

Besluit

Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/ACNB/2010/200960

Zaaknummer: 09.0203.37.1.01

Datum: 23 maart 2010

BESLUIT van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit inzake het bezwaarschrift van T-Mobile Netherlands BV tegen zijn besluit van 16 november 2009, waarin het college aan T-Mobile Netherlands BV een boete heeft opgelegd.

1 Samenvatting

1. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) heeft op 16 november 2009 een boete opgelegd aan T-Mobile Netherlands BV (hierna: T-Mobile) wegens overtreding van artikel 3.2a van de Regeling universele dienstverlening en eindgebruikersbelangen (hierna: Rude). De overtreding bestond er uit dat T-Mobile Netherlands BV, in strijd met de verplichting van artikel 3.2a, eerste lid, Rude voorafgaand aan een oproep niet het integrale tarief voor een oproep naar betaalde informatienummers in haar tariefmelding vermeldde.
2. Tegen dit besluit heeft T-Mobile op 22 december 2009 bezwaar gemaakt. Het college verklaart het bezwaar van T-Mobile niet-ontvankelijk omdat T-Mobile de gronden van haar bezwaar na afloop van de daarvoor gestelde termijn heeft ingediend.

2 Verloop van de procedure

3. Op 1 juli 2008 is de Rude gewijzigd.¹ Deze wijziging riep verplichtingen in het leven voor aanbieders van openbare elektronische communicatiediensten, nummergebruikers en nummerhouders ten aanzien van de transparantie omtrent de tarieven voor het bellen naar bepaalde betaalde informatienummers. Naar aanleiding deze wijziging heeft het college gesprekken gevoerd met onder meer T-Mobile over de reikwijdte en de handhaving van de herziene bepalingen in het Rude. Daarbij is stilgestaan bij de naleving van de bepalingen die betrekking hebben op de tarieftransparantie waaronder de verplichte tariefmelding voorafgaand aan een oproep naar betaalde informatienummers.² Verder heeft het college aanbieders per brief geïnformeerd over het toezicht op en de handhaving van de bepalingen omtrent de transparantiebepalingen, waaronder artikel 3.2a Rude.³ Het college heeft vervolgens T-Mobile op 2 oktober 2008 op de hoogte gesteld van zijn vaststelling dat T-Mobile handelde in strijd met het bepaalde in artikel 3.2a Rude.⁴

¹ *Stct.* 2008, nr. 110, p. 8.

² Zie randnummer 5 van het primaire besluit.

³ Brief van 29 september 2009, kenmerk OPTA/ACNB/2008/202183.

⁴ Brief van 2 oktober 2008, kenmerk OPTA/ACNB/2008/202208. T-Mobile stelt deze brief eerst op 23 oktober 2008 te hebben ontvangen.

Besluit

Openbaar

4. Nadat er tussen het college en T-Mobile op verschillende wijze contact is geweest, heeft het college op 20 november 2008 een vooraankondiging gedaan van een last onder dwangsom.⁵ Nadat T-Mobile haar zienswijzen had ingebracht over deze vooraankondiging en heeft aangegeven per 2 december 2008 de overtreding te zullen beëindigen, heeft het college op 1 december 2008 aan T-Mobile een last onder dwangsom opgelegd. In deze last draagt het college T-Mobile op de overtreding van artikel 3.2a, eerste lid, onder a, Rude te beëindigen. De begunstigingstermijn waarbinnen T-Mobile de overtreding dient te beëindigen, liep af op 2 januari 2009 (vier weken na de datum van voornoemd besluit). De hoogte van de last is vastgesteld op € 56.000 voor iedere dag na afloop van de begunstigingstermijn waarop T-Mobile niet aan de last voldoet met een maximum van € 5.600.000.
5. T-Mobile heeft de overtreding op 2 december 2008 beëindigd. Op 9 januari 2009 heeft T-Mobile bezwaar gemaakt tegen de aan haar opgelegde last onder dwangsom. Dit bezwaar heeft T-Mobile op 11 februari 2009 ingetrokken.
6. Vervolgens is op 31 augustus 2009 is ten aanzien van T-Mobile een rapport in de zin van artikel 15.8 Telecommunicatiewet (hierna: Tw en het onderzoeksrapport) opgemaakt door een toezichthoudend ambtenaar van het college. Dit onderzoeksrapport is bij brief van dezelfde datum aan T-Mobile opgestuurd.⁶
7. Bij brief van 1 september 2009 heeft het college T-Mobile uitgenodigd haar zienswijze op het onderzoeksrapport mondeling toe te lichten in een hoorzitting.⁷ T-Mobile heeft van deze gelegenheid gebruik gemaakt op 12 oktober 2009. Op 22 november 2009 heeft het college besloten om aan T-Mobile een boete op te leggen van € 30.000,-.⁸
8. Tegen dit besluit heeft T-Mobile op 22 december 2009 bezwaar gemaakt. Bij brief van 24 december 2009 heeft het college de ontvangst van dit bezwaar bevestigd en tevens T-Mobile de gelegenheid gegeven het verzuim (dat bestond uit het ontbreken van de gronden van het bezwaar) te herstellen vóór 21 januari 2010.⁹ Het college heeft daarbij aangegeven dat wanneer T-Mobile van deze gelegenheid geen gebruik maakt, het bezwaar niet-ontvankelijk wordt verklaard. Bij brief van 26 januari 2010 heeft het college T-Mobile uitgenodigd om haar zienswijzen mondeling toe te lichten in een hoorzitting ten kantore van het college.
9. Op 21 januari 2010 heeft een medewerker van het college telefonisch contact opgenomen met de gemachtigde van T-Mobile. Bij brief van 21 januari 2010 (ingekomen bij het college op dezelfde

⁵ Kenmerk OPTA/ACNB/2008/202686.

⁶ Kenmerk OPTA/ACNB/2009/202335.

⁷ Kenmerk OPTA/ACNB/2009/202348.

⁸ Kenmerk OPTA/ACNB/2009/203242.

⁹ Kenmerk OPTA/ACNB/2009/203768.

Besluit

Openbaar

datum) heeft de gemachtigde de gronden van het bezwaar ingediend.

10. Op een hoorzitting op 15 februari 2010 ten kantore van het college heeft T-Mobile haar bezwaren mondeling toegelicht.

3 Bestreden besluit

11. In het bestreden besluit heeft het college aan T-Mobile een boete opgelegd van € 30.000,- wegens overtreding van artikel 3.2a Rude. Deze overtreding bestond er uit dat T-Mobile in de periode van 1 oktober 2008 tot 2 december 2008 voorafgaand aan oproepen naar betaalde informatienummers vanaf een mobiele prepaid aansluiting niet het integrale tarief meldde.
12. T-Mobile hanteerde gedurende die periode drie verschillende meldteksten die zij liet horen aan bellers van een mobiele prepaid aansluiting die een oproep plaatsten naar betaalde informatienummers, waarmee T-Mobile invulling gaf aan de verplichting van artikel 3.2a Rude, eerste lid, tot het doen van een tariefmelding. Van belang in dit verband is dat volgens de wetgever als uitgangspunt voor artikel 3.2a Rude geldt dat voorafgaand aan een oproep naar een betaald informatienummer het integrale tarief moet worden gemeld dat in rekening wordt gebracht. T-Mobile hanteerde voor het bellen naar een betaald informatienummer vanaf een mobiele prepaid aansluiting een vast tarief van € 1,10 per minuut. In geen van de drie meldteksten die T-Mobile in de periode 2 oktober 2008 tot 2 december 2008 hanteerde, werd dit integrale tarief gemeld.
13. T-Mobile heeft, na oplegging van de last onder dwangsom op 1 december 2008 haar tarifiering voor oproepen naar betaalde informatienummers vanaf mobiele prepaid aansluitingen aangepast. Vanaf 2 december 2008 is de tariefmelding door T-Mobile in overeenstemming met de wijze waarop zij aan abonnees van een mobiele prepaid aansluiting het tarief voor het bellen naar een betaald informatienummer in rekening brengt.

4 Juridisch kader

4.1 Ten aanzien van de overtreding

14. Van 1 augustus 2006 tot 1 juli 2008 luidde artikel 3.2a, eerste lid, onder a, Rude :

“Een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst die eindgebruikers toegang verschaft tot nummers uit de reeksen 0900, 0906, 0909 of 18 uit het Nummerplan telefoon- en ISDN-diensten, en waarvan de tarieven door die aanbieder bij de consument in rekening worden gebracht, draagt er zorg voor dat voorafgaand aan een oproep worden vermeld:

a) het tarief per minuut of per oproep, met, indien dit van toepassing is, de vermelding dat het genoemde tarief exclusief een aanvullend verkeerstarief is (...).”

15. Sinds 1 juli 2008 luidt artikel 3.2a, eerste lid, onder a, Rude:

Besluit

Openbaar

“Een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst die eindgebruikers toegang verschaft tot nummers uit de reeksen 0900, 0906, 0909 of 18 uit het Nummerplan telefoon- en ISDN-diensten waarvan de tarieven door die aanbieder bij de consument in rekening worden gebracht, draagt er zorg voor dat voorafgaand aan een oproep worden vermeld:

a. het tarief, exclusief verkeerstarief, per minuut of per oproep, met de vermelding dat het genoemde tarief exclusief een verkeerstarief is, dan wel het tarief, inclusief verkeerstarief, per minuut of per oproep (...).”

16. Artikel 3.2e Rude luidt:

“Indien in een vermelding als bedoeld in artikel 3.2a, eerste, (...) lid (...) wordt vermeld dat het tarief exclusief een verkeerstarief is, gaat de vermelding vergezeld van:

a. dat verkeerstarief, of

b. indien de aanbieder dat verkeerstarief via andere weg bekend heeft gemaakt, de relevante informatie over dat verkeerstarief.”

4.2 Ten aanzien van de bevoegdheid

17. Artikel 15.1, derde lid, Tw luidt:

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

18. Artikel 15.8, eerste lid, Tw luidt, voor zover relevant:

“Indien een ambtenaar als bedoeld in artikel 15.1, (...) derde lid, vaststelt dat een overtreding is begaan, maakt hij daarvan een rapport op.”

19. Artikel 15.4, vierde lid, Tw luidt, voor zover relevant:

“Ingeval van overtreding van bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde voorschriften (...), kan het college aan de overtreder een boete opleggen van ten hoogste € 450.000.”

20. Artikel 15.4, vijfde lid, Tw luidt:

“De hoogte van de boete wordt 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.”

4.3 Ten aanzien van de ontvankelijkheid

21. Artikel 6:5, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb), luidt, voor zover van belang:

“Het bezwaarschrift- of beroepschrift wordt ondertekend en bevat ten minste:

a (...)

b (...)

Besluit

Openbaar

c (...)

d. de gronden van het bezwaar of beroep.

22. Artikel 6:6 Awb luidt, voor zover van belang:

“Het bezwaar kan niet-ontvankelijk worden verklaard, indien:

a. niet is voldaan aan artikel 6:5 of aan enig ander bij de wet gesteld vereiste voor het in behandeling nemen van het bezwaar of beroep, of

b (...)

mits de indiener de gelegenheid heeft gehad het verzuim te herstellen binnen een hem daartoe gestelde termijn.

23. Artikel 6:9, eerste lid, Awb luidt:

“Een bezwaarschrift is tijdig ingediend wanneer het voor het einde van de termijn is ontvangen.”

24. Artikel 6:11, Awb luidt:

“Ten aanzien van een na afloop van de termijn ingediend bezwaar- of beroepschrift blijft niet-ontvankelijkverklaring op grond daarvan achterwege indien redelijkerwijs niet kan worden geoordeeld dat de indiener in verzuim is geweest.”

5 Gronden van het bezwaar en zienswijze T-Mobile

25. T-Mobile brengt naar voren dat het college niet bevoegd was om voor de geconstateerde overtreding zowel een last onder dwangsom op te leggen als een boete. T-Mobile verwijst daarvoor naar jurisprudentie en de Memorie van Antwoord bij de Tw, waaruit volgens T-Mobile blijkt dat een samenloop van de handhavende sancties boete en last onder dwangsom niet is toegestaan. T-Mobile verwijst voor de onderbouwing van haar standpunt ook naar de Mededingingswet (Mw).

26. T-Mobile stelt verder dat het college onvoldoende motiveert waarom hij een boete oplegt, ondanks dat het reeds een last onder dwangsom aan T-Mobile heeft opgelegd ter beëindiging van dezelfde overtreding. Ook zou het college het gerechtvaardigde vertrouwen hebben opgewekt niet verder jegens T-Mobile handhavend op te zullen treden.

27. Tijdens de hoorzitting is T-Mobile, op verzoek van het college, ingegaan op de verschoonbaarheid van de overschrijding van de termijn voor het indienen van de gronden van het bezwaar. T-Mobile stelt dat van een overschrijding van de termijn geen sprake is. Volgens T-Mobile blijkt uit de voetnoot bij de datum van de termijn dat deze termijn eindigde op 22 januari 2010.

Besluit

Openbaar

6 Overwegingen van het college

28. Het college stelt vast dat T-Mobile weliswaar tijdig bezwaar heeft gemaakt tegen het besluit van 16 november 2009, maar dat in dat bezwaar de gronden van dat bezwaar volledig ontbraken. Het college heeft T-Mobile, op de voet van artikel 6:6 Awb, vervolgens bij brief van 24 december 2009 een termijn gesteld om dit verzuim te herstellen. In deze brief heeft het college aangegeven dat, wanneer T-Mobile geen gebruik zou maken van de haar geboden mogelijkheid, het bezwaar niet-ontvankelijk wordt verklaard.

29. In voornoemde brief heeft het college T-Mobile als volgt geïnformeerd over de duur (en het einde) van deze termijn:

“Het college stelt u in de gelegenheid om dit verzuim te herstellen vóór 21 januari 2010”.

Bij deze zinsnede was een verwijzing opgenomen naar een voetnoot. Deze voetnoot luidt:

“Datum wordt bepaald op de dag na de periode van 4 weken na de dag van verzending van deze brief”.

30. Het college stelt vast dat T-Mobile op 21 januari 2010 haar gronden van het bezwaar (per fax) heeft ingediend. Daaraan voorafgaand heeft een medewerker van het college op dezelfde dag telefonisch contact opgenomen met de gemachtigde van T-Mobile.

31. Vast staat dat de gronden van het bezwaar na afloop van de daarvoor gestelde termijn zijn ingediend. Het college dient thans stil te staan bij de vraag of die termijnoverschrijding verschoonbaar is. Het college neemt daarbij in aanmerking, dat ten aanzien van het indienen van de gronden van het bezwaar binnen een door het bestuursorgaan gestelde termijn artikel 6:6 Awb naar analogie dient te worden toegepast.¹⁰ Verder neemt het college in aanmerking dat de lengte van een bezwaartermijn en het gevolg dat een niet-ontvankelijkverklaring dient te volgen - bij overschrijding ervan - van openbare orde zijn.¹¹

32. Tijdens de hoorzitting heeft T-Mobile gesteld dat de termijn niet eindigde vóór 21 januari 2010 maar, gelet op het in de voetnoot vermelde, eerst op 22 januari 2010. Volgens T-Mobile is van een termijnoverschrijding derhalve geen sprake.

33. Het college volgt T-Mobile in deze zienswijze niet. De wijze waarop het einde van de termijn staat vermeld in de hiervoor geciteerde zin uit de brief van 24 december 2009 laat aan duidelijkheid niets te wensen over. Het college begrijpt verder de stelling van T-Mobile aldus dat zij, ondanks die in de brief vermelde afloop van de termijn, zich kennelijk beroept op hetgeen in de voetnoot staat

¹⁰ ABRvS 27 november 2002, LJN: AF1149, JB 2003, 20.

¹¹ P. van Buuren, *Tekst & Commentaar Algemene wet bestuursrecht 2009*, aant. 2 bij artikel 6:7; Zie ook ABRvS 5 december 1995, AB 1996, 298.

Besluit

Openbaar

vermeld en T-Mobile zich in dat opzicht beroept op een gerechtvaardigde verwachting over de afloop van de termijn.

34. Voor zover er bij T-Mobile onduidelijkheid over het einde van de termijn zou bestaan als gevolg van het in de voetnoot vermelde, merkt het college het volgende op. Op 21 januari 2010 waren de gronden van het bezwaar van T-Mobile niet bij het college binnengekomen. Een medewerker van het college heeft vervolgens telefonisch contact opgenomen met de gemachtigde van T-Mobile. Pas toen is de vermeende onduidelijkheid over de afloop van de termijn door T-Mobile ter sprake gebracht. Het college stelt vast dat T-Mobile zich derhalve pas na afloop van de haar gestelde termijn beroept op mogelijke onduidelijkheid over het einde van die termijn. Naar het oordeel van het college is derhalve geen sprake van een gerechtvaardigd vertrouwen van de zijde van T-Mobile. Het college neemt daarbij in aanmerking dat T-Mobile werd bijgestaan door een professionele rechtshulpverlener. Daar komt bij dat het college bij het vaststellen van de termijn om het verzuim te herstellen, heeft aangegeven dat het niet binnen deze termijn indienen van de gronden van het bezwaar leidt tot niet-ontvankelijkheid van het bezwaar. Het college acht reeds om die reden de termijnoverschrijding van door T-Mobile niet verschoonbaar.¹²
35. Het had naar het oordeel van het college verder op de weg van T-Mobile gelegen om, bij onduidelijkheid over de afloop van de termijn binnen deze termijn met het college in contact te treden over de vermeende onduidelijkheid als gevolg van het in de voetnoot vermelde. T-Mobile heeft dat nagelaten. T-Mobile heeft er daarentegen voor gekozen om de gronden van het bezwaar in te dienen op de dag na afloop van de termijn, daarbij kennelijk uitgaand van haar eigen onjuiste veronderstelling over de afloop van de termijn. Daarbij heeft T-Mobile het risico genomen dat die gronden van het bezwaar na afloop van de termijn bij het college binnenkwamen, terwijl het college T-Mobile er op had gewezen dat het niet indienen van de gronden binnen de gestelde termijn leidt tot niet-ontvankelijkheid van haar bezwaar. De gevolgen van de termijnoverschrijding dienen derhalve voor rekening en risico te komen van T-Mobile.
36. Ook overigens ziet het college geen gronden om de termijnoverschrijding door T-Mobile als verschoonbaar aan te merken.
37. Van een verschoonbare termijn overschrijding is naar het oordeel van het college derhalve geen sprake. Nu het bezwaar van T-Mobile geen gronden bevat voor het bezwaar, voldoet het niet aan het in artikel 6:5, eerste lid, Awb gestelde. Op de voet van artikel 6:6 Awb is het bezwaar van T-Mobile niet-ontvankelijk. Het college zal daarom het bezwaar van T-Mobile niet-ontvankelijk verklaren.
38. T-Mobile heeft op de voet van artikel 7:15, tweede lid, Awb verzocht om een vergoeding van de kosten die T-Mobile heeft moeten maken in verband met haar bezwaar. Het voornoemde artikellid bepaalt, dat deze kosten alleen worden vergoed op verzoek van de belanghebbende voor zover

¹² Vgl HR 22 november 2000, *JB* 2000, 343.

Besluit

Openbaar

het bestreden besluit wordt herroepen wegens aan het bestuursorgaan te wijten onrechtmatigheid. Daarvan is in dit geval geen sprake, aangezien van onrechtmatigheid van de zijde van het college geen sprake is en het bestreden besluit niet wordt herroepen. Het college wijst derhalve het verzoek van T-Mobile tot vergoeding van haar kosten af.

7 Dictum

39. Gelet op het voorgaande besluit het college als volgt.

- I. Het college verklaart het bezwaar van T-Mobile gericht tegen zijn besluit van 16 november 2009 om aan T-Mobile een boete van € 30.000 op te leggen niet-ontvankelijk.
- II. Het college wijst het verzoek van T-Mobile tot vergoeding van de kosten die zij in verband met het bezwaar heeft moeten maken af.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,

w.g. mr. C.A. Fonteijn, voorzitter

Beroepsmogelijkheid

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt beroep instellen bij de Rechtbank Rotterdam. Het postadres is: Rechtbank Rotterdam, Sector Bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam.

Het beroepschrift moet zijn ondertekend en moet ten minste de naam en het adres van de indiener, de dagtekening en een omschrijving van het besluit waartegen het beroep is gericht bevatten. Voorts moet het beroepschrift de gronden van het beroep bevatten en dient een afschrift van het bestreden besluit te worden meegezonden. Voor het instellen van beroep is griffierecht verschuldigd. Informatie hierover kan worden ingewonnen bij de griffie van de Rechtbank, telefoon (010) 297 12 34.