

Openbaar

Contactpersoon ir. E.J. Hummelen	Ons kenmerk OPTA/ACNB/2010/201604	Uw kenmerk	Doorkiesnummer (070) 315 35 88
Datum	Onderwerp Openbare reactie op de compliance rapportage van KPN		Bijlage(n)

1 Inleiding

In 2005 heeft het college het zogenoemde kortingenonderzoek afgerond. Daarbij bleek dat op grote schaal onrechtmatige kortingen werden verstrekt aan individuele ondernemingen waarbij vele lagen van de KPN-onderneming betrokken waren. In het sanctiebesluit¹ wordt aandacht besteed aan het belang van het hebben van een compliance programma.

OPTA heeft nadien KPN aangesproken over de vraag op welke manier KPN herhaling kan voorkomen. KPN heeft toen onder andere aangegeven een programma te hebben ontworpen en ingevoerd dat tot doel heeft er systematisch voor te zorgen dat KPN in overeenstemming met de toepasselijke regelgeving op telecommunicatiegebied handelt. OPTA heeft in 2006 de opzet, het bestaan en de werking van het programma onderzocht. OPTA stelde vast dat de opzet en uitwerking van KPN's programma op een aantal punten verbeterd moest worden. Aan toetsing van de werking van het programma kwam OPTA daarom nog niet toe. Aangezien het ontbreken van een dergelijk programma een verhoogd risico oplevert heeft het college KPN toen onder verscherpt toezicht geplaatst.

Op 12 maart 2008 heeft het college zijn 'Visie op toezicht en handhaving' gepubliceerd. Hierin staat beschreven dat OPTA zoveel mogelijk wil voorkomen dat de markt schade lijdt door overtredingen van wet- en regelgeving. Daarom is preventief toezicht heel belangrijk. OPTA stimuleert marktpartijen om zich aan de regels te houden en waar mogelijk moedigt OPTA marktpartijen aan om compliance programma's te ontwikkelen. De marktpartij zorgt zelf voor de implementatie en uitvoering. OPTA kan daarbij helpen, dat heet compliance assistance. Als een marktpartij een compliance programma ontwikkelt, kunnen OPTA en de marktpartij ook een compliance handvest met elkaar sluiten.

Op 24 april 2008 is tussen KPN en het college het Compliance Handvest KPN en OPTA (hierna: Handvest) overeengekomen. In het Handvest worden de basiselementen van een effectieve compliance organisatie voor KPN als telecommunicatieaanbieder beschreven alsmede de algemene

¹ Kenmerk: OPTA/TN/2005/203364

Openbaar

beleidsprincipes die OPTA ten aanzien van een compliance organisatie bij KPN hanteert. Daarnaast zijn in het Handvest werkafspraken tussen KPN en het college beschreven en zijn de basiselementen vertaald in prestatie-indicatoren waarover KPN aan het college rapporteert. De in het Handvest vastgelegde afspraken zijn binnen de Nederlandse telecommunicatiemarkt maar ook daarbuiten uniek te noemen en bieden aan beide partijen de mogelijkheid om de regel naleving te stimuleren.

Op 2 juni 2009 heeft KPN aan het college haar "Integrale rapportage over het Handvest OPTA en KPN, verbijzonderd naar prestatie-indicatoren" gepresenteerd. Het college heeft geconstateerd dat KPN rapportage tijdig heeft opgeleverd en stelt het op prijs dat KPN hierover een uitgebreide presentatie aan een delegatie van OPTA heeft gegeven. KPN heeft sinds de 2006 belangrijke stappen gezet met betrekking tot de opzet, het bestaan en de werking van het compliance programma. In die periode heeft KPN het college op de hoogte gehouden van de ontwikkelingen en hem tussentijds over de voortgang hiervan gerapporteerd. Het college spreekt zijn waardering daarvoor uit.

Zoals in het Handvest is afgesproken heeft KPN gerapporteerd aan de hand van de prestatie-indicatoren. Deze indicatoren zijn gekoppeld aan de basiselementen van een effectieve compliance organisatie, te weten

- Basiselement I, Tijdige vertaling van wet- en regelgeving in beleid;
- Basiselement II, Informatieoverdracht aan OPTA;
- Basiselement III, Helderheid regels en mogelijkheden tot naleving bij doelgroep;
- Basiselement IV, Cultuur;
- Basiselement V, Structurele maatregelen;
- Basiselement VI, Melding intern;
- Basiselement VII, Intern onderzoek en afwikkeling;
- Basiselement VIII, Melding overtredingen aan OPTA;
- Basiselement IX, Doorlichting en rapportage.

In deze brief geeft het college haar reactie op die rapportage, waarbij een verband wordt gelegd met het proces dat zich ten aanzien van Handvest tussen KPN en het college afspeelt en heeft afgespeeld en met de houding en het gedrag van KPN ten aanzien van de in het Handvest vastgelegde afspraken.

Op 18 december 2009 zijn de voorlopige bevindingen door het college met KPN besproken en op 15 januari 2010 heeft KPN naar aanleiding van de voorlopige bevindingen een reactie aan het college gegeven. Deze reactie heeft in een aantal gevallen geleid tot een beter begrip van de rapportage en daardoor tot een aanpassing van de voorlopige bevindingen.

De rapportage zelf komt in hoofdstuk 2 aan de orde. In hoofdstuk 3 komen onderwerpen aan de orde die worden beschreven in de rapportage van 2 juni 2009 maar die op een langere termijn betrekking hebben dan de rapportage zelf of die betrekking hebben op de houding van KPN ten aanzien van compliance.

Openbaar

2 Rapportage van 2 juni 2009

2.1 Implementatie nieuwe wetgeving (baiselement I: Tijdige vertaling van wet- en regelgeving in beleid)

Het college is van oordeel dat de implementatie van nieuwe wetgeving door KPN niet in alle gevallen voldoet aan de verwachtingen die het college van een compliant organisatie heeft. Een compliant organisatie zorgt er immers voor dat relevante veranderingen in de wet- en regelgeving tijdig worden gesignaleerd en vertaald naar de organisatie.

Ten aanzien van de tijdigheid is er bij KPN nadrukkelijk ruimte voor verbetering. Deze constatering komt in de rapportage van KPN volgens het college niet naar voren en vormt hiermee een lacune.

Bij de prepaid tariefmelding heeft KPN een boete gekregen voor het te laat implementeren van de wettelijke vereisten. Hoewel KPN niet de enige marktpartij was waarbij de implementatie tot een boete heeft geleid heeft het college wel geconstateerd dat KPN hier niet de positieve uitzondering was die naar het oordeel van het college bij een compliant organisatie hoort. Het college is van oordeel dat KPN met betrekking tot de implementatie van de prepaid tariefmelding meer voortvarendheid aan de dag had kunnen en moeten leggen.

2.2 Survey (baiselement III: Helderheid regels en mogelijkheden tot naleving bij doelgroep, baselement IV: Cultuur)

KPN heeft in april 2009 een survey gehouden onder ruim 3000 medewerkers. Het college is van oordeel dat de uitkomsten van de survey aangeven dat KPN groeit naar een organisatie waarbinnen de medewerkers het belang van compliant gedrag voor zichzelf en voor de organisatie herkennen en in staat zijn ook zo te handelen. Daarnaast zijn er ook uitkomsten van de survey die aangeven dat er ruimte is voor verbetering.

2.3 Door KPN gemelde tekortkomingen (baiselement V: Structurele maatregelen)

In haar rapportage meldt KPN waar er tekortkomingen (deficiënties) zijn geconstateerd in het bestaan of de werking van haar compliance programma. Het feit dat KPN deze deficiënties heeft geconstateerd en gerapporteerd, onderstreept de openheid van KPN in het kader van het Handvest.

KPN analyseert per deficiëntie of deze voldoende ernstig is om tot de conclusie te leiden dat een bepaalde afdeling niet voldoende "in control" is. Indien een afdeling niet voldoende "in control" is zal deze afdeling dit als een "disagree" in haar conformiteitsrapportage (DOR, zie hoofdstuk 2.4) moeten rapporteren.

Op een aantal gebieden zijn door KPN deficiënties als dermate ernstig beoordeeld dat deze tot een disagree hebben geleid.

Openbaar

Daarnaast zijn deficiënties geconstateerd die niet tot een disagree hebben geleid. Voor deze geconstateerde deficiënties zijn naar de mening van KPN voldoende compenserende beheersmaatregelen aanwezig in het compliance bouwwerk. Deze compenserende beheersmaatregelen zorgen er voor dat het ontbreken of niet werken van een bepaalde beheersmaatregel niet leidt tot een onaanvaardbaar risico op het overtreden van de wet- en regelgeving.

Het is voor het college niet in alle gevallen te volgen hoe KPN tot de conclusie komt of een bepaalde deficiëntie al dan niet leidt tot een agree/disagree.

Het college benadrukt dat KPN kritisch moet blijven kijken naar de oorzaken van deficiënties omdat dit aanwijzingen zijn voor het niet werken of het ontbreken van een beheersmaatregel. Hierdoor moet worden voorkomen dat uitsluitend wordt vertrouwd op compenserende beheersmaatregelen.

Zo is het college van oordeel dat compliance niet gaat over het achteraf vaststellen dat alles is goed gegaan, maar over het vooraf zaken regelen om te zorgen dat er geen overtredingen (kunnen) plaatsvinden. Omdat niet alle overtredingen tot klachten leiden kan het ontbreken van klachten naar het oordeel van het college nooit leiden tot de constatering dat een deficiëntie niet ernstig is en dat de afdeling “in control” is.

Het college adviseert KPN om de uitgangspunten bij de beoordeling van deficiënties transparant te maken. Zo kan KPN op een uniforme wijze de deficiënties ‘vertalen’ in een agree of disagree, waarbij het ook voor het college duidelijk is, zonder op de hoogte hoeven te zijn van alle details, welke afwegingen gemaakt zijn.

2.4 Document of Representation (basiselement V: Structurele maatregelen)

Het Document of Representation (DOR) is een verklaring van het management van KPN of van een bedrijfsonderdeel over de betrouwbaarheid van de financiële rapportage, de effectiviteit van de interne controlemaatregelen, de identificatie van bedrijfsrisico's, het ontbreken van (boekhoudkundige) fraudes en het bekend zijn met en naleven van wet- en regelgeving. Op elk van deze onderdelen moet het management door middel van een agree of disagree aangeven of zij “in control” is.

Het college constateert dat het onderdeel van de DOR waarin compliance met telecommunicatiewet- en regelgeving aan de orde is, alleen beschrijft op welke wijze de risico's worden afgedekt die initieel als risico zijn geïdentificeerd. Het college is van oordeel dat de risicoanalyse als zodanig een duidelijk verbeterpunt voor KPN is.

Openbaar

2.5 Informatieoverdracht aan OPTA (basiselement VIII: Melding overtredingen aan OPTA)

In het Handvest zijn werkafspraken vastgelegd over het melden van interpretatieverschillen en overtredingen. Aan deze werkafspraken wordt invulling gegeven door de zogenaamde meldingenlijst. De meldingen die KPN in dit kader doet geven aan dat KPN zelf (mogelijke) overtredingen van de wet- en regelgeving onderzoekt en hierover openheid naar het college betracht. Omdat dit onderwerp een ruimere periode beslaat dan de periode waarover is gerapporteerd, wordt dit onderwerp besproken in hoofdstuk 3.2.

Het college heeft met KPN discussie gevoerd over het onverwijld beëindigen van overtredingen. Aangezien dit een ruimere periode betreft dan de periode waarover is gerapporteerd wordt dit verder besproken in hoofdstuk 3.5.

Het college constateert dat de werkafpraak ten aanzien van interpretatieverschillen, waarbij KPN en het college gezamenlijk tot de conclusie komen dat zij het niet eens zijn (agree to disagree), in de praktijk tot discussie leidt over de termijn waarbinnen KPN en OPTA tot die conclusie moeten komen. Het college zal zich ervoor inspannen om deze duidelijkheid zo snel als redelijkerwijs mogelijk is met KPN te bereiken.

2.6 Compleetheid en consistentie (basiselement IX: Doorlichting en rapportage)

KPN heeft nagenoeg volledig gerapporteerd. Alle KPI's uit het Handvest komen in de conform genummerde hoofdstukken van de rapportage van 2 juni 2009 aan de orde.

De rapportage geeft OPTA voldoende inzicht in de stand van zaken met betrekking tot

- de wijze waarop KPN binnen haar organisatie de regelnaleving bij haar medewerkers bevordert;
- het aantal meldingen over vermeende overtredingen binnen KPN en hoeveel daarvan een relatie met de Tw hebben; en
- de wijze waarop binnen KPN het compliance programma is opgezet en hoe het bestaan en de werking daarvan binnen KPN worden getest en hoe daarover binnen KPN wordt gerapporteerd.

Ten aanzien van de volgende zaken constateert het college dat KPN in haar rapportage meer informatie kan geven over de wijze waarop de KPI's zijn ingevuld:

- Bij de rapportage van de meldingen aan OPTA wordt door KPN geen onderscheid gemaakt tussen pro-actieve meldingen en meldingen naar aanleiding van zaken die reeds bij OPTA in onderzoek zijn.;
- Het is voor het college niet in alle gevallen voldoende duidelijk welke opvolgingsacties worden ingezet en welke termijnen daarvoor worden gehanteerd bij geconstateerde tekortkomingen in het compliance bouwwerk;

Openbaar

- Uit de rapportage is naar het oordeel van het college niet gebleken dat door de externe accountant een oordeel is gegeven over alle beheersmaatregelen per risico.

KPN heeft volgens de afspraken uit het Handvest thans vijf keer aan het college gerapporteerd. Daarnaast heeft KPN een extra rapportage aan het college overgelegd ten gevolge van het uitlopen van de opzet van het compliance programma binnen heel KPN.

Het college heeft de volgende rapportages ontvangen:

1. rapportage opzet voice zakelijke markt voor wat betreft de AMM-verplichtingen;
2. rapportage opzet geheel KPN voor alle verplichtingen uit de Tw;
3. rapportage bestaan en werking voice zakelijke markt voor wat betreft de AMM-verplichtingen;
4. rapportage over prestatie-indicatoren 1 april tot en met 30 juni 2008;
5. extra rapportage over prestatie-indicatoren 1, 3, 4, 5 en 6 over het 3^e en 4^e kwartaal 2008;
6. de integrale rapportage van 2 juni 2009.

In deze laatste rapportage wordt verwezen naar eerdere rapportages en wordt ingegaan op daarin geconstateerde tekortkomingen en verbeteracties. Hierdoor is voor het college een consistent beeld ontstaan over de wijze waarop het compliance programma zich binnen KPN ontwikkelt.

2.7 Accountant (basiselement IX: Doorlichting en rapportage)

Het college constateert dat de rol van de externe accountant beperkt is. Dit is in overeenstemming met de afspraken in het Handvest, behalve ten aanzien van de KPI "Oordeel externe auditor over de opzet, het bestaan en de werking van alle controls per risico (inclusief kwaliteit van CRA)". Zoals aangegeven in paragraaf 2.6 is naar het oordeel van het college uit de rapportage niet gebleken dat door de externe accountant een oordeel is gegeven over alle beheersmaatregelen per risico. Het college is van oordeel dat deze KPI, zoals deze in het Handvest voorkomt, een bredere opdrachtverstrekking door KPN aan de externe accountant inhoudt dan waaraan door KPN nu invulling is gegeven.

Deze bredere beoordeling zou de kwaliteit van de Compliance Risico Analyse (CRA) en met name de volledigheid van het in kaart brengen van de inherente risico's op overtreding van de Tw ten goede kunnen komen, zelfs als rekening wordt gehouden met het feit dat KPN over meer inhoudelijke kennis van de Tw beschikt dan de externe accountant.

KPN zou naar het oordeel van het college aan de externe accountant niet (alleen) de vraag moeten stellen of alle beheersmaatregelen werken maar veel meer of door wat KPN doet alle risico's voldoende worden afgedekt.

Openbaar

3 Onderwerpen van bredere betekenis

In dit hoofdstuk komen onderwerpen aan de orde die worden beschreven in de rapportage van 2 juni 2009 maar die op een langere termijn betrekking hebben dan de rapportage zelf of die betrekking hebben op de houding van KPN ten aanzien van compliance.

3.1 Algemeen

KPN lijkt door de aandacht in het compliance programma voor consumentenzaken zelf ook meer consumentenbewust te zijn geworden. Voorbeeld hiervan is dat KPN door het indienen van interpretatieverschillen op het gebied van consumenten aangeeft dat zij zelf over de wetgeving in het kader van consumentenbescherming en de gevolgen voor haar klanten nadenkt.

3.2 Implementatie marktanalysebesluiten (basiselement I: Tijdsige vertaling van wet- en regelgeving in beleid)

Op 19 december 2008 heeft het college vier marktanalysebesluiten (Vaste telefonie, Wholesale breedband toegang, Huurlijnen en Unbundled Local Loop) bekendgemaakt, waarin KPN per 1 januari 2009 (o.a.) de verplichting kreeg om te voldoen aan gedragsregel 5.

KPN heeft tegen deze besluiten beroep aangetekend en een voorlopige voorziening aangevraagd om te komen tot schorsing van de door het college opgelegde verplichtingen totdat er uitspraak zou zijn in de bodemprocedure. In mei 2009 heeft de bestuursrechter KPN ten aanzien van het kort geding in het ongelijk gesteld; naar het oordeel van de rechter zijn de door het college opgelegde verplichtingen in het kader van gedragsregel 5 voldoende duidelijk, uitvoerbaar en proportioneel.

Het college is van oordeel dat KPN met betrekking tot implementatie van wet- en regelgeving meer voortvarendheid aan de dag had kunnen en moeten leggen, gegeven het belang dat het college hecht aan het snel effectief worden van zijn besluiten, om zo mededingingsproblemen daadwerkelijk op te lossen.

3.3 DOR (basiselement V: Structurele maatregelen)

Het college is van oordeel dat KPN bij het bepalen of een onderdeel "in control" is meer zelfkritisch zou mogen zijn. Indien een probleem met de compliance organisatie wordt geconstateerd, is dit een uitgelezen mogelijkheid om hiervan te leren. In de huidige rapportage komt dit leereffect naar het oordeel van het college onvoldoende naar voren. Het college acht het van belang dat KPN een cultuur creëert waarin een afdeling of een medewerker gewoon toegeeft een probleem te hebben gehad en dat deze vervolgens aangeeft hoe zij het volgend kwartaal er voor gaat zorgen dat het probleem zich niet meer voordoet.

Openbaar

Zo heeft KPN bijvoorbeeld met betrekking tot een risico op het gebied van consumentenbescherming aangegeven dat zij van klanten geen klachten heeft ontvangen en dat mede daarom de betreffende afdeling "in control" is.

Naar de mening van het college is, zoals reeds eerder vermeld, het al dan niet ontvangen van klachten geen reden om tot een agree te komen.

Een ander voorbeeld betreft een beheersmaatregel die moet garanderen dat aanvragen voor toegang tot applicaties worden gecontroleerd voordat deze worden verwerkt.

Hoewel het controleren van de aanvragen niet kon worden aangetoond heeft dit niet tot een disagree geleid, omdat achteraf wordt gecontroleerd of de toegekende rechten terecht zijn verleend en zonodig moeten worden ingetrokken. Dit heeft, in de woorden van KPN "niet tot grote overtredingen geleid".

Naar het oordeel van het college kan een niet-werkende "ex-ante" control niet worden gecompenseerd door een "ex-post" controle. Bij compliance gaat het immers om het voorkomen van overtredingen. KPN zou derhalve in de ogen van het college tot een disagree moeten zijn gekomen.

Daarnaast is het college van mening dat KPN erop moet blijven toezien dat de gedefinieerde processen op de juiste wijze worden gevolgd. Het uitvoeren van een controle op een andere dan de voorgeschreven wijze heeft materieel weliswaar dezelfde gevolgen, maar vanuit het oogpunt van compliance en de navolgbaarheid van het proces niet.

3.4 Informatieoverdracht aan OPTA (basiselement VIII: Melding overtredingen aan OPTA)

Het college heeft ten aanzien van de meldingenlijst in relatie tot de rapportage van KPN over haar compliance programma een aantal opmerkingen. Het college constateert dat er een verbetering in de tijd zichtbaar is. De procedure wordt steeds beter uitgevoerd en vooral de verbetering in de snelheid van het Compliance Office is duidelijk zichtbaar.

Het college constateert dat het aantal meldingen ten aanzien van consumentenzaken gelijk blijft, maar dat de aard van de meldingen steeds "kleiner" worden. OPTA heeft in het verleden overigens zelf (potentiële) overtredingen op het gebied van consumentenzaken geconstateerd die KPN had moeten ontdekken en melden, maar die zij (nog) niet had gemeld. De meldingen ten aanzien van concurrentiële verplichtingen nemen in aantal af.

3.5 Beëindigen van overtredingen (basiselement VIII: Melding overtredingen aan OPTA)

Het college heeft met KPN discussie gevoerd over het onverwijld beëindigen van overtredingen. KPN stelt zich op het standpunt dat niet in alle gevallen van haar verlangd kan worden dat op het moment van melden van een overtreding deze onmiddellijk wordt beëindigd. Het college realiseert zich dat er praktische redenen kunnen zijn waardoor het onmiddellijk beëindigen niet mogelijk is, maar benadrukt dat KPN zich maximaal in moet (blijven) zetten om overtredingen zo snel als redelijkerwijs mogelijk is te beëindigen. Hierbij hoort naar het oordeel van het college ook het openbreken van bestaande

Openbaar

contracten indien deze in strijd zijn met wet- en regelgeving. Het slechts in gang zetten van maatregelen om tot beëindiging te komen is onvoldoende. Het gaat immers om het bereiken van het resultaat: de beëindiging zelf.

Het college heeft bij verscheidene issues van de meldingenlijst geconstateerd dat KPN de overtreding niet (afdoende en) onverwijld beëindigt en dat KPN toch zelf het issue als gesloten beschouwt. Deze issues hebben zowel betrekking op marktbrede verplichtingen als op verplichtingen die alleen op KPN rusten vanwege haar dominante positie op bepaalde markten.

Openbaar

4 Conclusie

Op basis van de rapportage concludeert het college dat KPN veel inspanningen heeft verricht waar het regel naleving (compliance) betreft en dat breed in haar organisatie activiteiten worden ontplooid om de afspraken uit het Handvest na te leven. Daarnaast is de wijze waarop KPN met regel naleving omgaat in de periode waarop de rapportage betrekking heeft verbeterd; in toenemende mate zijn medewerkers van KPN door OPTA aanspreekbaar op compliance.

Compliance heeft naar het oordeel van het college op meer betrekking dan processen en procedures alleen. Het cultuurelement weegt voor het college zwaar mee in zijn beoordeling.

In het Handvest is aangegeven dat er sprake is van een effectieve compliance organisatie bij KPN indien de negen aldaar genoemde basiselementen (zie hoofdstuk 1) aanwezig zijn. Op basis van de analyse van de compliance rapportage in samenhang met de houding en het gedrag van KPN ten aanzien van de in het Handvest vastgelegde afspraken komt het college tot de conclusie dat KPN ten aanzien van de meeste basiselementen een compliant organisatie is. Het betreft de volgende basiselementen.

- Basiselement II, Informatieoverdracht aan OPTA;
- Basiselement III, Helderheid regels en mogelijkheden tot naleving bij doelgroep;
- Basiselement VI, Melding intern;
- Basiselement VIII, Melding overtredingen aan OPTA;
- Basiselement IX, Doorlichting en rapportage.

Met betrekking tot de volgende basiselementen is het college van oordeel dat KPN nog verdere verbetering zou moeten doorvoeren.

- Basiselement I, Tijdige vertaling van wet in beleid; zie hoofdstuk 2.1 en 3.2.
- Basiselement IV, Cultuur; zie hoofdstuk 2.2.
- Basiselement V, Structurele maatregelen; zie hoofdstuk 2.4, 2.7 en 3.3.

Ten aanzien van Basiselement VII, Intern onderzoek en afwikkeling; heeft het college onvoldoende informatie om hierover thans een oordeel te kunnen geven.

Gezien de voortgang die KPN heeft geboekt, is het college van oordeel dat het niet langer nodig is om KPN te onderwerpen aan verscherpt toezicht. Dit betekent dat KPN onder het reguliere toezichtsregime valt, waar ook de overige marktpartijen onder vallen. Het college komt tot de conclusie dat er nog geen sprake is van een volledig effectief werkende compliance organisatie binnen KPN. Daarom is het nog niet gepast dat het college ten aanzien van KPN zijn toezicht verder op afstand zou uitoefenen.