2 april tot 12 april 2007 telefonisch oproepen voor 28 telefoonnummers uit de 18xy-reeks heeft doorgeschakeld naar haar eigen abonnee-informatiedienst. Vervolgens heeft het college bij besluit van 21 november 2007 Tele2 daarvoor een boete van € 200.000 opgelegd. In het boetebesluit wordt Tele2 beboet voor het doorschakelen van 49 telefoonnummers uit de 18xy-reeks. De tegen het besluit van 21 november 2007 gerichte bezwaren heeft OPTA bij besluit van 5 maart 2008 ongegrond verklaard.

In de daarop volgende beroepsprocedure heeft Tele2 zich op het standpunt gesteld dat het boetebesluit niet kan worden gedragen door het boeterapport. Tele2 baseert dat standpunt op de omstandigheid dat OPTA in het boetebesluit heeft gesteld dat Tele2 in strijd met artikel 4.2 lid 11 Tw 49 nummers heeft doorgeschakeld, terwijl het onderzoeksrapport uitgaat van 28 nummers. Tele2 voert

E.C. Pietermaat

voorts aan dat OPTA haar ten onrechte niet op het zwijgrecht heeft gewezen en haar de cautie had moeten geven.

3 Belangrijkste overwegingen van het CBb

Ten aanzien van het standpunt van Tele2 over de omvang van het boeterapport in relatie tot het boetebesluit overweegt het CBb het volgende:

‘Naar het oordeel van het College is deze handelwijze van OPTA in strijd met het in artikel 15.10, tweede lid, Tw in verbinding met artikel 15.8, eerste en tweede lid, Tw neergelegde stelsel van regels, waaruit volgt dat een boetebeschikking geen betrekking in uitbreidende zin kan hebben op overtredingen, die niet reeds ondubbelzinnig en eenduidig als zodanig zijn geconstateerd in het aan een dergelijke beschikking ten grondslag gelegde rapport als bedoeld in artikel 15.8 Tw. Het College volgt OPTA niet in haar betoog dat de in randnummer 39 van het onderzoeksrapport opgenomen, door OPTA als onvolledig gekenschetste, vermelding van de overtreding berust op een kennelijke vergissing en dat Tele2 daardoor niet in haar belangen is geschaad omdat het voor Tele2 op grond van de beschrijving in het onderzoeksrapport van de relevante feiten ten aanzien van alle 49 18xy nummers, van meet af aan duidelijk moet zijn geweest dat de geconstateerde overtreding was gebaseerd op het gebruik van deze 49 18xy-nummers. Mede gelet op de eisen van artikel 6 EVRM, die hun weerslag vinden in het bepaalde in artikel 15.8, derde en vierde lid, Tw, mag het rapport als bedoeld in artikel 15.8 Tw er voor de belanghebbende die ervan wordt beschuldigd een met een strafrechtelijke sanctie bedreigde overtreding te hebben begaan, geen enkele twijfel over laten bestaan welke overtreding die belanghebbende volgens OPTA precies heeft begaan en op grond van welke feiten en omstandigheden dit is vastgesteld. Nu het onderzoeksrapport blijkens het vorenstaande niet aan deze eis voldoet, kan OPTA zich niet met vrucht tegen grief 1 verweren met de stelling dat Tele2 door genoemde handelwijze niet in haar belangen is geschaad.’

Met betrekking tot het zwijgrecht en de cautie heeft het CBb het volgende overwogen:

‘Naar het oordeel van het College kan Tele2 worden gevolgd in haar betoog dat OPTA bij de vordering van inlichtingen op grond van artikel 18.7 Tw bij brief van 7 mei 2007 ten onrechte niet de cautie heeft gegeven. Uit de feiten, vermeld in de hiervoor genoemde verklaring van 6 april 2007, leidt het College af dat de toezichthoudende ambtenaren die waren betrokken bij het in artikel 15.5 Tw bedoelde onderzoek, een redelijk vermoeden hebben gehad dat Tele2 een overtreding had begaan. Gelet op de aard van de bij genoemde brief van 7 mei 2007 van Tele2 gevorderde inlichtingen en het gegeven dat de op 6 april 2007 door OPTA geconstateerde feiten met betrekking tot 28 18xy-nummers in deze brief zijn vermeld, acht het College voorts aannemelijk dat

die vordering is gedaan in het kader van een op eventuele bestraffing van Tele2 gericht onderzoek naar de ernst van de overtreding. Gelet op artikel 15.6 Tw (oud) bestond er derhalve aan de zijde van Tele2 geen verplichting om een verklaring ter zake af te leggen.

Naar het oordeel van het College heeft OPTA in strijd met het bepaalde in de tweede volzin van artikel 15.6 Tw (oud) nagelaten Tele2 hiervan bij de brief van 7 mei 2007 in kennis te stellen. Weliswaar schrijft die bepaling slechts voor dat de cautie moet worden gegeven voordat mondeling om informatie wordt gevraagd, maar naar het oordeel van het College dient dit voorschrift aldus te worden verstaan dat de natuurlijke persoon of rechtspersoon ten aanzien van wie sprake is van de in de eerste volzin van voormeld artikel genoemde situatie onder omstandigheden eveneens op het zwijgrecht dient te worden gewezen voordat de betrokkenen schriftelijk om informatie wordt gevraagd. Het College is van oordeel dat dergelijke omstandigheden hier aan de orde zijn, nu Tele2 ingevolge artikel 18.7, tweede lid, Tw verplicht was de door OPTA bij brief van 7 mei 2007 op grond van artikel 18.7, eerste lid, Tw gevorderde inlichtingen te geven en bijgevolg moet worden aangenomen dat van deze vordering op Tele2 een dermate grote druk uitging om schriftelijk een verklaring af te leggen dat Tele2 zich bevond in een situatie die materieel kon worden gelijkgesteld aan een verhoor, gericht op het mondeling verkrijgen van informatie.'

4 Analyse

Boeterapport versus boetebesluit

In de memorie van toelichting (*Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 151*) van de Vierde tranche Awb wordt ingegaan op de rol van het boeterapport. Volgens de wetgever bepaalt het boeterapport de buitengrens van het geschil. Het boetebesluit kan uitsluitend betrekking hebben op overtredingen waarvan een rapport is opgemaakt.

'Het rapport of proces-verbaal speelt in het vervolg van de procedure een belangrijke rol. Het zal veelal één van de belangrijkste bewijsmiddelen zijn. Het verschaft de overtreder voorts belangrijke informatie over hetgeen waartegen hij zich moet verweren. Het rapport of proces-verbaal vormt daarbij de "buitengrens": de verdere procedure kan uitsluitend betrekking hebben op overtredingen waarvan een rapport of proces-verbaal is opgemaakt, maar hoeft geenszins betrekking te hebben op alle overtredingen waarvan rapport of proces-verbaal is opgemaakt.'

Op het eerste gezicht lijkt de onderhavige uitspraak van het CBb in lijn te zijn met de bedoeling van de wetgever. Het boeterapport had slechts betrekking op 28 telefoonnummers. Daarmee is de buitengrens bepaald en gaat het niet aan dat OPTA in het boetebesluit de geconstateerde overtreding tot 49 nummers uitbreidt. Toch kan de vraag worden gesteld of het CBb niet verder gaat dan hetgeen

E.C. Pietermaat

de wetgever voor ogen staat. Uit de hiervoor geciteerde passage uit de wetsgeschiedenis volgt dat het boetebesluit alleen betrekking kan hebben op overtredingen die in het boetebesluit worden genoemd. De vraag is nu wat als overtreding als hier bedoeld moet worden aangemerkt. Het CBb lijkt ervan uit te gaan dat de doorschakeling van elk afzonderlijk telefoonnummer uit de 18xy-reeks als afzonderlijke overtreding moet worden beschouwd. Maar zou het CBb niet evengoed het zonder toestemming doorschakelen van nummers uit de 18xy-reeks als de overtreding waarvoor de boete was opgelegd, hebben kunnen aanmerken? In die redenering zou het voldoende zijn geweest indien in het boeterapport die overtreding als zodanig was gekwalificeerd, maar zou er voor OPTA nog ruimte zijn in het boetebesluit de omvang van de overtreding vast te stellen (te weten: het aantal gevallen waarin de overtreding heeft plaatsgevonden). In een wat oudere uitspraak van de Rechtbank Rotterdam (5 december 2006, LJN BA8924) lijkt die benadering te zijn gevolgd:

‘Met betrekking tot het standpunt van eiseres dat haar in het rapport een ander verwijt is gemaakt dan in de beide besluiten, heeft verweerder terecht verwezen naar de uitspraak van 17 november 2004 van het College van Beroep voor het bedrijfsleven (CBb, LJN: AR3064) waarin het CBb heeft geoordeeld dat de bij de opstelling van een rapport gemaakte keuzes niet definitief en onomkeerbaar de inhoud van het daarop volgende besluit afgrenzen. Binnen het eiseres gemaakte verwijt, overtreding van artikel 95m van de E-wet, bestaat ruimte om de overtreding qua reikwijdte en frequentie te kwalificeren. In de besluiten is slechts een eindkwalificatie gegeven van het in het rapport gemaakte verwijt.’

Cautie

Tijdens de parlementaire behandeling van het wetsvoorstel Vierde tranche Awb is discussie gevoerd over de vraag op welk moment de cautie moet worden gegeven. Uit de memorie van toelichting (*Kamerstukken II 2003/04, 29 702, nr. 3, p. 98-99*) volgt dat de cautie in beginsel alleen in geval van een mondelinge ondervraging hoeft te worden gegeven. In uitzonderingssituaties moet de cautie ook worden gegeven indien schriftelijk om inlichtingen wordt gevraagd.

‘De plicht om de cautie te geven geldt indien sprake is van een verhoor. Een verhoor is een mondelinge ondervraging met het oog op het opleggen van een bestraffende sanctie. De achtergrond van de cautieplicht is immers het ervaringsgegeven, dat van een mondelinge ondervraging een zekere psychische druk om te antwoorden kan uitgaan. De cautie wil voorkomen, dat de onderhavige ondervraagde onder deze druk verklaringen aflegt, waarvan niet meer kan worden gezegd dat zij in vrijheid zijn afgelegd.

Van schriftelijke vragen gaat, door het ontbreken van de directe confrontatie met de ondervraagde, veel minder druk om te antwoorden uit. Bij schriftelijke vragen is als regel geen sprake van een verhoor en behoeft dus geen cautie te worden gegeven. Het is slechts anders indien in bijzondere omstandig-

heden van een schriftelijk vraag zodanige druk om te antwoorden zou uitgaan, dat materieel sprake is van een verhoor.’

Volgens het CBb ging van de informatievordering van 7 mei 2007 een dermate grote druk uit om een schriftelijke verklaring af te leggen dat Tele2 zich bevond in een situatie die materieel kon worden gelijkgesteld aan een mondeling verhoor. Het CBb wijst daarbij op artikel 18.7 lid 2 Tw op grond waarvan Tele2 verplicht is door OPTA gevorderde inlichtingen te geven.

De vraag is of het CBb hier niet te veel doorschiet bij het verlenen van rechtsbescherming aan Tele2. Op 7 mei 2007 was het voor Tele2 al volstrekt duidelijk dat OPTA haar verdacht van overtreding van artikel 4.2 lid 11 Tw. Het informatieverzoek van die datum volgde immers op lasten onder dwangsom die OPTA Tele2 al ter zake van dezelfde overtredingen had opgelegd. Ook uit de aard van de informatie waarom door OPTA werd gevraagd, moet het voor Tele2 volstrekt helder zijn geweest dat zij werd verdacht van een overtreding. Tele2 is een professionele onderneming die bekend mag worden verondersteld met het (toen nog) in artikel 15.6 Tw neergelegde zwijgrecht, waarvoor de in artikel 18.7 lid 2 Tw vervatte verplichting moet wijken. Het lijkt daarom betwistbaar dat van de brief van 7 mei 2007 een zodanige druk op Tele2 uitging dat zij zich materieel bevond in een situatie die gelijk kan worden gesteld aan een mondeling verhoor.

Voor de praktijk lijkt de uitspraak van het CBb te betekenen dat OPTA telkens wanneer zij in het kader van een boeteonderzoek schriftelijk om inlichtingen verzoekt, de betrokken onderneming de cautie moet geven. Vanuit het perspectief van de rechtsbescherming valt daar wel iets voor te zeggen, maar die rechtsbescherming gaat dan wel verder dan de wetgever van de Vierde tranche Awb voor ogen staat.