

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2015/201646_OV

Zaaknummer: 14.0875.31.1.01

Datum: 7 april 2015

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op het bezwaar van RBN B.V. gericht tegen zijn besluit van 18 december 2014, inzake een boete wegens overtreding van artikel 7.4a, eerste lid, van de Telecommunicatiewet.

1 Verloop van de procedure

1. Bij besluit van 18 december 2014¹ (hierna: het bestreden besluit) heeft de Autoriteit Consument en Markt² (hierna: ACM) een boete opgelegd aan KPN B.V. (hierna: KPN) van EUR 250.000 wegens overtreding van artikel 7.4a, eerste lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw).
2. Bij brief van 29 januari 2015³ heeft RBN B.V. (hierna: RBN) een pro forma bezwaarschrift ingediend tegen het bestreden besluit. Hierbij heeft RBN ACM verzocht om een afschrift van de op de zaak betrekking hebbende stukken aan haar toe te zenden en een termijn te geven voor het aanvullen van de gronden van bezwaar.
3. Bij brief van 3 maart 2015⁴ heeft ACM de ontvangst van het bezwaarschrift bevestigd en de bezwaartermijn met inachtneming van artikel 7:10, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) met zes weken verdaagd. Tevens heeft ACM aan RBN verzocht nader toe te lichten waarom zij van mening is belanghebbende te zijn bij het bestreden besluit.
4. Bij brief van 16 maart 2015⁵ heeft RBN toegelicht waarom zij belanghebbende meent te zijn bij het bestreden besluit. Op 26 maart 2015 heeft RBN telefonisch aangegeven dat zij geen gebruik maakt van de gelegenheid om haar zienswijze nader mondeling of schriftelijk toe te lichten.

2 Feiten en achtergrond

5. RBN biedt een Voip-applicatie genaamd RingCredible aan. Met deze applicatie kunnen eindgebruikers bellen over het internet.
6. Op of rond 27 maart 2013 heeft RBN telefonisch contact opgenomen met een toezichthoudend ambtenaar van ACM vanwege problemen op de 3G-infrastructuur van KPN.⁶ Volgens RBN werkte de applicatie RingCredible niet meer op het 3G-netwerk van KPN. Op 23 april 2013

¹ Zie: Besluit van 18 december 2014 met kenmerk ACM/DJZ/2014/207376.

² Vanaf 1 april 2013 is ACM de rechtsoptvolger van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit en de Consumentenautoriteit. In dit besluit wordt voor de eenduidigheid steeds verwezen naar ACM, ook in de periode voor 1 april 2013.

³ Zie: Brief van 29 januari 2015 met kenmerk ACM/DJZ/2015/100279.

⁴ Zie: Brief van 3 maart 2015 met kenmerk ACM/DJZ/2015/201201.

⁵ Zie: Brief van 16 maart 2015 met kenmerk ACM/DJZ/2015/100879.

⁶ Zie: Onderzoeksrapport met kenmerk ACM/DTVP/2014/204333 (hierna: het onderzoeksrapport), m. 6.

Besluit Openbaar

heeft RBN per e-mail aan KPN gemeld dat deze problemen zich tevens voordoen op twee wifi-hotspots van KPN.⁷

7. Naar aanleiding van het signaal van RBN over het niet correct functionerende 3G-netwerk van KPN, heeft ACM tweemaal contact opgenomen met KPN.⁸ KPN heeft het door RBN gesignaleerde probleem op 14 mei 2013 opgelost.⁹
8. Begin juli 2013 heeft KPN bij ACM een melding in het kader van het Compliance Handvest gedaan waaruit blijkt dat zij een potentiële overtreding had begaan met betrekking tot netneutraliteit. Op 176 van haar wifi-hotspots werden binnen de dienst Gratis Basis internet in het algemeen bepaalde datastromen geblokkeerd. Het betrof de toepassingen die niet via poorten 80 en 443 werden aangeboden. Het aantal aanbieders dat door KPN is geblokkeerd is onbepaald.

3 Juridisch kader

9. Ingevolge artikel 7:1, eerste lid, gelezen in samenhang met artikel 8:1, eerste lid, Awb kan uitsluitend een belanghebbende tegen een besluit bezwaar maken.
10. Ingevolge artikel 1:2, eerste lid, Awb wordt onder belanghebbende verstaan: degene wiens belang rechtstreeks bij een besluit is betrokken. Om als belanghebbende in de zin van de Awb te kunnen worden aangemerkt, moet de bezwaarmaker volgens vaste rechtspraak¹⁰ een voldoende objectief bepaalbaar, eigen, persoonlijk belang hebben dat hem in voldoende mate onderscheidt van anderen en dat rechtstreeks wordt geraakt door het bestreden besluit.
11. Ingevolge artikel 6:6, onderdeel a, Awb wordt het bezwaar niet-ontvankelijk verklaard indien 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.

4 Zienswijze RBN

12. RBN meent dat zij rechtstreeks in haar belangen wordt geraakt door het bestreden besluit. In haar brief van 16 maart 2015 licht RBN toe waarom dat volgens haar het geval is. Kortweg komt het op het volgende neer.
13. RBN stelt dat zij rechtstreeks in haar belangen is getroffen nu zij een directe concurrent is van KPN. Als gevolg van de in het onderzoeksrapport geconstateerde overtreding van KPN stelt RBN klanten en inkomsten te zijn misgelopen en reputatieschade te hebben geleden.

⁷ Zie: E-mailbericht van 5 juli 2013 met kenmerk ACM/DTVP/2013/301713, digitale bijlage, nr. 13.

⁸ Zie: E-mailbericht van 27 maart 2013 met kenmerk ACM/DTVP/2014/403210 en e-mailbericht van 24 juni 2013 met kenmerk ACM/DTVP/2013/301713.

⁹ Zie: E-mailbericht van 5 juli 2013 met kenmerk ACM/DTVP/2013/301713, digitale bijlage, nr. 20a.

¹⁰ Zie o.a.: ABRvS 21 oktober 2009, ECLI:NL:RVS:2009:BK0831.

Besluit Openbaar

14. RBN is van mening dat KPN de overtreding bewust heeft begaan en daaruit wederrechtelijk voordeel heeft genoten. Doordat ACM volgens RBN een te lage boete heeft opgelegd, is het wederrechtelijk verkregen voordeel van KPN niet volledig weggenomen. Hierdoor zijn de concurrentieverhoudingen op de markt volgens RBN niet (geheel) hersteld met als gevolg dat RBN nog steeds in haar concurrentiebelangen is geschaad.
15. RBN meent dat zij een bijzondere positie heeft ten opzichte van andere aanbieders van door KPN geblokkeerde applicaties omdat zij aantoonbaar schade heeft geleden door de handelwijze KPN, welke zij via een civielrechtelijke procedure op KPN zal verhalen. Bovendien heeft RBN KPN en ACM erop geattendeerd dat KPN haar verplichtingen structureel niet na kwam. Verder is ACM een onderzoek gestart door de klacht van RBN.
16. Volgens RBN is bij de vraag of zij belanghebbende is bij het bestreden besluit niet relevant (i) dat zij geen formele klacht heeft ingediend bij ACM over de handelwijze van KPN en (ii) de omstandigheid dat KPN het probleem van RBN al had opgelost voorafgaand aan het onderzoek van ACM.

5 Overwegingen

17. ACM overweegt dat RBN weliswaar direct concurrent van KPN is, maar dat zij niet rechtstreeks door het bestreden besluit is geraakt in haar belangen. De in het bestreden besluit aan KPN opgelegde boete (alsmede iedere mogelijke uitkomst van een eventuele bezwaarfase) beïnvloedt de positie van RBN niet.
18. RBN heeft geen handhavingsverzoek bij ACM ingediend ten aanzien van de gedraging waarvoor KPN in het bestreden besluit is beboet. Uit het feitencomplex volgt dat RBN enkel telefonisch een signaal aan ACM heeft afgegeven, zonder hierbij om handhaving te vragen. Bovendien zag het signaal van RBN op problemen die zij ervaarde met het 3G-netwerk van KPN. Dit signaal had aldus geen betrekking op de problemen op wifi-hotspots van KPN die in het bestreden besluit centraal staan.
19. Los van het feit dat er een verwijderd verband is tussen het door RBN bij ACM neergelegde signaal en het bestreden besluit, was het probleem van RBN dat ten grondslag lag aan haar bij ACM ingediende signaal reeds opgelost voordat ACM tot een onderzoek is overgegaan. De applicatie RingCredible was, voorafgaand aan het onderzoek van ACM naar de wifi-hotspots van KPN, door eindgebruikers weer te gebruiken op het 3G-netwerk van KPN. RBN heeft dit overigens bevestigd aan KPN.¹¹
20. In dit verband acht ACM relevant dat zij ambtshalve tot een onderzoek is overgegaan. Het signaal van RBN lag hier niet aan ten grondslag. Het signaal ging immers niet over de gedraging waarnaar het onderzoek van ACM is ingesteld. Dat het signaal van RBN aanleiding was voor toezichthoudend ambtenaren van ACM om vragen te stellen aan KPN over de specifieke situatie van RBN, maakt dit niet anders. Pas nadat KPN een melding in het kader

¹¹ Zie: E-mailbericht van 5 juli 2013 met kenmerk ACM/DTVP/2013/301713, digitale bijlage, nr. 20a.

Besluit Openbaar

van het Compliance Handvest heeft gedaan bij ACM over haar niet functionerende wifi-hotspots, heeft ACM uit eigen beweging tot een onderzoek besloten.

21. Voorts onderscheidt het belang van RBN zich naar het oordeel van ACM onvoldoende van dat van andere aanbieders van applicaties die door KPN zijn geblokkeerd gedurende de onderzoeksperiode. Uit het feitencomplex volgt dat het in casu een onbepaalde groep aanbieders betreft wiens applicatie was geblokkeerd, hetgeen RBN niet weerspreekt. Het is zeer goed mogelijk dat al deze aanbieders, gelijk aan RBN, door de blokkade van KPN klanten en inkomsten zijn misgelopen en reputatieschade hebben opgelopen. Uit de zienswijze van RBN is niet aannemelijk geworden dat het belang van RBN zich in relevante mate van het belang van deze andere aanbieders onderscheidt.
22. Alhoewel RBN haar specifieke situatie voor het voetlicht heeft gebracht bij KPN, was het KPN die detecteerde dat het probleem breder was dan het specifieke signaal van RBN. Het was ook KPN die de handelwijze die centraal staat in het bestreden besluit bij ACM heeft gemeld door middel van een melding in het kader van het Compliance Handvest. Ook in die zin onderscheidt het belang van RBN zich aldus niet van dat van andere aanbieders van applicaties die door KPN zijn geblokkeerd op haar wifi-hotspots.
23. Dat de handelwijze van KPN nadelig is geweest voor RBN is aannemelijk. De enkele omstandigheid dat RBN aangeeft in de toekomst een civiele procedure aan te zullen spannen om de geleden schade te verhalen op KPN maakt echter niet dat zij daardoor ten opzichte van het bestreden besluit voldoende grond heeft om als belanghebbende aangemerkt te worden.
24. ACM merkt tot slot nog op dat met het beëindigen van de overtreding door KPN op 4 juli 2013,¹² de verstoorde concurrentieverhoudingen op de telefoniemarkt reeds zijn hersteld. Boeteoplegging is hiervoor, in tegenstelling tot hetgeen RBN meent, niet noodzakelijk. De opgelegde boete heeft een punitief en preventief doel. Deze omstandigheid maakt niet dat RBN belanghebbende is bij het bestreden besluit.
25. Gelet op al het voorgaande komt ACM tot de conclusie dat RBN geen belanghebbende is bij het bestreden besluit en haar bezwaar aldus ingevolge artikel 6:6, onderdeel a, Awb als niet-ontvankelijk moet worden aangemerkt.

¹² Zie: Onderzoeksrapport, rn. 35.

**Besluit
Openbaar**

6 Dictum

De Autoriteit Consument en Markt:

verklaart het bezwaar van RBN B.V. tegen het besluit van ACM van 18 december 2014 met kenmerk ACM/DJZ/2014/207376 niet-ontvankelijk.

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.
mr. M.T.P.J. van Oers
Directeur Directie Juridische Zaken

5/5

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks is betrokken, binnen zes weken na bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd beroepschrift indienen bij de Rechtbank Rotterdam, Sector Bestuursrecht, Postbus 50951, 3007 BM Rotterdam. Nadere informatie over de beroepsprocedure is te vinden op www.rechtspraak.nl.