

Besluit openbaar

Ons kenmerk: OPTA/ACNB/2010/201830

Zaaknummer: 09.0061.22.1.01

Datum: 30 JUNI 2010

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit inhoudende de niet-ontvankelijkverklaring van het bezwaar van BT Nederland N.V e.a. inzake het stopzetten van een compliance onderzoek naar een tweetal meldingen van KPN B.V.

1 Samenvatting

Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) heeft KPN B.V. (hierna: KPN) per brief te kennen gegeven dat hij het onderzoek naar een tweetal door KPN in het kader van het Compliance Handvest (hierna: het Handvest) gedane meldingen zal stopzetten.

BT Nederland N.V., Colt Technology Services B.V., Verizon Nederland B.V., UPC Nederland Business B.V., Tele2 Nederland B.V. en Atlantic Telecom Business B.V. (hierna: partijen) hebben tegen deze brief bezwaar aangetekend. Het college heeft het bezwaar niet-ontvankelijk verklaard, omdat het stopzetten van een onderzoek moet worden aangemerkt als een feitelijke handeling die niet op enig rechtsgevolg is gericht.

2 Verloop van de procedure

1. Bij brief van 4 februari 2010 heeft het college aan KPN te kennen gegeven dat hij het onderzoek naar de meldingen met betrekking tot de *CVN-Accountstructuur / invoering* en de *Fair Use Policy Zakelijk Belvrij* zal stopzetten. Deze brief is op 31 maart 2010 op de website van OPTA gepubliceerd.
2. Bij fax van 7 april 2010 hebben partijen hiertegen pro forma bezwaar ingediend.
3. Bij brief van 28 april 2010 heeft het college de ontvangst van het pro forma bezwaar bevestigd en partijen een termijn van drie weken gesteld om het bezwaar aan te vullen.
4. Bij fax van 10 mei 2010 hebben partijen verzocht om toezending van de op de zaak betrekking hebbende stukken.
5. Op 11 mei 2010. is van de zijde van het college telefonisch aangegeven dat hij voornemens is het bezwaar niet-ontvankelijk te verklaren, omdat de bezwaren zich niet richten tegen een besluit als bedoeld in artikel 1:3 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb). In dit telefoongesprek is voorts aangegeven dat het college partijen de mogelijkheid biedt om mondeling dan wel schriftelijk op dit voornemen te reageren.

Besluit openbaar

6. Bij fax van 18 mei 2010 heeft het college aangegeven dat het dossier met betrekking tot de ontvankelijkheidsvraag bestaat uit 1 document, dat bij partijen reeds bekend is, te weten de brief van 4 februari 2010. Voorts heeft het college partijen nogmaals in de gelegenheid gesteld te reageren op zijn voornemen het bezwaar niet-ontvankelijk te verklaren.
7. Bij fax van 31 mei 2010 hebben partijen schriftelijk hun zienswijze gegeven op het voornemen van het college het bezwaar niet-ontvankelijk te verklaren, alsmede de grond van het bezwaar aangevuld.

3 Stopzetten onderzoek

8. In het verlengde van de in het Compliance Handvest KPN en OPTA (hierna: het Handvest) gemaakte afspraken is door KPN een tweetal meldingen gedaan die betrekking hadden op de CVN-*Accountstructuur / invoering* en de *Fair Use Policy Zakelijk Belvrij*.
9. Naar aanleiding van deze meldingen is het college een onderzoek gestart.
10. In de loop van het onderzoek heeft KPN het volgende verklaard:

“A) Het is beleid van KPN om ter zake de door haar gehanteerde, van toepassing verklaarde en transparant gemaakte (algemene) voorwaarden, met betrekking tot haar gereguleerde product-portfolio, geen afwijkingen toe te staan of te accepteren, en er op toe te zien dat zulks ook niet geschiedt; in dat verband wordt nader bekeken of een aanpassing van de interne beheersing via het CRA-bouwwerk nodig is. Zonodig, zal KPN haar CRA-bouwwerk zodanig aanpassen dat de risico's op afwijking van de getroffen maatregelen tot een minimum worden beperkt;
B) KPN verklaart zich bereid om geconstateerde afwijkingen, zoals hier bedoeld, te zullen detecteren, te melden alsmede te beëindigen. De melding zal geschieden via een melding aan OPTA op de meldingenlijst, conform het in het Compliance Handvest KPN en OPTA d.d. 24 april 2008 beschreven proces.”
11. Op basis van de bovengenoemde verklaring van KPN heeft het college het onderzoek naar beide meldingen stopgezet. In dat verband heeft het college van belang geacht dat KPN uitvoering geeft aan de account-structuur in [vertrouwelijk] voor CVN-klanten en uitvoering geeft aan de fair use policy bij Zakelijk Belvrij, dat KPN in haar gebruiksvoorwaarden Corporate Voice Nationaal er toe is overgegaan de afrekening conform de wens van het college aan te passen, alsmede dat KPN ten aanzien van de afrekening met betrekking tot Corporate Voice Nationaal niet langer gebruik heeft willen maken van haar toentertijd ter beschikking staande rechtsmiddelen.
12. Het college heeft KPN bij brief van 4 februari 2010 te kennen gegeven het onderzoek naar beide meldingen stop te zetten, onder de voorwaarde dat KPN zijn verklaring in de praktijk naleeft.

Besluit openbaar

4 Bezwaren

13. Gelet op de hierna in paragraaf 6 van dit besluit opgenomen overwegingen geeft het college in het navolgende alleen het betoog van partijen met betrekking tot de ontvankelijkheid van hun bezwaar weer.

14. Partijen stellen zich op het standpunt dat hun bezwaar ontvankelijk is, omdat de brief van 4 februari 2010 kan worden aangemerkt als besluit in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: de Awb).

15. Partijen zijn van mening dat de brief gericht is op rechtsgevolg nu hierin wordt gesteld dat KPN uitvoering heeft gegeven aan bepaalde voorschriften en KPN is overgegaan tot aanpassing van bepaalde voorwaarden aan de wensen van OPTA. Voorts wijzen partijen erop dat in de brief wordt gesproken over een voorwaardelijke stopzetting van het onderzoek, hetgeen volgens hen betekent dat KPN zich aan bepaalde (wettelijk) voorschriften heeft te houden.

16. Voorts stellen partijen zich op het standpunt dat de brief sterke gelijkenissen vertoont met een zogenaamde gedoogverklaring. In dit kader merken partijen op dat voor zover in casu geen sprake is van een illegale situatie er wel sprake is van een situatie die wordt geaccepteerd zolang er wordt voldaan aan bepaalde voorschriften. Ook op basis hiervan concluderen partijen dat sprake is van een op rechtsgevolg gerichte brief.

5 Juridisch Kader

17. Ingevolge artikel 1:3, eerste lid, van de Awb wordt onder een besluit verstaan een schriftelijke beslissing van een bestuursorgaan, inhoudende een publiekrechtelijke rechtshandeling.

18. Ingevolge artikel 7:1, eerste lid, van de Awb dient degene aan wie het recht is toegekend tegen een besluit beroep op een administratieve rechter in te stellen, alvorens beroep in te stellen tegen dat besluit bezwaar te maken (...).

6 Overwegingen

19. Ingevolge artikel 7:1, eerste lid, van de Awb kunnen partijen slechts (ontvankelijk) bezwaar maken tegen een besluit in de zin van de Awb.

20. Het college is van oordeel dat de brief van 4 februari 2010 geen besluit is in de zin van artikel 1:3, eerste lid, van de Awb, omdat deze niet gericht is op enig rechtsgevolg. In het navolgende zal het college nader toelichten waarom de brief naar zijn oordeel niet op publiekrechtelijk rechtsgevolg is gericht.

Besluit openbaar

21. In de brief van 4 februari 2010 heeft het college aan KPN te kennen gegeven dat hij het onderzoek naar een tweetal meldingen zal stopzetten. Naar het oordeel van het college betreft het stopzetten van een onderzoek – evenals het starten en uitvoeren hiervan – een feitelijke handeling die op zichzelf geen rechtsgevolgen met zich meebrengt. Dat van het stopzetten van een onderzoek en de in de loop van het onderzoek gemaakte afspraken melding wordt gedaan, maakt dit niet anders.

22. Het college is naar aanleiding van de meldingen van KPN een onderzoek gestart. In de loop van het onderzoek hebben er meerdere gesprekken met KPN plaatsgevonden. In de gesprekken heeft KPN aanleiding gezien om op onverplichte basis de verklaring af te geven, zoals deze bovenstaand is opgenomen. Het college heeft geoordeeld dat door deze verklaring voldoende geborgd is dat in de toekomst eventuele overtredingen van de Telecommunicatiewet zullen worden voorkomen. In dat verband heeft het college, mede gelet op de andere in de brief genoemde aspecten, besloten dat voorzetting van het onderzoek geen verder doel meer diende en kon worden stopgezet.

23. Voor zover partijen betogen dat in de brief van 4 februari 2010 aan KPN (publiekrechtelijke) verplichtingen zijn opgelegd dan wel op andere wijze middels het publiekrecht is ingegrepen in haar rechtspositie, deelt het college deze opvatting niet.

24. Op 24 april 2008 zijn OPTA en KPN met elkaar het Handvest overeengekomen. Hierin worden onder meer de basiselementen van een effectieve compliance organisatie voor KPN beschreven. Ook worden de algemene beleidsprincipes vermeld die OPTA ten aanzien van een compliance organisatie bij KPN hanteert.

25. Het college stelt voorop dat uit het Handvest geen publiekrechtelijke verplichtingen voortvloeien, maar slechts afspraken worden vastgelegd die gelden in de relatie tussen OPTA en KPN. De in de brief van 4 februari 2010 weergegeven verklaring van KPN, alsmede de vermelde feitelijke gedragingen van KPN met betrekking tot de beide meldingen moeten in het licht van het voornoemde Handvest worden gezien.

26. De uitvoering die KPN, aldus partijen, zou hebben gegeven aan bepaalde voorschriften, alsmede de aanpassingen die KPN heeft gedaan aan bepaalde voorwaarden, betroffen slechts onverplichte verklaringen gedaan in het kader van het Handvest en overleg met OPTA. Met de publicatie van de brief beoogde het college de markt te informeren over de tussen het college en KPN gemaakte afspraken.

27. Waar partijen een vergelijking trekken tussen de brief van 4 februari 2010 en een gedoogverklaring volgt het college dit niet. Het college heeft in de brief op geen enkele wijze vastgesteld dat sprake is van een overtreding van de Telecommunicatiewet, noch heeft hij te kennen gegeven dat indien er een dergelijke situatie zou ontstaan er zou worden afgezien van handhavend optreden. In de stelling dat een legale situatie onder voorwaarden geaccepteerd wordt, ziet het college evenmin een beoogd rechtsgevolg, doch slechts een weergave van door KPN gedane toezeggingen.

Besluit openbaar

28. Dat de brief verwijst naar de mogelijkheid het onderzoek naar de twee meldingen te heropenen brengt evenmin mee dat er sprake zou zijn van enig rechtsgevolg aangezien het college deze bevoegdheid los van deze brief direct aan de Telecommunicatiewet ontleend.

7 Dictum

29. Het college verklaart het bezwaar van BT Nederland N.V., Colt Technology Services B.V., Verizon Nederland B.V., UPC Nederland Business B.V., Tele2 Nederland B.V. en Atlantic Telecom Business B.V., gericht tegen zijn brief van 4 februari 2010 aan KPN, niet-ontvankelijk.

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,

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, telefonisch bereikbaar op (010) 297 12 34.