

Openbaar Besluit

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2014/207376

Zaaknummer: 14.0875.31

Datum: 18 december 2014

Besluit van Autoriteit Consument en Markt tot het opleggen van een boete ter zake van overtreding van artikel 7.4a, eerste lid, van de Telecommunicatiewet inzake netneutraliteit.

Samenvatting

Op 4 augustus 2014 hebben toezichthoudend ambtenaren van de Autoriteit Consument en Markt een rapport opgemaakt tegen KPN B.V. voor het overtreden van de Telecommunicatiewet wegens het schenden van de verplichting van netneutraliteit. Naar aanleiding van dit rapport legt de Autoriteit Consument en Markt een boete op aan KPN van € 250.000.

KPN heeft via Wifi-hotspots op verschillende locaties in Nederland internet aangeboden. Consumenten die gebruik maakten van deze hotspots hadden geen toegang tot bepaalde diensten en applicaties, omdat KPN deze had geblokkeerd. Het doel van netneutraliteit is om de keuze- en uitingsvrijheid van gebruikers van het internet te maximaliseren. De gedraging van KPN is niet verenigbaar met dit doel.

I. Inleiding

1. De Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) stelt op grond van artikel 15.4, derde lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) met dit besluit een overtreding vast waarvoor zij een boete oplegt van € 250.000. De boete wordt opgelegd aan KPN B.V. (hierna: KPN). Deze boete wordt opgelegd voor overtreding van artikel 7.4a, eerste lid, Tw.
2. Aanleiding voor het onderhavige besluit vormt het rapport zoals op 4 augustus 2014 is opgemaakt (hierna: het onderzoeksrapport) door toezichthoudend ambtenaren van ACM.
3. In dit besluit gaat ACM eerst in op de achtergrond van de bepaling inzake netneutraliteit (paragraaf II), het verloop van de procedure (paragraaf III), het onderzoeksrapport (paragraaf IV), de feiten (paragraaf V) en de zienswijze van KPN (paragraaf VI). In de daarop volgende paragrafen zal ACM beoordelen of er een overtreding is begaan van de bepaling inzake netneutraliteit en wie als overtreder is aan te merken (paragraaf VII), en de vaststelling van de hoogte van de boete (paragraaf VIII). Ten slotte volgt het dictum (paragraaf IX).

Openbaar Besluit

II. Netneutraliteit

4. Ter implementatie van de Universeledienstrichtlijn¹ heeft Nederland bewust gekozen voor strikte netneutraliteit. In dat kader is op 1 januari 2013 artikel 7.4a Tw in werking getreden. Deze bepaling heeft als doel het verzekeren van netneutraliteit, waarmee de wetgever een vrij toegankelijk internet beoogt te realiseren dat iedereen de mogelijkheid biedt om alle websites te bezoeken en alle diensten te gebruiken, voor welk gebruik internet noodzakelijk is.² Daarnaast wordt hiermee gerealiseerd dat iedereen de mogelijkheid heeft om nieuwe, innovatieve diensten en websites aan te bieden. Met andere woorden, de bepaling is erop gericht om de keuze- en uitingsvrijheid van eindgebruikers op het internet te maximaliseren, zonder dat de aanbieder van internettoegang hieraan sturing geeft.³
5. Internetproviders hebben de mogelijkheid om de toegang tot websites of via het internet aangeboden diensten te beperken.⁴ Dat kunnen zij doen door het internetverkeer op eigen initiatief of onder druk van derden te belemmeren of te vertragen. Deze 'macht' van internetproviders staat echter op gespannen voet met de keuze- en uitingsvrijheid van eindgebruikers. Om die reden verbiedt artikel 7.4a Tw in beginsel iedere belemmering of vertraging van diensten of toepassingen op internet door aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken waarover internettoegangsdiensten worden geleverd, en door aanbieders van internettoegangsdiensten.

III. Verloop van de procedure⁵

6. Voorafgaand aan het onderzoeksrapport van de toezichthoudend ambtenaren heeft de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: OPTA, thans ACM) onderzoek gedaan naar de gedragingen van KPN. Aanleiding hiervoor was een bij OPTA binnengekomen klacht van VoIP-aanbieder [vertrouwelijk] B.V. (hierna: [vertrouwelijk], aanbieder van de dienst [vertrouwelijk]).

¹ Richtlijn 2002/22/EG, PbEG 2002, L 108, zoals laatstelijk gewijzigd op 25 november 2009 door Richtlijn 2009/136/EG, PbEU 2009, L 337.

² Kamerstukken II 2010/11, 32549, nr. 29.

³ Kamerstukken II 2010/11, 32549, nr. 29, p. 2.

⁴ Kamerstukken II 2010/11, 32549, nr. 29, p. 2.

⁵ Zie voor een uitvoerige weergave van de gang van zaken voorafgaan aan het onderzoek tot aan het onderzoeksrapport paragraaf 2 van het onderzoeksrapport.

Openbaar Besluit

7. Naar aanleiding van door [vertrouwelijk] gemelde problemen op de WiFi-hotspots van KPN op de locaties Schiphol en Van der Valk hebben toezichthoudend ambtenaren van de directie TVP van ACM vragen gesteld aan KPN.⁶
8. KPN heeft in dat kader nader onderzoek gedaan naar de WiFi-hotspots en naar aanleiding van haar bevindingen heeft zij op 9 juli 2013 bij ACM “issue 227” gemeld in de vorm van een interpretatievraag, die er kort gezegd op neerkomt of haar WiFi-hotspots aan de bepalingen omtrent netneutraliteit voldoen.⁷ Vervolgens heeft zij deze melding gewijzigd en gecategoriseerd als potentiële overtreding met betrekking tot de netneutraliteit van haar WiFi-hotspots.⁸
9. Vanaf 26 augustus 2013 tot en met 26 maart 2014 is vervolgens correspondentie gewisseld tussen KPN en toezichthoudend ambtenaren waarin KPN informatie heeft verstrekt naar aanleiding van verscheidene informatieverzoeken van de Directie TVP van ACM.⁹ In die periode heeft de Directie TVP van ACM bij brief van 13 maart 2014 KPN medegedeeld een handhavingstraject te starten.¹⁰
10. Op 4 augustus 2014 heeft de Directie TVP van ACM het onderzoeksrapport verzonden aan KPN.¹¹ Bij brief van 8 augustus 2014 heeft ACM KPN uitgenodigd haar zienswijze op het onderzoeksrapport, zowel schriftelijk als mondeling, naar voren te brengen.¹² KPN heeft volstaan met een schriftelijke zienswijze op het onderzoeksrapport. Zij heeft haar schriftelijke zienswijze bij brief van 25 augustus 2014 ingediend.¹³ Er heeft geen hoorzitting plaatsgevonden.

⁶ Kenmerk 2013301713 – bron 2.

⁷ Kenmerk 2013302351 – bron 3.

⁸ Kenmerk 2013302352 – bron 4.

⁹ Kenmerk 2013101944 – bron 5, kenmerk 20131204478 – bron 6, kenmerk 2013102641 – bron 7, kenmerk 2013205812 – bron 8, kenmerk 2013103065 – bron 9, kenmerk 2014101140 – bron 11 – kenmerk 2014402376 – bron 12 – kenmerk 201410679 – bron 13.

¹⁰ Kenmerk 2014201485 – bron 10.

¹¹ Brief met kenmerk: ACM/DTVP/2014/204338.

¹² Brief met kenmerk: ACM/DJZ/2014/204619.

¹³ Brief met kenmerk: L/14/U/039.

Openbaar Besluit

IV. Het onderzoeksrapport

11. Aanleiding voor het onderhavige besluit vormt de gedraging zoals vastgesteld in het onderzoeksrapport. In dit onderzoeksrapport hebben de toezichthoudend ambtenaren geconstateerd dat KPN een overtreding van artikel 7.4a, eerste lid, Tw heeft begaan door van 1 januari 2013 tot en met 4 juli 2013 de internettoegangsdienst “Gratis Basis Internet”, die naast de betaalde dienst “Premium Internet” onderdeel is van de dienst “KPN Hybride Hotspots” (hierna: de dienst Gratis Basis Internet), aan te bieden waarbinnen bepaalde diensten en toepassingen op internet ten onrechte werden geblokkeerd.

V. Feiten

12. KPN is een besloten vennootschap.¹⁴ Zij is zowel aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk waarover internettoegangsdiensten worden geleverd als aanbieder van internettoegangsdiensten.
13. [vertrouwelijk] is aanbieder van de dienst [vertrouwelijk], een telefoondienst die geleverd wordt via het publieke internet. Met deze applicatie is het mogelijk om (internationaal) met een smartphone te bellen over een mobiele of WiFi-internetverbinding door middel van Voice over IP (hierna: VoIP).
14. Op 23 april 2013 meldt [vertrouwelijk] aan KPN dat haar applicatie geblokkeerd wordt op verschillende WiFi-hotspots van KPN, zoals op Schiphol en bij Van der Valk.¹⁵ KPN meldt vervolgens op 14 mei 2013 aan [vertrouwelijk] dat haar applicatie op deze WiFi-hotspots weer werkt,¹⁶ hetgeen [vertrouwelijk] op 23 mei 2013 bevestigt.¹⁷
15. Naar aanleiding van de problemen op deze WiFi-hotspotlocaties heeft ACM bij e-mail van 24 juni 2013 vragen gesteld aan KPN.¹⁸ KPN heeft vervolgens nader onderzoek gedaan naar de WiFi-hotspots.
16. Op 4 juli 2013 ontdekt KPN dat de problemen niet beperkt zijn tot de dienst van [vertrouwelijk] en/of de locaties Schiphol en Van der Valk.¹⁹ Op alle 176 KPN Hybride

¹⁴ Uittreksel KvK KPN B.V.

¹⁵ Kenmerk 2013301713 – bron 2.

¹⁶ Kenmerk 2013301713 – bron 2.

¹⁷ Kenmerk 2013301713 – bron 2.

¹⁸ Kenmerk 2013301713 – bron 2.

¹⁹ Kenmerk 2013102641 – bron 7.

Openbaar Besluit

Hotspots²⁰ worden binnen de dienst Gratis Basis Internet in het algemeen bepaalde datastromen geblokkeerd. Dit is het gevolg van een configuratie-instelling bij KPN. Voor de dienst Gratis Basis Internet is een zogenoemde "Acces List" opgesteld waarop staat dat dataverkeer via poorten 80 en 443 mogelijk moet zijn. Alle toepassingen die niet via deze poorten worden aangeboden worden dus geblokkeerd.²¹ Voorbeelden hiervan zijn Bittorent, FTP (File Transfer Protocol), SSH, Telnet en VoIP.²² Indien eindgebruikers toegang willen krijgen tot deze toepassingen, moeten zij op de WiFi-hotspots kiezen voor de betaalde Premium Internet-variant van KPN.²³

17. Op 4 juli 2013 verwijdt KPN de Acces List met als gevolg dat al het verkeer wordt toegelaten, ook de tot dan toe geblokkeerde diensten en toepassingen. De blokkade is daarmee beëindigd.²⁴
18. Op 11 juli 2013 meldt KPN vervolgens bij ACM dat sprake is van een potentiële overtreding met betrekking tot de netneutraliteit van haar WiFi-hotspots:

"Naar aanleiding van de uitvraag van ACM met betrekking tot de klacht van [vertrouwelijk] in het kader van netneutraliteit, wil KPN een potentiële overtreding melden met betrekking tot netneutraliteit voor Hotspots. Het gaat hierbij om de zogenaamde 'Hybride' aanbiedingsvorm, die KPN aanbiedt op 176 hotspot-locaties binnen Nederland. Op plaatsen waar deze vorm wordt aangeboden, heeft de eindgebruiker de keuze uit gratis 'Basis Internet'-gebruik dan wel betaalde 'Premium Internet'-gebruik van de hotspot. Met gratis 'Basis Internet' kon een klant surfen en mailen (binnen een beperkte tijd), bij deze variant konden andere diensten, zoals VPN en mailclient services, niet gebruikt worden. Voor de betaalde variant 'Premium Internet' geldt dat de gebruiker niet gebonden is aan een tijdslimiet en had hij wel toegang tot andere diensten als VPN en mailclientservices. KPN heeft op 4 juli jongstleden de (potentiële) overtreding beëindigd door de propositie aan te passen. Binnen de gratis variant kunnen de andere diensten nu ook worden gebruikt.

²⁰ Kenmerk 2013302351 – bron 3, kenmerk 2013302352 – bron 4, kenmerk 2013101944 – bron 5.

²¹ Kenmerk 2013102641 – bron 7, kenmerk 2013103065 – bron 9.

²² Kenmerk 2013103065 – bron 9.

²³ Kenmerk 2013302351 – bron 3, kenmerk 2013302352 – bron 4, kenmerk 2013101944 – bron 5.

²⁴ Kenmerk 2013102641 – bron 7.

Openbaar Besluit

*Het verschil met de betaalde variant is snelheid van het internet en de beperkte duur van het gebruik.*²⁵

19. De gedraging heeft geduurd van 1 januari 2013 tot en met 4 juli 2013. In die periode zijn in totaal [vertrouwelijk] gebruikersovereenkomsten gesloten.²⁶ Het aantal gebruikersovereenkomsten gesloten door unieke gebruikers (een unieke gebruiker is een persoon die in de periode ten minste één keer toegang heeft gezocht tot de dienst Gratis Basis Internet) is [vertrouwelijk].²⁷
20. Naast de klacht van [vertrouwelijk] heeft ACM geen andere klachten ontvangen met betrekking tot de dienst Gratis Basis Internet over het blokkeren en/of vertragen van diensten en toepassingen op het internet.

VI. Zienswijze

21. Kort en zakelijk weergegeven brengt KPN het volgende in haar zienswijze naar voren.
22. Vooropgesteld wordt dat KPN zich herkent in de weergave van het feitencomplex zoals neergelegd in het onderzoeksrapport. Zij verzet zich niet tegen de constatering in het onderzoeksrapport dat sprake is van een overtreding van artikel 7.4a, eerste lid, Tw. KPN kan zich echter niet vinden in de conclusie in het onderzoeksrapport dat sprake is van een zeer ernstige overtreding (zie randnummer 57 van het onderzoeksrapport). In dat kader voert zij het volgende aan.
23. Allereerst stelt KPN zich op het standpunt dat de norm van artikel 7.4a, eerste lid, Tw zich weliswaar richt tot alle 'aanbieders van internettoegang', maar dat ten tijde van de invoering van de bepaling geen duidelijkheid bestond over de afbakening. In dat verband merkt KPN op dat onduidelijk was hoe de norm zou worden toegepast op (gratis) vormen van dienstverlening gebaseerd op WiFi-technologie die voor 1 januari 2013 al bestonden. Volgens KPN concentreerde de parlementaire discussie zich op de internetdienstverlening van aanbieders van openbare vaste en mobiele netwerken.
24. Daarnaast keert KPN zich tegen het in het onderzoeksrapport betrokken aspect van de schade voor de eindgebruikers. KPN stelt dat het aannemelijk is dat het grootste deel van

²⁵ Kenmerk 2013302352 – bron 4.

²⁶ Kenmerk 2014101140 – bron 11.

²⁷ Kenmerk 2014101140 – bron 11.

Openbaar Besluit

de [vertrouwelijk] eindgebruikers dat verbinding heeft gemaakt met de dienst Gratis Basis Internet niet beperkt is in zijn internetmogelijkheden. In dat kader voert zij het volgende aan: (1) De gebruikers op de desbetreffende locaties konden naast de dienst Gratis Basis Internet ook kiezen voor de betaalde variant zonder belemmeringen of vertragingen van diensten of toepassingen op internet, de dienst Premium Internet; (2) bijna alle klanten van KPN en haar merken hebben gratis toegang tot de dienst Premium Internet; en (3) onder de [vertrouwelijk] eindgebruikers bevonden zich [vertrouwelijk] bezoekers van Schiphol die grotendeels uit het buitenland afkomstig zijn; aangezien alleen Nederland een vergaande netneutraliteitsbepaling als artikel 7.4a Tw kent, zullen de buitenlandse eindgebruikers *“zich niet in hun keuze- en uitingsvrijheid beperkt gevoeld hebben”*; zij zijn gewend dat de desbetreffende diensten geblokkeerd zijn en zullen deze diensten dus niet geprobeerd hebben te gebruiken. Ter illustratie van het voorgaande voert KPN aan dat zij na de beëindiging van de blokkades in de dienst Gratis Basis Internet op 4 juli 2013 geen substantiële wijziging ziet in de verhouding tussen het aantal gebruikers van de gratis dienst en de betaalde variant; tevens benadrukt zij het feit dat zowel KPN als ACM geen klachten heeft ontvangen van de [vertrouwelijk] eindgebruikers.

25. Ten aanzien van het in het onderzoeksrapport betrokken aspect van de schade voor dienstenaanbieders stelt KPN zich op het standpunt dat deze aanbieders niet of nauwelijks zijn geschaad. Dit baseert KPN op haar stelling dat de eindgebruikers niet effectief in hun keuze- en uitingsvrijheid op internet zijn beperkt, zoals weergegeven in randnummer 24.
26. Wat betreft de duur van de overtreding brengt KPN het volgende naar voren. KPN geeft toe dat zij zich bij de invoering van artikel 7.4a Tw onvoldoende rekenschap heeft gegeven van de noodzaak tot aanpassing van de dienst Gratis Basis Internet. In de loop van de gesprekken met [vertrouwelijk] is zij tot de conclusie gekomen dat het niet is toegestaan om in aanvulling op een volledige dienst, Premium Internet, nog een ‘extra dienst’ met mindere faciliteiten te bieden. Nadat dit besef is ontstaan heeft zij snel gehandeld.

VII. Beoordeling

27. Artikel 7.4a, eerste lid, Tw luidt:

“Aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken waarover internettoegangsdiensten worden geleverd en aanbieders van internettoegangsdiensten belemmeren of vertragen geen diensten of toepassingen op het internet, tenzij en voor zover de betreffende maatregel waarmee diensten of toepassingen worden belemmerd of vertraagd noodzakelijk is:

Openbaar Besluit

8/16

- a. om de gevolgen van congestie te beperken, waarbij gelijke soorten verkeer gelijk worden behandeld;
 - b. ten behoeve van de integriteit en de veiligheid van het netwerk en de dienst van de betrokken aanbieder of het randapparaat van de eindgebruiker;
 - c. om de doorgifte van ongevraagde communicatie als bedoeld in artikel 11.7, eerste lid, aan een eindgebruiker te beperken, mits de eindgebruiker daarvoor voorafgaand toestemming heeft verleend, of
 - d. ter uitvoering van een wettelijk voorschrift of rechterlijk bevel.”
28. Op grond van artikel 7.4a, eerste lid, Tw (netneutraliteit) is in beginsel *iedere* belemmering of vertraging van diensten of toepassingen op internet verboden voor aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken waarover internettoegangsdiensten worden geleverd, en voor aanbieders van internettoegangsdiensten.
29. Het begrip ‘aanbieder van een internettoegangsdienst’ is niet gedefinieerd in de Telecommunicatiewet. Het begrip dient echter in de ruimste zin van het woord te worden uitgelegd, om te voorkomen dat de bepaling inzake netneutraliteit wordt omzeild.²⁸
30. Een internettoegangsdienst is kort gezegd een dienst waarmee toegang tot internet wordt geboden. Met ‘internet’ wordt bedoeld op *“het wereldwijde, publieke netwerk van eindpunten met door de Internet Assigned Numbers Authority (‘IANA’) toegewezen IP-adressen”*.²⁹ Deze definitie van internet moet breed worden uitgelegd. Zodra men een dienst aanbiedt waarmee toegang wordt verleend tot websites en andere diensten of toepassingen op internet, zoals e-mail of VoIP, dan is er sprake van het aanbieden van een internettoegangsdienst.³⁰
31. Wat ook zij van KPN’s stelling (kort weergegeven in randnummer 23) dat er ten tijde van de invoering van de bepaling onduidelijkheid bestond over de afbakening van het begrip ‘aanbieders van internettoegangsdiensten’, in ieder geval staat vanaf het begin van de introductie van de bepaling vast dat KPN onder dit begrip valt gelet op hetgeen in randnummer 29 en 30 is overwogen. Bovendien volgt uit KPN’s zienswijze dat het voor haar vanaf het begin duidelijk was tot wie de norm zich richt: *“De norm richt zich tot alle ‘aanbieders van internettoegang’”* en *“Een letterlijke interpretatie van de tekst brengt elke*

²⁸ Kamerstukken I 2011/12, 32549, nr. G, p. 8.

²⁹ Kamerstukken II 2010/11, 32549, nr. 29, p. 2.

³⁰ Kamerstukken II 2010/11, 32549, nr. 29, p. 2.

Openbaar Besluit

*vorm van internettoegang die als ‘dienst’ wordt aangeboden hieronder”.*³¹ Haar stelling dat de parlementaire discussie zich zou concentreren op internetdienstverlening die aanbieders van openbare vaste en mobiele netwerken aanbieden, is dan ook irrelevant, nog afgezien van het feit dat uit de parlementaire geschiedenis het tegendeel volgt.³²

32. KPN is zowel aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk waarover internettoegangsdiensten worden geleverd als aanbieder van internettoegangsdiensten. ACM stelt vast dat het in onderhavig besluit gaat om de hoedanigheid van KPN als aanbieder van een internettoegangsdienst, namelijk aanbieder van de dienst Gratis Basis Internet. Met de dienst Gratis Basis Internet verleent KPN eindgebruikers toegang tot websites en andere diensten en/of toepassingen op internet en de dienst kwalificeert dan ook als internettoegangsdienst.
33. Tot 4 juli 2013 heeft KPN via haar WiFi-hotspots op 176 verschillende locaties in Nederland de dienst Gratis Basis Internet aangeboden. Vanaf eind 2009 – de periode waarin KPN de dienst Gratis Basis Internet heeft geïntroduceerd – heeft KPN ten aanzien van de dienst Gratis Basis Internet alle diensten die niet via poorten 80 en 443 werden aangeboden, zoals VPN (Virtual Private Network)³³ en mailclient services (zoals de e-mailapplicatie Outlook), geblokkeerd.³⁴
34. Artikel 7.4a Tw verbiedt iedere belemmering of vertraging van diensten of toepassingen op internet; óók een blokkade zoals KPN toepaste in haar dienst Gratis Basis Internet. KPN bood reeds voor de inwerkingtreding van de bepaling inzake netneutraliteit de dienst Gratis Basis Internet aan op de manier zoals hiervoor beschreven, zie randnummer 16 en 33. Op grond van artikel 7.4a, eerste lid, Tw diende KPN óp 1 januari 2013 haar dienst dan ook zo aangepast te hebben dat er géén sprake meer was van een belemmering of vertraging van diensten of toepassingen op internet. ACM stelt vast dat KPN dit heeft nagelaten door de blokkade van diensten die niet via poorten 80 en 443 werden aangeboden in stand te laten.

³¹ Brief met uw kenmerk: L/14/U/039, randnummer 1 en 2, p. 2 (ACM/DJZ/2014/102535).

³² Kamerstukken II 2010/11, 32549, nr. 29, p. 2, kamerstukken I 2011/12, 32549, nr. G, p. 8 en Aanhangsel Handelingen II, 2011/12, 1888, p. 2.

³³ VPN wordt gebruikt om thuiswerken en werken op locatie mogelijk te maken. Met een externe computer wordt verbinding gemaakt met het (bedrijfs)netwerk, zodat vanaf de externe computer op het (bedrijfs)netwerk kan worden gewerkt. VPN is dus met name voor zakelijke eindgebruikers van belang.

³⁴ Kenmerk 2013102641 – bron 7.

Openbaar Besluit

35. Naar zeggen van KPN heeft zij op 4 juli 2013 ontdekt dat binnen de dienst Gratis Basis Internet in het algemeen bepaalde datastromen in strijd met artikel 7.4a, eerste lid, Tw werden geblokkeerd. Dit heeft zij diezelfde dag hersteld. Dit laat echter onverlet dat KPN in strijd met artikel 7.4a, eerste lid, Tw als aanbieder van een internettoegangsdienst diensten op internet heeft belemmerd.
36. Zoals blijkt uit haar zienswijze verzet KPN zich niet tegen de constatering in het onderzoeksrapport dat sprake is van een overtreding van artikel 7.4a, eerste lid, Tw. Gelet op het vorenstaande stelt ACM vast dat KPN van 1 januari 2013 tot en met 4 juli 2013 artikel 7.4a, eerste lid, Tw heeft overtreden.

VIII. Boete

37. Artikel 15.1, tweede lid, Tw, voor zover relevant, luidt als volgt:
“De Autoriteit Consument en Markt is belast met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens andere bepalingen van deze wet dan bedoeld in het eerste lid en met het toezicht op de roamingverordening.”
38. Artikel 15.4, derde lid, Tw luidt als volgt:
“De Autoriteit Consument en Markt kan een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 450 000 ter zake van overtreding van de bij of krachtens de in artikel 15.1, tweede lid, bedoelde regels.”
39. Ingevolge artikel 15.1, tweede lid, Tw is ACM belast met het toezicht op de naleving van artikel 7.4a Tw. Op grond van artikel 15.4, derde lid, Tw is ACM bevoegd een boete van ten hoogste € 450.000 per overtreding op te leggen in het geval van overtreding van de in artikel 15.1, tweede lid, Tw bedoelde regels, zoals de verplichting uit artikel 7.4a, eerste lid, Tw. Bij het vaststellen van de hoogte van een op te leggen boete dienen – op grond van de artikelen 5:41 en 5:46 Awb – de verwijtbaarheid van de overtreder, de ernst van de overtreding en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd te worden betrokken. Voorts moet het in artikel 3:4 Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel in acht genomen worden.

Openbaar Besluit

11/16

40. Op 1 augustus 2014 is de Boetebeleidsregel ACM 2014 (hierna: Boetebeleidsregel) in werking getreden.³⁵ De Boetebeleidsregel bevat nadere regels voor de wijze waarop ACM invulling geeft aan haar bevoegdheid om bestuurlijke boetes op te leggen. De algemene doelstelling bij het vaststellen van de hoogte van de boete is dat de boete evenredig is met het oog op de gepleegde overtreding. Voorts hanteert ACM het uitgangspunt dat de op te leggen boete voldoende afschrikwekkend is voor zowel de overtreder als voor (potentiële) andere overtredders.
41. Op grond van artikel 15.4, derde lid, Tw jo. 2.7, eerste en tweede lid, Boetebeleidsregel stelt ACM een basisboete vast binnen de bandbreedte van de boetecategorie waarin de overtreden norm is ingedeeld. Ingeval van onderhavige overtreding stelt ACM de basisboete vast tussen € 150.000 en € 450.000, aangezien overtreding van artikel 7.4a, eerste lid, Tw is ingedeeld in boetecategorie IV waarvoor deze boetebandbreedte is vastgesteld (zie Bijlage 2, behorende bij artikel 2.7, tweede lid, Boetebeleidsregel).
42. Artikel 2.2 Boetebeleidsregel geeft drie verschillende factoren, te weten: de ernst van de overtreding, de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd, en de duur van de overtreding. Met inachtneming van in ieder geval deze factoren stelt ACM de basisboete vast binnen de bandbreedte.
43. Na vaststelling van de basisboete beoordeelt ACM of sprake is van boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden op grond van artikel 2.8, eerste lid, Boetebeleidsregel. In artikel 2.9 en 2.10 Boetebeleidsregel zijn omstandigheden opgesomd die in ieder geval worden aangemerkt als boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden.
44. Tot slot kan ACM op grond van artikel 5:46, tweede lid, Awb – waarin is bepaald dat een bestuursorgaan bij het bepalen van de hoogte van de boete zo nodig rekening moet houden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd – de draagkracht van de desbetreffende onderneming in acht nemen bij het vaststellen van de boete.

³⁵ Beleidsregel van de Minister van Economische zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112617, met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes door de Autoriteit Consument en Markt (Boetebeleidsregel ACM 2014), Stcrt. (15 juli) 2014, 19776.

Openbaar Besluit

12/16

VIII.1 Verwijtbaarheid van de overtreding

45. De norm van artikel 7.4a, eerste lid, Tw richt zich tot *alle* aanbieders van internettoegangsdiensten. Dat KPN in onderhavige situatie als aanbieder van een internettoegangsdienst heeft te gelden ten aanzien van haar dienst Gratis Basis Internet staat vast en dat had KPN vanaf de invoering van de norm duidelijk dienen te zijn. Op grond van deze norm diende KPN de dienst Gratis Basis Internet aan te passen vanaf inwerkingtreding van artikel 7.4a, eerste lid, Tw. KPN heeft dit nagelaten zoals ACM heeft geconstateerd.
46. De aanpassing van haar internettoegangsdiensten aan de wetswijziging, te weten de invoering van de netneutraliteitsbepaling, komt volledig voor rekening van KPN. In haar zienswijze geeft KPN toe dat zij zich bij de invoering van artikel 7.4a Tw onvoldoende rekenschap heeft gegeven van de noodzaak tot aanpassing van de dienst Gratis Basis Internet. ACM concludeert dan ook dat de overtreding, bestaande uit het niet naleven van de wettelijke verplichting voortvloeiend uit artikel 7.4a, eerste lid, Tw, ten volle te verwijten is aan KPN.

VIII.2 Vaststelling van de basisboete

47. Artikel 7.4a, eerste lid, Tw heeft als doel het verzekeren van netneutraliteit ter bescherming van een vrij toegankelijk internet dat iedereen de mogelijkheid biedt om alle websites te bezoeken en alle diensten te gebruiken die op internet beschikbaar zijn, zonder sturing door de aanbieder van internettoegangsdiensten. De wetgever acht het open karakter van internet een groot goed dat beschermd dient te worden. Het artikel is er met andere woorden op gericht om de keuze- en uitingsvrijheid van eindgebruikers op het internet te maximaliseren. De eindgebruiker moet zelf kunnen kiezen welke informatie of diensten hij via het internet wenst te ontvangen; de aanbieder van internettoegangsdiensten mag hierin geen sturende rol vervullen. Artikel 7.4a Tw voorkomt dat eindgebruikers worden beperkt in hun keuze- en uitingsvrijheid op het internet doordat aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken waarover internettoegangsdiensten worden geleverd, en aanbieders van internettoegangsdiensten gebruik maken van hun mogelijkheid om de toegang tot websites of via het internet aangeboden diensten te belemmeren of vertragen. Overtreding van artikel 7.4a, eerste lid, Tw is beboetbaar met maximaal € 450.000.

Openbaar Besluit

13/16

48. Ten aanzien van de hier aan de orde zijnde overtreding van artikel 7.4a, eerste lid, Tw neemt ACM in aanmerking dat deze overtreding voortvloeit uit een door KPN bewust “gekozen business model” (zoals KPN in randnummer 14, p. 5 van haar brief van 25 augustus 2014 het noemt) waarmee zij heeft bewerkstelligd dat onder meer VPN en mailclient services werden geblokkeerd. Om dergelijke toepassingen toch te kunnen afnemen moesten eindgebruikers het betaalde Premium Internet of het mobiele netwerk gebruiken. Het is aannemelijk dat eindgebruikers hinder hebben kunnen ondervinden doordat zij bepaalde diensten en toepassingen niet hebben kunnen gebruiken.
49. ACM stelt vast dat deze benadeling van eindgebruikers bovendien verder reikt. Bepaalde aanbieders van diensten en toepassingen waarvoor internettoegang is vereist waren door de handelswijze van KPN geblokkeerd, zoals de VoIP-dienst [vertrouwelijk], maar ook veelgebruikte diensten als FileZilla,³⁶ Viber (een van de meest gedownloade applicaties in 2013 en vergelijkbaar met Skype en Whatsapp)³⁷ en VoipBuster. Netneutraliteit stelt dergelijke aanbieders in staat om (nieuwe, innovatieve) diensten en websites aan te bieden (mede) ten gunste van eindgebruikers. Onder meer op deze manier draagt netneutraliteit bij aan de maximalisatie van de keuze- en uitingsvrijheid van eindgebruikers. Door de blokkade waren deze diensten en toepassingen echter niet beschikbaar voor eindgebruikers. Er was dan ook geen sprake van een vrij toegankelijk internet dat eindgebruikers de mogelijkheid biedt om *alle* websites te bezoeken en *alle* diensten te gebruiken voor welk gebruik internet noodzakelijk is, waardoor eindgebruikers zelf kunnen kiezen welke informatie of diensten zij via het internet ontvangen. Eindgebruikers zijn dan ook benadeeld doordat zij beperkt zijn in hun keuze- en uitingsvrijheid.
50. Deze ‘tijdelijke’ beperking van de keuze- en uitingsvrijheid van de eindgebruikers kan bovendien schadelijke effecten hebben voor de keuze- en uitingsvrijheid van eindgebruikers op de langere termijn. Door dienstenaanbieders zoals [vertrouwelijk] te blokkeren wordt de prikkel bij dergelijke aanbieders ontnomen om te investeren in de ontwikkeling van nieuwe en innovatieve diensten en websites. Het bestaansrecht van dergelijke diensten en websites staat of valt immers bij het toegankelijk zijn van deze diensten en websites.
51. De overtreding ving aan op 1 januari 2013 en is door KPN beëindigd op 4 juli 2013. De duur van de overtreding stelt ACM vast op ruim zes maanden. In deze periode heeft een [vertrouwelijk] eindgebruikers gebruik gemaakt van de dienst Gratis Basis Internet. Dat

³⁶ Kenmerk 2013103065 – bron 9.

³⁷ Bron: <http://www.nutech.nl/apps/3641070/viber-heeft-330-miljoen-gebruikers.html>.

Openbaar Besluit

14/16

brengt mee dat zo'n [vertrouwelijk] eindgebruikers niet vrij waren om alle internetdiensten te gebruiken. KPN stelt zich op het standpunt dat buitenlandse eindgebruikers op Schiphol niet zijn geschaad door haar overtreding (zie randnummer 24). Aan dat standpunt legt zij ten grondslag dat dergelijke blokkades alleen in Nederland verboden zijn. ACM wijst erop dat met het verbod om diensten op het internet te belemmeren, wordt beoogd de keuze- en uitingsvrijheid van alle eindgebruikers in Nederland te maximaliseren. Buitenlandse eindgebruikers die in hun land van herkomst niet een even vergaande bescherming van de keuze- en uitingsvrijheid kennen, hebben die bescherming in Nederland op grond van de Nederlandse wetgeving wel. ACM deelt het standpunt van KPN dan ook niet niet en laat het buiten beschouwing.

52. Tot slot weegt ACM mee dat de overtreden bepaling in werking is getreden op 1 januari 2013 en ten tijde van de overtreding relatief nieuw was. KPN wist van de inwerkingtreding van de bewuste bepaling en heeft haar internettoegangsdiensten aangepast. Daarbij is de internettoegangsdienst Gratis Basis Internet over het hoofd gezien, zo stelt KPN. ACM neemt in aanmerking dat KPN dit niet bewust heeft gedaan. Dit neemt niet weg dat op KPN de verantwoordelijkheid rust om de wet op dit punt na te leven. Dit geldt te meer omdat KPN het belemmeren of vertragen van de internettoegang in haar eigen voordeel kan gebruiken.

VIII.3 Basisboete

53. Gelet op hetgeen ACM heeft overwogen in randnummer 47 tot en met 52 concludeert ACM dat een basisboete van € 250.000 gepast is.

VIII.4 Boeteverhogende of -verlagende omstandigheden

54. KPN voert aan dat zij in de loop van de gesprekken met [vertrouwelijk] tot de conclusie is gekomen dat de dienst Gratis Basis Internet niet in overeenstemming was met artikel 7.4a, eerste lid, Tw. Vervolgens zou zij snel hebben gehandeld. Zij heeft onverwijld uit eigen beweging de overtreding gestaakt en deze bij de Directie TVP van ACM gemeld. Voor zover KPN daarmee wil betogen dat ACM dat als boeteverlagende omstandigheden moet aanmerken, overweegt ACM het volgende.
55. Op 23 april 2013 heeft [vertrouwelijk] aan KPN gemeld dat haar applicatie volledig geblokkeerd is via de WiFi-hotspots van KPN op Schiphol en bij Van der Valk. Vervolgens heeft KPN op 14 mei 2013 weliswaar gemeld dat de dienst van [vertrouwelijk] op de twee locaties weer werkt, maar dit laat onverlet dat KPN pas op 4 juli 2013 – na nader onderzoek dat door haar is verricht naar aanleiding van vragen van toezichthoudend ambtenaren – heeft ontdekt dat bepaalde diensten werden geblokkeerd op alle 176 WiFi-Hotspots van

Openbaar Besluit

KPN en deze blokkades heeft opgeheven. ACM is van oordeel dat de tijd die KPN nodig had om de overtreding te beëindigen niet zodanig kort was dat een boeteverlaging gerechtvaardigd is.

56. Wat betreft de melding van de overtreding bij de Directie TVP van ACM, merkt ACM het volgende op. Ingeval een overtreder vergaande medewerking verleent aan het onderzoek en de overtreding uit eigen beweging en zonder tussenkomst van ACM beëindigt, kan ACM dat in aanmerking nemen als boeteverlagende omstandigheden. In het onderhavige geval weegt ACM ook mee dat KPN met OPTA op 24 april 2008 het Compliance Handvest KPN en OPTA heeft gesloten, waarbij KPN concreet invulling geeft aan haar eigen verantwoordelijkheid om de Tw na te leven. Op basis daarvan ligt het op de weg van KPN om overtredingen uit eigen beweging te melden aan ACM en om overtredingen na ontdekking op de kortst mogelijke termijn te staken. In dit specifieke geval stelt ACM dan ook – mede in het licht van hetgeen ACM heeft vastgesteld inzake de duur van de overtreding – vast dat de medewerking van KPN niet zodanig vergaand was dat deze een verlaging ten opzichte van de basisboete rechtvaardigt. Van andere boeteverlagende omstandigheden is niet gebleken.
57. Van boeteverhogende omstandigheden is ACM evenmin gebleken.

VIII.5 Conclusie ten aanzien van de vaststelling van de hoogte van de boete

58. In aanmerking genomen de ernst van de overtreding alsmede de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd en de duur van de overtreding, en de afwezigheid van boeteverhogende of -verlagende omstandigheden legt ACM een boete op van € 250.000 aan KPN voor overtreding van artikel 7.4a, eerste lid, Tw.
59. Naar het oordeel van ACM is de hoogte van de boetes, alle bovenvermelde omstandigheden tezamen bezien, evenredig. ACM ziet dan ook geen aanleiding tot nadere bijstelling van de boetes.

Openbaar Besluit

IX. Dictum

60. De Autoriteit Consument en Markt:

- legt aan KPN B.V. een boete op van € 250.000 wegens overtreding van artikel 7.4a, eerste lid, van de Telecommunicatiewet in de periode van 1 januari 2013 tot en met 4 juli 2013.

Den Haag,

De Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

w.g.
mr. J.G. Vegter
bestuurslid

16/16

Tegen dit besluit kan degene, wiens belang rechtstreeks bij dit besluit is betrokken, binnen zes weken na de dag van bekendmaking van dit besluit een gemotiveerd bezwaarschrift indienen bij het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt, Juridische Zaken, Postbus 16326, 2500 BH Den Haag. In dit bezwaarschrift kan een belanghebbende op basis van artikel 7:1a, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht, het bestuur van de Autoriteit Consument en Markt verzoeken in te stemmen met rechtstreeks beroep bij de bestuursrechter.