

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/ACNB/2011/201061

Zaaknummer: 11.0096.37

Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit tot oplegging van een boete aan de rechtspersoon Telfort B.V. en de rechtspersoon Koninklijke KPN N.V. ter zake van een overtreding van artikel 7.2 van de Telecommunicatiewet.

1 Samenvatting

1. In dit besluit stelt het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) vast dat de rechtspersoon Telfort B.V. (hierna: Telfort) en de rechtspersoon Koninklijke KPN N.V. (hierna: KPN) artikel 7.2, eerste lid, aanhef en onder a, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) hebben overtreden. Doordat zij de abonnees, die zij van AOL Europe Services SARL, handelend onder de naam CompuServe (hierna: CompuServe), niet tijdig van het van kracht worden van een starttarief op de hoogte heeft gesteld en haar abonnees niet het beëindigingsrecht heeft geboden. Hierbij gaat het om de invoering van een starttarief bij het bellen over internet. Het college legt aan Telfort en KPN gezamenlijk een boete op van € 40.000 waarvoor zij hoofdelijk aansprakelijk zijn.
2. Aanleiding tot het onderhavige besluit vormt het rapport zoals op 19 april 2011 is opgemaakt door een toezichthoudend ambtenaar van het college (hierna: het onderzoeksrapport).

2 Achtergrond en verloop van de procedure

3. Op 19 januari 2010 heeft de Consumentenbond aangegeven voornemens te zijn een handhavingsverzoek bij het college in te dienen. De Consumentenbond heeft het college erop attent gemaakt dat CompuServe en Telfort zich mogelijk, bij het overzetten van de CompuServe abonnees naar Telfort, niet hebben gehouden aan hetgeen is bepaald in artikel 7.2, lid 1, sub b, van de Tw.
4. Naar aanleiding van deze melding heeft het college op 21 januari 2010 per mail¹ aan Telfort gevraagd haar visie te geven op deze kwestie. Op 26 januari 2010 heeft Telfort per mail² inhoudelijk gereageerd op dit verzoek.
5. Op 26 januari 2010 heeft KPN de kwestie CompuServe / Telfort, in het kader van het Compliance Handvest³, dat is gesloten tussen het college en KPN, op de meldingenlijst geplaatst als [VERTROUWELIJK].

¹ Zie bijlage 3 van het onderzoeksrapport.

² Zie bijlage 4 van het onderzoeksrapport.

³ Bron: <http://www.opta.nl/nl/actueel/alle-publicaties/publicatie/?id=2571>.

Besluit Openbaar

6. Op 1 februari 2010 heeft de Consumentenbond, conform haar voornemen, een handhavingsverzoek bij het college ingediend.⁴ Op 1 februari 2010 heeft het college een afschrift van dit handhavingsverzoek van de Consumentenbond doorgestuurd naar Telfort.
7. Op 4 maart 2010 heeft KPN het college een brief⁵ gestuurd over haar constatering in zake [VERTROUWELIJK] op de meldingenlijst, waarin KPN uitleg geeft over de melding. Op 9 april 2010 heeft een toezichthoudend ambtenaar van het college (hierna: de rapporteur) contact gezocht met KPN en aangegeven dat het college behoefte heeft aan nadere informatie voor het uitvoeren van een onderzoek naar deze melding. Op 11 mei 2010 heeft een gesprek plaatsgevonden tussen medewerkers van het college en KPN. Van dit gesprek is een woordelijk verslag opgesteld.⁶
8. Het onderzoek heeft geresulteerd in een onderzoeksrapport⁷ dat de rapporteur op 19 april 2011 aan KPN en Telfort heeft gestuurd.
9. Op 27 april 2011 heeft het college KPN en Telfort uitgenodigd⁸ om een schriftelijke dan wel mondelinge zienswijze in te brengen over dit onderzoeksrapport. Van de mogelijkheid tot het inbrengen van een schriftelijke zienswijze hebben KPN en Telfort geen gebruik gemaakt.
10. Op 31 mei 2011 hebben KPN en Telfort tijdens een hoorzitting, ten kantore van het college, mondeling hun zienswijze naar voren gebracht, waarbij de aanwezige gemachtigden voor zowel Telfort als KPN hebben opgetreden. Van deze hoorzitting is een woordelijk verslag opgesteld. Voorts hebben KPN en Telfort op 7 juni 2011 per e-mail nader antwoord gegeven op een aantal vragen die tijdens de hoorzitting aan de orde zijn gekomen.

3 Het onderzoeksrapport

11. Aanleiding voor het onderhavige besluit vormen de overtredingen zoals vastgesteld in het onderzoeksrapport van 19 april 2011. In dit onderzoeksrapport heeft de rapporteur geconstateerd dat Telfort in de overeenkomst met de abonnees, die overgenomen zijn van CompuServe, een wijziging heeft aangebracht die niet aantoonbaar in het voordeel is van die abonnees. Voorts heeft de rapporteur geconstateerd dat Telfort haar abonnees niet tijdig en niet op genoegzame wijze heeft geïnformeerd over de wijziging en de mogelijkheid de overeenkomst kosteloos te beëindigen, noch daadwerkelijk het beëindigingsrecht heeft geboden.
12. De rapporteur is tot de conclusie gekomen dat KPN en Telfort ieder voor zich en gezamenlijk artikel 7.2, eerste lid, van de Tw hebben overtreden. Dit is vastgesteld op basis van informatie die door Telfort en KPN aan het college is verstrekt.

⁴ Zie bijlage 6 van het onderzoeksrapport.

⁵ Brief met uw kenmerk R/10/U/035.

⁶ Zie bijlage 9 van het onderzoeksrapport.

⁷ Besluit met het kenmerk OPTA/ACNB/2011/200893.

⁸ Brief met het kenmerk OPTA/ACNB/2011/201021.

Besluit Openbaar

4 Overige Feiten

4.1 Gedragingen

13. Op 1 december 2009 heeft CompuServe internetabonnementen overgedragen aan Telfort. Telfort heeft in de bestaande overeenkomsten de plaats overgenomen van CompuServe en heeft de overeenkomsten voortgezet en de contractsduur van de overeenkomsten is gelijk gebleven.⁹ Het ging hier om een overname van [VERTROUWELIJK] abonnees, waarvan [VERTROUWELIJK] internettelefonie afnam.
14. Op 19 oktober 2009 heeft CompuServe haar abonnees een brief gestuurd waarin zij over deze overname zijn geïnformeerd. In deze brief staat verder: *“Het is prettig voor u om te weten dat u er waarschijnlijk niets van zult merken, we zullen onze dienstverlening naadloos laten overlopen van CompuServe naar Telfort Internet.”* Dit wordt geïllustreerd met een tabel. Voorts is aan de abonnees de mogelijkheid geboden om de overeenkomst kosteloos te beëindigen indien zij niet willen overstappen naar Telfort.¹⁰ Daarnaast heeft CompuServe verwezen naar een internetpagina van Telfort waarop veelgestelde vragen worden beantwoord en de algemene voorwaarden zijn gepubliceerd.¹¹
15. Op 7 december 2009 heeft Telfort de abonnees van CompuServe, die geen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid om de overeenkomst kosteloos te beëindigen, een brief gestuurd¹². In deze brief heet Telfort de nieuwe abonnees welkom en heeft Telfort belangrijke informatie met betrekking tot het abonnement bij Telfort op een rij gezet. Hierbij heeft Telfort onder meer aangegeven dat zij een starttarief van 5 cent hanteert voor het bellen naar vaste nummers binnen Nederland. Bij CompuServe gold een dergelijk starttarief niet. In deze brief heeft Telfort geen beëindigingsrecht aangeboden. Telfort heeft de abonnees die zij van CompuServe heeft overgenomen in de brief van 7 december 2009 gewezen op de gewijzigde gesprekskosten voor vast bellen. Deze wijziging in de gesprekskosten was reeds op 1 december 2009 van kracht geworden.
16. In de eerste week van februari 2010 heeft Telfort, naar aanleiding van het handhavingsverzoek van de Consumentenbond, een e-mail verstuurd naar haar abonnees die met de wijziging van het starttarief zijn geconfronteerd. In dit e-mailbericht informeert Telfort haar abonnees over de wijziging van het starttarief. Daarnaast heeft Telfort haar abonnees bericht: *“Mocht het starttarief voor u niet acceptabel zijn, dan bieden wij u alsnog de mogelijkheid om uw abonnement (zowel het internet- als het vast bellen-abonnement) gedurende vier weken na ontvangst van deze e-mail kosteloos te beëindigen. U krijgt in dat geval het door u betaalde starttarief voor het bellen naar vaste nummers in Nederland tot en met de datum van beëindiging van ons terug. Om te beëindigen kunt u telefonisch contact opnemen met onze Klantenservice. Uw abonnement wordt dan per direct beëindigd. Eventueel vooruit betaalde abonnementskosten worden op de slotnota verrekend.”*¹³

⁹ Zie bijlage 9 van het onderzoeksrapport, p. 2 en 3.

¹⁰ Zie bijlage 1 van het onderzoeksrapport.

¹¹ www.telfort.nl/CompuServe.

¹² Zie bijlage 2 van het onderzoeksrapport.

¹³ Zie bijlage 5 van het onderzoeksrapport.

Besluit Openbaar

4.2 Compliance handvest

17. Op 24 april 2008 is tussen KPN en OPTA het Compliance Handvest KPN en OPTA gesloten. In dit handvest staan afspraken tussen OPTA en KPN, waarbij KPN concreet invulling geeft aan haar eigen verantwoordelijkheid om de Tw na te leven. In het handvest, dat KPN op basis van vrijwilligheid heeft gesloten, is onder andere afgesproken dat overtredingen die door KPN zelf worden gedetecteerd, bij OPTA worden gemeld en door KPN onverwijld worden beëindigd.
18. Op 29 april 2008 heeft KPN een waarschuwing van het college ontvangen inzake een overtreding van artikel 7.2 van de Tw¹⁴. In deze waarschuwing is KPN gewezen op het beoordelingskader van artikel 7.2 van de Tw, waarbij het college heeft geoordeeld dat deze waarschuwing bij een volgende overtreding van dit artikel als boeteverhogende omstandigheid wordt meegenomen.

5 Zienswijze

19. Tijdens de hoorzitting op 31 mei 2011 hebben KPN en Telfort naar voren gebracht dat zij primair van mening zijn dat er geen sprake is van een overtreding in de zin van artikel 7.2 van de Tw en subsidiair stellen zij zich op het standpunt dat, indien en voor zover het college van oordeel is dat artikel 7.2 van de Tw wel van toepassing is, er geen sprake zou zijn van een ernstige overtreding. Zij komen tot deze conclusie op basis van het volgende.¹⁵
20. KPN en Telfort stellen allereerst dat de gedraging dient te worden gezien in het licht van het oude beoordelingskader¹⁶ ten aanzien van artikel 7.2 van de Tw, waarin het beëindigingsrecht werd beschreven als 'het recht om te weigeren', nu de gedraging speelde ten tijde van dit oude beoordelingskader.¹⁷
21. Verder handhaven KPN en Telfort hun stelling dat er geen sprake is van een overtreding van artikel 7.2 van de Tw, maar dat hier eerder sprake is van een civielrechtelijke aangelegenheid. Partijen stellen dat er sprake is van een contractsovername in de zin van artikel 6:159 Burgerlijk Wetboek (hierna: BW) waar op het moment van overname enkele bedingen in de overeenkomst gewijzigd zijn. Er is volgens partijen een beëindigingsrecht aan abonnees geboden waarmee abonnees konden afzien van het aangaan daarvan. Dit is volgens KPN en Telfort gedaan middels de brieven van CompuServe en Telfort¹⁸, welke volgens partijen niet los van elkaar gezien kunnen worden. Door het aanbieden van het beëindigingsrecht is artikel 7.2 van de Tw volgens partijen niet van toepassing op onderhavige zaak aangezien er in dat geval geen sprake is van een eenzijdige wijziging, maar van een tweezijdige wijziging; de wijziging gebeurt met stilzwijgende instemming van de abonnee.

¹⁴ OPTA/ACNB/2008/200612.

¹⁵ Deze conclusie is al ten tijde van het onderzoeksrapport door KPN en Telfort naar voren gebracht, zie bijlage 4,8 en 9 van het onderzoeksrapport. De stelling is herhaald in de hoorzitting van 31 mei 2011.

¹⁶ OPTA/IPB/2007/201436.

¹⁷ Voor de goede orde merkt het college hier op dat hij voor de beoordeling van de onderhavige overtreding, uitsluitend gebruik heeft gemaakt van het Beoordelingskader artikel 7.2 van de Telecommunicatiewet (beëindigingsrecht bij wijziging overeenkomst) van 19 juli 2007 met het kenmerk OPTA/IPB/2007/201436.

¹⁸ Brieven van resp. 19 oktober 2009 en 7 december 2009.

Besluit Openbaar

22. Vervolgens merken partijen op dat, alhoewel Telfort gebruik maakt van hetzelfde risicobouwwerk als KPN, het college hier geen conclusies aan dient te verbinden met betrekking tot verwijtbaarheid en het detecteren van overige overtredingen van artikel 7.2 van de Tw. De aangehaalde incidenten uit het onderzoeksrapport¹⁹ zijn volgens partijen allen afzonderlijke incidenten en moeten als zodanig behandeld worden.
23. Ten aanzien van de verwijtbaarheid merken KPN en Telfort op dat de hierboven genoemde issues allen verschillende, op zichzelf staande overtredingen betreffen welke steeds zelf door KPN zijn gedetecteerd, op de meldingenlijst zijn geplaatst en waarop uit eigen beweging actie is ondernomen. Hieraan mag volgens partijen niet de conclusie worden verbonden dat partijen niet leren van hun fouten²⁰. Hiernaast merken partijen op dat de transparantie van het Compliance Handvest nu in het nadeel lijkt te werken van KPN en Telfort.
24. Ten aanzien van de ernst van de overtreding stellen KPN en Telfort dat zij zich niet kunnen vinden in de kwalificatie 'ernstig'. Partijen stellen zich op het standpunt dat zij, in goed overleg met het college en de Consumentenbond, snel, transparant en effectief gehandeld hebben om ervoor te zorgen dat de mogelijke overtreding ongedaan gemaakt werd. Hierbij merken partijen op dat het college tevreden was over de gang van zaken nu er geen handhavingsinstrumenten nodig waren. Ook vermelden partijen hierbij dat voor de overige issues²¹ geen handhavende instrumenten ingezet dienden te worden aangezien KPN en Telfort steeds voor een snelle en effectieve oplossing hebben gezorgd. In het licht van de ernst van de overtreding merken partijen tevens op dat het [VERTROUWELIJK] abonnees betreft, wat naar mening van partijen een relatief kleine groep abonnees is.
25. In het onderzoeksrapport wordt volgens KPN en Telfort de suggestie gewekt dat er veel tijd heeft gezeten tussen de melding en de beëindiging van de overtreding. Partijen maken hiertegen bezwaar en stellen zich op het standpunt dat zij snel en coöperatief hebben gehandeld. Naar mening van partijen besloeg het totale proces van bekend worden met de overtreding tot beëindigen van de overtreding slechts acht werkdagen. KPN en Telfort verzoeken het college dit in haar besluitvorming mee te nemen.

6 Juridisch Kader

6.1 Ten aanzien van de overtreding

26. Artikel 7.2, eerste lid, van de Tw luidt:

“Ten minste vier weken voordat een voorgenomen wijziging van een beding dat is opgenomen in een overeenkomst van kracht wordt:

- a. biedt een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst de abonnee de mogelijkheid om de overeenkomst kosteloos te beëindigen, en
- b. stelt de aanbieder de abonnee op genoegzame wijze op de hoogte van de inhoud van de voorgenomen wijziging en van de mogelijkheid om de overeenkomst kosteloos te beëindigen.”

¹⁹ Zie randnummer 79 van het onderzoeksrapport. Het betreft hier overige potentiële overtredingen van artikel 7.2 Tw, welke op grond van het Compliance Handvest door KPN als issues in de meldingenlijst zijn opgenomen.

²⁰ Zie randnummer 81 van het onderzoeksrapport.

²¹ Zie randnummer 79 van het onderzoeksrapport.

Besluit Openbaar

27. Artikel 1.1, aanhef en onder g, van de Tw luidt:

“In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

g. openbare elektronische communicatiedienst: elektronische communicatiedienst die beschikbaar is voor het publiek;”

28. Artikel 1.1, aanhef en onder p, van de Tw luidt:

“In deze wet en de daarop berustende bepalingen wordt verstaan onder:

p. abonnee: natuurlijke persoon of rechtspersoon die partij is bij een overeenkomst met een aanbieder van openbare elektronische communicatiediensten voor de levering van dergelijke diensten;”

6.2 Ten aanzien van de bevoegdheid

29. Artikel 15.1, derde lid, van de 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.”²²

30. Artikel 15.4, vierde lid, van de Tw luidt, voor zover relevant, als volgt:

“Het college kan een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 450.000 ter zake van overtreding van de bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde regels, niet zijnde regels bedoeld in het tweede lid, alsmede van artikel 5:20 van de Algemene wet bestuursrecht.”

31. Artikel 5:48, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) luidt als volgt:

“Het bestuursorgaan en de voor de overtreding bevoegde toezichthouder kunnen van de overtreding een rapport opmaken.”

32. Artikel 5:53 van de Awb luidt:

“1. Dit artikel is van toepassing indien voor de overtreding een bestuurlijke boete van meer dan € 340 kan worden opgelegd, tenzij bij wettelijk voorschrift anders is bepaald.

2. In afwijking van artikel 5:48 wordt van de overtreding steeds een rapport of proces-verbaal opgemaakt.

3. In afwijking van afdeling 4.1.2 wordt de overtreder steeds in de gelegenheid gesteld zijn zienswijze naar voren te brengen.”

33. Artikel 5:41 van de Awb luidt als volgt:

“Het bestuursorgaan legt geen bestuurlijke boete op voor zover de overtreding niet aan de overtreder kan worden verweten.”

34. Artikel 5:46, tweede lid, van de Awb, voor zover relevant, luidt als volgt:

“Tenzij de hoogte van de bestuurlijke boete bij wettelijk voorschrift is vastgesteld, stemt het bestuursorgaan de bestuurlijke boete af op de ernst van de overtreding en de mate waarin deze aan de overtreder kan worden verweten. Het bestuursorgaan houdt daarbij zo nodig rekening met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd.”

²² Zie ook het Besluit aanwijzing toezichthoudende ambtenaren OPTA 2009, *Stcrt.* 2009, nr. 72.

Besluit Openbaar

6.3 Boetebeleidsregels

35. Met de Boetebeleidsregels²³ geeft het college invulling aan zijn beleid ten aanzien van het vaststellen van de hoogte van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Tw. Tevens verschaft het college in de Boetebeleidsregels inzicht in de factoren die hij meeweegt bij het bepalen van de hoogte van de boete.

6.4 Het beoordelingskader artikel 7.2 van de Telecommunicatiewet

36. Door middel van het beoordelingskader omtrent artikel 7.2 van de Tw²⁴ (hierna: het beoordelingskader) maakt het college haar zienswijze kenbaar over het doel en de strekking van dit artikel.
37. Uit het beoordelingskader blijkt dat de Nederlandse wetgever abonnees bescherming biedt als in de contractvoorwaarden staat dat deze door de aanbieder van de openbare elektronische communicatiedienst eenzijdig kunnen worden gewijzigd zonder instemming van de betreffende abonnee. Hierbij wordt gewezen op het feit dat als de abonnee van de aanbieder het recht krijgt om een voorgestelde wijziging te weigeren, de wetgever noemt dit een 'beëindigingsrecht', deze geen beroep kan doen op de bescherming van artikel 7.2 van de Tw²⁵.
38. Het college interpreteert artikel 7.2 van de Tw in het licht van de bedoeling van dit artikel, namelijk bescherming van de abonnee. In dit verband stelt het college dat een abonnee het recht heeft om zijn overeenkomst te beëindigen als hij een wijziging van de contractvoorwaarden krijgt voorgehouden die niet aantoonbaar in zijn voordeel zijn. Deze wijziging moet betrekking hebben op de voor de consument van belang zijnde punten van de overeenkomst, zoals het kwaliteitsniveau van de dienst, de tarieven, de juridische voorwaarden of de duur van de overeenkomst.
39. Het college acht artikel 7.2 van de Tw van toepassing op iedere wijziging van de voor consument van belang zijnde punten van de overeenkomst die niet aantoonbaar voordelig is voor de consument. Er wordt hierbij geen onderscheid gemaakt naar de aard of omvang van de voorgenomen wijziging.
40. Het college acht het in het belang van de abonnee dat deze voldoende tijd heeft om zich op alternatieven te beraden. Derhalve dient de abonnee gedurende minimaal vier weken de tijd te krijgen om zijn contract te beëindigen.
41. Ten slotte overweegt het college dat 'genoegzaam informeren' van de abonnees over de wijziging en de mogelijkheid tot beëindiging van de overeenkomst gebeurt op individuele wijze. Alleen wanneer individuele informatie niet mogelijk is, volstaat het informeren van de abonnees via meer algemene communicatiemiddelen.

²³ Beleidsregels boetetoemeting met betrekking tot het opleggen van boetes ingevolge artikel 15.4 van de Telecommunicatiewet (Boetebeleidsregels OPTA), *Stcrf.* 2008. nr. 50. Ten tijde van de overtreding golden deze beleidsregels.

²⁴ Beoordelingskader artikel 7.2 van de Telecommunicatiewet (beëindigingsrecht bij wijziging overeenkomst), 19 juli 2007, OPTA/IPB/2007/201436.

²⁵ MvT, Kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 3, p.139.

Besluit Openbaar

6.5 Ten aanzien van de openbaarmaking

42. Op grond van artikel 8 van de Wet openbaarheid van bestuur (hierna: Wob) verschaft het college uit eigen beweging informatie over het beleid, de voorbereiding en de uitvoering daaronder begrepen, zodra dat in het belang is van een goede en democratische bestuursvoering.
43. Het verstrekken van informatie ingevolge de Wob blijft op grond van artikel 10, eerste lid, aanhef en onder c, van de Wob achterwege indien de informatie bedrijfs- en fabricagegegevens betreft, die door natuurlijke personen of rechtspersonen vertrouwelijk aan de overheid zijn meegedeeld.
44. Ingevolge artikel 10, tweede lid, aanhef en onder g van de Wob blijft openbaarmaking achterwege indien het belang daarvan niet opweegt tegen het belang van het voorkomen van onevenredige bevoordeling of benadeling van bij de aangelegenheid betrokken natuurlijke personen of rechtspersonen dan wel van derden.
45. Op grond van artikel 18.7, vijfde lid van de Tw maakt het college met het oog op het bevorderen van een open en concurrerende markt in de elektronische communicatiesector informatie met betrekking tot aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken, bijbehorende faciliteiten of openbare elektronische communicatiediensten op een door het college te bepalen wijze bekend voor zover die informatie verband houdt met bij of krachtens de hoofdstukken 4 tot en met 9 en 11 van de Tw opgelegde verplichtingen. Van gegevens als bedoeld in artikel 10, eerste lid, onderdeel c, van de Wob wordt geen mededeling gedaan.

7 Overwegingen

7.1 Ten aanzien van de overtreding

46. CompuServe heeft haar abonnees bij brief van 19 oktober 2009 geïnformeerd omtrent de overdracht per 1 december 2009 van het internetabonnement van CompuServe aan Telfort. In dezelfde brief is de abonnees de mogelijkheid geboden om de overeenkomst kosteloos te beëindigen indien zij niet willen overstappen naar Telfort.
47. Bij brief van 7 december 2009 heeft Telfort de abonnees van CompuServe, die geen gebruik hebben gemaakt van de mogelijkheid om de overeenkomst kosteloos te beëindigen, welkom geheten. In deze brief heeft Telfort ook gemeld dat zij een starttarief hanteert voor het bellen naar vaste nummers in Nederland. Een dergelijk starttarief gold bij CompuServe nog niet. Volgens het onderzoeksrapport heeft Telfort artikel 7.2 van de Tw overtreden omdat zij haar abonnees met deze brief niet tijdig heeft geïnformeerd over voorgaande wijziging en tevens haar abonnees niet het beëindigingsrecht heeft geboden.
48. Telfort heeft zich op het standpunt gesteld dat artikel 7.2 van de Tw in casu niet van toepassing is omdat er ten eerste geen sprake is van een wijziging van de overeenkomst maar van het aangaan van een vergelijkbare nieuwe overeenkomst.²⁶ Ten tweede heeft Telfort gesteld dat artikel 7.2 van de Tw niet van toepassing is omdat er geen sprake is van een eenzijdige wijziging maar van een tweezijdige wijziging. De

²⁶ Zie bijlage 4 van het onderzoeksrapport.

Besluit Openbaar

tweede brief van 7 december 2009 van Telfort moet namelijk worden gezien als onderdeel van de brief van CompuServe. De twee brieven vormen één geheel en in de brief van CompuServe is het beëindigingsrecht geboden. Verder heeft Telfort aangegeven dat in de brief van 19 oktober 2009 ook wordt verwezen naar de website van Telfort. Uit nadere informatie die door Telfort is overgelegd na de hoorzitting is gebleken dat op de website van Telfort wordt aangegeven dat er een starttarief geldt bij Telfort. Volgens Telfort konden consumenten derhalve door de verwijzing in de brief van CompuServe op de hoogte zijn van het feit dat er een starttarief zou gaan gelden. Nu in de brief van CompuServe het beëindigingsrecht is geboden is er - als dit artikel al van toepassing zou zijn - geen sprake van overtreding van artikel 7.2 van de Tw.

49. Het college stelt allereerst vast dat de verplichting om de abonnees te informeren omtrent het starttarief ligt bij Telfort. Het starttarief werd immers pas ingevoerd op het moment dat de abonnees waren overgedragen aan Telfort, daarnaast had Telfort belang bij deze wijziging nu zij het starttarief ook daadwerkelijk in rekening heeft gebracht.
50. Het college stelt zich verder op het standpunt dat er in casu geen sprake is van een nieuwe overeenkomst maar van een contractsovername. Op het moment van de contractsovername door Telfort zijn een aantal wijzigingen doorgevoerd in de overeenkomst, waaronder het starttarief. Deze wijziging is niet aantoonbaar in het voordeel van de consument. Ter onderbouwing van zijn standpunt verwijst het college naar de hoorzitting op 11 mei 2010, waar ondermeer het volgende is besproken:
- Medewerker college: "Misschien even voor de duidelijkheid, dat ik samenvat hoe ik het nu begrepen heb. U zegt: er is geen sprake van een nieuwe overeenkomst. De oude overeenkomst die met AOL was gesloten, is overgenomen door KPN. KPN is de nieuwe contractpartij. Dat moment is aangegrepen door KPN om gelijktijdig wat wijzigingen door te voeren".*
- Medewerker KPN: "Dat moment is aangegrepen om aan klanten voor te stellen dat zijn contract over zou gaan inclusief een aantal wijzigingen. Op het gehele pakket, overgang inclusief wijzigingen, kon de klant nee zeggen. Kon de klant zeggen: dat wil ik niet, ik ga terug naar mijn oude situatie. Die oude situatie betekende vervolgens wel direct een beëindiging van de overeenkomst door AOL".*
51. KPN heeft voorts gesteld dat artikel 7.2 van de Tw niet van toepassing zou zijn omdat er sprake is van een tweezijdige wijziging vanwege het aangeboden beëindigingsrecht in de brief van CompuServe. Deze brief van 19 oktober 2009 en de brief van Telfort van 9 december 2009 moeten worden gezien als één geheel, aldus Telfort. Het college is, anders dan Telfort, van oordeel dat artikel 7.2 van de Tw hier wel degelijk van toepassing is, nu de overgenomen abonnees slechts stilzwijgend hebben kunnen instemmen met het feit dat Telfort hun nieuwe aanbieder werd. Omdat de abonnees niet op genoegzame wijze waren geïnformeerd over het starttarief, konden zij deze wijziging ook niet betrekking in hun keuze om het abonnement kosteloos te beëindigen en is er dus geen sprake van een stilzwijgende instemming of een tweezijdige wijziging. Zodoende is artikel 7.2 van de Tw van toepassing op het van kracht worden van een starttarief voor de overgenomen abonnees.

Besluit Openbaar

52. Het college merkt in dit verband verder op dat de brief van 19 oktober 2009 een brief van CompuServe betreft en niet van Telfort. Het feit dat Telfort bemoeienis heeft gehad met deze brief maakt het voorgaande niet anders. Volgens het college ziet deze brief van CompuServe enkel op de overname van het internetabonnement door Telfort. Hier heeft CompuServe het beëindigingsrecht voor geboden. Voorts staat in de brief van 19 oktober 2009 aangegeven dat klanten tot 20 november 2009 konden aangeven of zij wel of niet wilden overstappen naar Telfort. De tweede brief van Telfort dateert van 7 december 2009. De termijn om aan te geven of de consument wel of niet wilde overstappen naar Telfort was derhalve ruimschoots verstreken. Het college ziet dan ook niet in hoe de brief van 7 december 2009 onderdeel kon zijn van de brief van 19 oktober 2009. Nu het college op grond van het voorgaande de brief van CompuServe en de brief van Telfort niet ziet als één geheel, heeft Telfort bij brief van 7 december 2009 derhalve niet tijdig haar abonnees op de hoogte gesteld van het starttarief en haar abonnees niet het beëindigingsrecht geboden. Omtrent de stelling van Telfort dat in de brief van CompuServe wordt verwezen naar de website van Telfort waar het starttarief wordt gemeld en de abonnee hiervan derhalve op de hoogte had kunnen zijn merkt het college op dat het enkel verwijzen naar een website niet kan worden aangemerkt als genoegzaam informeren. Derhalve is de plicht, die als gevolg van artikel 7.2 van de Tw op Telfort rust, niet door deze opmerking in de brief van CompuServe vervuld .
53. Gelet op al hetgeen hiervoor is overwogen, is het college van oordeel dat Telfort heeft gehandeld in strijd met artikel 7.2, eerste lid, aanhef en onder a van de Tw. Telfort heeft haar abonnees niet tijdig van het van kracht worden van een starttarief op de hoogte gesteld en haar abonnees niet het beëindigingsrecht geboden.

7.2 Overtreders

7.2.1 Telfort als overtreder

54. Het college merkt Telfort aan als overtreder van artikel 7.2, eerste lid, aanhef en onder a van de Tw en overweegt daartoe het volgende. Telfort heeft de abonnees overgenomen van CompuServe en heeft in de overeenkomst een wijziging aangebracht die niet aantoonbaar in het voordeel is van de abonnees. Nu Telfort niet aan haar verplichting , bestaande uit het tijdig en op genoegzame wijze informeren van haar abonnees en het bieden van de mogelijkheid om de overeenkomst kosteloos te beëindigen heeft voldaan, heeft zij in strijd gehandeld met artikel 7.2 van de Tw.

7.2.2 Het toerekenen van de overtreding aan KPN

55. Het college beschouwt KPN en Telfort ieder afzonderlijk als overtreder van het bovenstaande. Het college overweegt daartoe het volgende. [VERTROUWELIJK].
56. Voorts is Telfort sinds oktober 2005 een zelfstandig rechtspersoon die behoort tot de groepsmaatschappijen van de Koninklijke KPN N.V. (100% dochteronderneming) en maakt zij gebruik van het netwerk van KPN. Per 1 januari 2006 zijn de Nederlandse mobiele Wholesale-activiteiten van KPN en Telfort geïntegreerd en in een aparte eenheid ondergebracht: KPN Wholesale Mobiel. Verder wordt Telfort geleid door een algemeen directeur die werkzaam is bij KPN en die verantwoordelijk is voor de dagelijkse leiding van Telfort. Voor haar jaarverslagen vanaf 2005 verwijst Telfort naar de jaarverslagen van KPN. Op retail-niveau geldt dat KPN een

Besluit Openbaar

meer-merkenstrategie hanteert, waarbij KPN het merk Telfort inzet voor de meer prijsgevoelige klant. Telfort hanteert als onderdeel van de KPN groep eenzelfde privacybeleid. De verplichtingen die gelden voor KPN gelden ook voor Telfort. KPN legt in haar jaarverslag verantwoording af voor eerder aan Telfort opgelegde boetes.

57. Nu er op basis van al het voorgaande sprake is van een zodanige verwevenheid tussen KPN en Telfort is er, naar het oordeel van het college, geen onderscheid te maken tussen de gedragingen van KPN enerzijds en Telfort anderzijds, zodat beiden afzonderlijk als overtreder zijn aan te merken. Ten overvloede merkt het college hier op dat dit tijdens de hoorzitting van 31 mei 2011 niet is betwist.

8 Boete

8.1 Boetebeleid OPTA

58. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt het college overeenkomstig het bepaalde in artikel 15.4, vijfde lid, van de Tw in ieder geval rekening met de ernst en de duur van de overtreding alsmede met de verwijtbaarheid van de overtreder. Blijkens de parlementaire geschiedenis van de Telecommunicatiewet kunnen afhankelijk van het geval ook andere factoren een rol spelen, zoals mogelijke recidive, de bereidheid van de betrokken ondernemers om mee te werken aan het beëindigen van de overtreding, het behaalde voordeel, en dergelijke. Bij iedere boetebeschikking moet worden afgewogen hoe hoog de boete in dat concrete geval moet zijn.
59. De hoogte van de boete dient, behalve te worden afgestemd op de bijzondere omstandigheden van het geval ("maatwerk"), ook bij te dragen aan een doeltreffende toepassing van de Telecommunicatiewet. Als algemene maatstaf daarbij geldt dat de hoogte van de boete in ieder geval zodanig dient te zijn dat deze de overtreder(s) weerhoudt van nieuwe overtredingen (speciale preventie) en ook in algemene termen een afschrikkende werking heeft (generale preventie).
60. Voornoemde afstemming op de economische context en de bijzondere omstandigheden van het geval waarbinnen de overtreding heeft plaatsgevonden loopt overeenkomstig de Boetebeleidsregels langs de volgende lijn.
61. De ernst van de overtreding wordt bepaald door eerst de zwaarte van de overtreding in abstracto te bepalen en daarna deze te bezien in het licht van de omgevingsfactoren (de economische context alsmede de bijzondere omstandigheden van het geval). Het resultaat van deze afweging bepaalt de definitieve kwalificatie van de overtreding: zeer ernstig, ernstig of minder ernstig. Het hoeft dus niet per se zo te zijn dat een overtreding die aanvankelijk als zwaar wordt aangemerkt (geabstraheerd van omgevingsfactoren) uiteindelijk ook de kwalificatie ernstig krijgt. Afhankelijk van die omgevingsfactoren kan dat ook de naast hogere (zeer ernstig) of lagere (minder ernstig) kwalificatie zijn.
62. Aan elke kwalificatie is voorts een boetecategorie met een maximum boete verbonden. Binnen de

Besluit Openbaar

bandbreedte per boetecategorie dient met inachtneming van de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder de hoogte van de boete te worden vastgesteld. Hierdoor kan de boete worden gedifferentieerd naar gelang de ernst van de overtreding. Ter bepaling van de uiteindelijke hoogte van de boete kunnen nog boeteverhogende en/of boeteverlagende omstandigheden in aanmerking worden genomen. Het college stelt de boete vast conform de Boetebeleidsregels met inachtneming van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

8.2 Ernst van de overtreding

63. Bij het bepalen van de ernst van de overtredingen²⁷ neemt het college de doelstellingen van de Telecommunicatiewet, te weten het bevorderen van concurrentie, de ontwikkeling van een interne markt en het bevorderen van de belangen van eindgebruikers, als uitgangspunt. Aan de hand van deze doelstellingen deelt het college in zijn Boetebeleidsregels de mogelijke overtredingen in abstracto in drie types in: zeer zware, zware en minder zware overtredingen. Vervolgens bepaald het college aan de hand van de economische context en de bijzondere omstandigheden van het geval of de overtreding als zeer ernstig, ernstig of minder ernstig wordt aangemerkt. Wat betreft de voornoemde overtreding van artikel 7.2 Tw overweegt het college het volgende.

8.2.1 Zwaarte van de overtreding

64. Artikel 7.2 van de Tw beoogt eindgebruikers te beschermen tegen de situatie waarin aanbieders, die dit recht in hun algemene voorwaarden hebben voorbehouden, eenzijdig wijzigingen doorvoeren in de overeenkomst. De waarborgen die artikel 7.2 van de Tw biedt tegen de eenzijdige wijziging van een beding in de overeenkomst, zijn een belangrijk onderdeel van de bescherming van eindgebruikersbelangen. Bovendien wordt de concurrentie belemmerd op het moment dat consumenten een verkeerd beeld wordt voorgeschoteld over de gehanteerde tarieven.

65. In termen van de boetebeleidsregels worden overtredingen als zwaar aangemerkt als de belangen van eindgebruikers in worden geschaad, maar niet in die mate dat deze als zeer zware overtredingen kunnen worden aangemerkt. Hoewel overtreding van het bepaalde in artikel 7.2 Tw niet expliciet als voorbeeld in de categorie zware overtredingen in boetebeleidsregels wordt genoemd, kwalificeert het college in termen van zijn boetebeleidsregels de overtreding van artikel 7.2 Tw, gelet op hetgeen hiervoor is overwogen, in abstracto als een zware overtreding.

8.2.2 Economische context en bijzondere omstandigheden van het geval

66. De overtreding van artikel 7.2 van de Tw, die in randnummer 53 is vastgesteld, is naar het oordeel van het college, gelet op de betrokken belangen die de bepaling beoogt te beschermen, een minder ernstige overtreding. Het college heeft hierbij in aanmerking genomen dat de abonnees, die door Telfort zijn overgenomen van CompuServe, middels de brief van 19 oktober 2009 weliswaar het recht hebben gekregen om de overeenkomst kosteloos te beëindigen, maar dat zij in deze brief slechts zijn verwezen naar een

²⁷ Boetebeleidsregels OPTA, paragraaf 3.

Besluit Openbaar

internetpagina waar dit tarief op vermeld was. Nu een dergelijke vermelding onvoldoende is om abonnees op genoegzame wijze te informeren, is het college van oordeel dat Telfort er niet vanuit mocht gaan dat aan de verplichting, die Telfort op grond van artikel 7.2 Tw had, middels de brief van 19 oktober 2009 was voldaan. Zodoende concludeert het college dat Telfort pas in de brief van 7 december 2009 haar abonnees op genoegzame wijze heeft geïnformeerd over de invoering van het starttarief, terwijl de wijziging reeds op 1 december 2009 is ingegaan.

67. Het college acht het door CompuServe geboden recht om het contract kosteloos op te zeggen ten op zichte van het starttarief niet effectief, nu de abonnee ten tijde van de eerste brief niet op genoegzame wijze was geïnformeerd. De abonnees hebben derhalve niet de kans gehad om zich daadwerkelijk op de alternatieven te beraden. Doordat Telfort heeft nagelaten om zelf alsnog de overgenomen abonnees te informeren en het beëindigingsrecht te bieden, heeft Telfort de bescherming, die door artikel 7.2 van de Tw wordt geboden tegen eenzijdige wijzigingen van overeenkomsten, ontnomen van de overgenomen abonnees. Hierdoor heeft zij verhinderd dat consumenten in reactie op de invoering van het strafftarief kunnen overstappen naar een concurrent. Het college acht het derhalve niet uitgesloten dat abonnees door de wijzigingen duurder uit zijn en derhalve zijn benadeeld.
68. Uit het rapport is gebleken dat Telfort ongeveer [VERTROUWELIJK] klanten heeft overgenomen van CompuServe en dat [VERTROUWELIJK] van deze abonnees gebruik maken van internettelefonie. Hieruit concludeert het college dat de overtreding ten aanzien van [VERTROUWELIJK] abonnees is begaan.²⁸ Van deze [VERTROUWELIJK] abonnees hebben [VERTROUWELIJK] abonnees uiteindelijk gebruik gemaakt van de in februari 2010 geboden mogelijkheid om de overeenkomst alsnog kosteloos te beëindigen.²⁹

8.2.3 Conclusie ten aanzien van de ernst van de overtreding

69. Het college heeft de overtreding van artikel 7.2 Tw hiervoor in beginsel als minder zwaar aangemerkt. Abonnees zijn pas op een genoegzame wijze ingelicht over het in te voeren starttarief nadat de termijn om de overeenkomst op te zeggen was verlopen. Gelet op bovenstaande zijn de belangen van de betreffende abonnees in beperkte mate geschaad en is er sprake van een minder ernstige overtreding van de telecommunicatiewet. Dit indiceert volgens de Boetebeleidsregels een boete van maximaal € 100.000 per overtreding.

9 De vaststelling van de hoogte van de boete

70. Het college stelt de hoogte van de boete vast aan de hand van de duur van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreder. Hierbij blijft het college binnen de bandbreedte van de boetecategorie. Daarnaast kan het college boeteverzwarende of –verlagende omstandigheden betrekken bij de bepaling van de hoogte van de boete.

²⁸ Onderzoeksrapport randnummer 66.

²⁹ Dit heeft Telfort verklaard tijdens de hoorzitting van 31 mei 2011.

Besluit Openbaar

9.1 Hoogte van de boete

9.1.1 Duur van de overtreding

71. Per 1 december 2009 heeft Telfort de abonnees van CompuServe overgenomen en is het ingevoerde starttarief van kracht geworden. Telfort had minimaal vier weken van te voren de abonnees op een genoegzame wijze moeten inlichten over deze wijziging en over het beëindigingsrecht. In de eerste week van februari 2010 heeft Telfort de overgenomen abonnees per email wederom op de hoogte gebracht van het ingevoerde starttarief en hen alsnog de kans geboden om de overeenkomst kosteloos op te zeggen. Daarmee heeft de overtreding in totaal 2 maanden geduurd.

9.1.2 Verwijtbaarheid van de overtreders

72. Het college acht Telfort en KPN beiden volledig verwijtbaar en overweegt in dit verband het volgende.

73. Bij de inwerkingtreding van het beoordelingskader op 19 juli 2007 is de zienswijze van het college onder de aandacht van marktpartijen gebracht over het doel en de strekking van artikel 7.2 van de Tw. Met dit beoordelingskader is de norm van dit artikel duidelijk kenbaar gemaakt.

74. Op 29 april 2008 heeft het college KPN een waarschuwing gegeven voor overtreding van artikel 7.2 van de Tw. In deze waarschuwing is KPN nogmaals expliciet gewezen op het beoordelingskader van artikel 7.2 van de Tw. Het college heeft geoordeeld dat deze waarschuwing bij een volgende overtreding van dit artikel als boeteverhogende omstandigheid wordt meegenomen.

75. De invoering van het starttarief is een wijziging die volledig voor rekening komt van Telfort en KPN. De verplichting tot informeren van abonnees op de wijze zoals in artikel 7.2 van de Tw is omschreven rust dan ook volledig op deze partijen. Dat er in de eerste brief van CompuServe wordt verwezen naar de website van Telfort met hierop informatie, ontslaat KPN en Telfort hier niet van. Het valt partijen volledig te verwijten dat zij de betreffende abonnees niet op voorgeschreven wijze hebben geïnformeerd.

76. Door de duidelijke norm en de waarschuwing kan en mag het college ervan uit gaan dat partijen op de hoogte waren van de inhoud van de norm van artikel 7.2 van de Tw. De wijziging van het starttarief komt volledig voor rekening van Telfort en KPN. Hiermee is de overtreding, bestaande uit het niet naleven van de wettelijke verplichting voortkomend uit artikel 7.2 van de Tw, volledig aan partijen toe te rekenen.

9.1.3 Conclusie ten aanzien van de hoogte van de boete

77. Het college heeft in paragraaf 8.2 reeds vastgesteld dat, gelet op de zwaarte van de overtredingen en de economische context alsmede de specifieke omstandigheden waarbinnen deze hebben plaatsgevonden, sprake is van minder ernstige overtredingen van de Tw. Uit de zienswijze van KPN en Telfort is geen reden gebleken op grond waarvan de overtreders geen verwijt kan worden gemaakt van de overtredingen, of op grond waarvan de overtredingen anderszins niet aan hen kunnen worden toegerekend.

78. In beginsel is het college bevoegd om in voorkomende gevallen voor iedere overtreding afzonderlijk een

Besluit Openbaar

boete van maximaal € 450.000 per overtreding op te leggen. Het college kan evenwel - indien er, zoals in casu, sprake is van meerdere overtredingen - in plaats van elke overtreding afzonderlijk te beboeten, een boete opleggen voor het geheel van deze overtredingen.³⁰ Nu het in deze zaak gaat om een groot aantal overgenomen abonnementen, waarbij Telfort het starttarief heeft ingevoerd zonder deze vier weken van te voren op een genoegzame wijze te informeren en het beëindigingsrecht te beïden, die in hoge mate vergelijkbaar zijn en die in hun onderling verband moeten worden beschouwd, ligt het niet in de rede per overgenomen abonnement een aparte boete op te leggen. Bij de vaststelling van de boete is het college er van uitgegaan de gedragingen van Telfort zijn aan te merken als één samenhangende overtreding.

79. Het college heeft hiervoor reeds vastgesteld dat, gelet op de zwaarte van de overtredingen en de economische context, alsmede de bijzondere omstandigheden waarbinnen deze hebben plaatsgevonden, er sprake is van een minder ernstige overtreding van de Tw. De bandbreedte van de boetecategorie bestrijkt in dat geval maximaal € 100.000.
80. Het college overweegt tevens dat bij de vaststelling van de hoogte van de boete in acht moet worden genomen dat de boete Telfort en KPN van toekomstige overtredingen dient te weerhouden en tevens potentiële overtreders dient af te schrikken (speciale en generale preventie).
81. Het college overweegt verder dat de nadelige gevolgen van de op te leggen boetes niet onevenredig mogen zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.³¹
82. De voorgaande bevindingen leiden tot vaststelling van een aantal overtredingen waarvoor het college, met inachtneming van de ernst van de overtreding, de duur en omvang van de overtreding en de verwijtbaarheid van de overtreders, Telfort en KPN gezamenlijk een boete oplegt van € 60.000,- voor de overtreding van artikel 7.2, eerste lid, aanhef en onder a van de Tw.

9.2 Boete verzwarende of –verlagende omstandigheden

9.2.1 Opheffen van de gevolgen van de overtreding

83. Gelet op artikel 7.3 van de boetebeleidsregels kan het college de omstandigheid, dat partijen de overtreding uit eigen beweging hebben beëindigd voor of bij het eerste bekendwording met het onderzoek van het college, en het feit, dat de overtreder uit eigen beweging derden, aan wie door de overtreding schade is berokkend, schadeloos heeft gesteld, in aanmerking nemen als boeteverlagende omstandigheid.
84. In de eerste week van februari 2010 heeft Telfort de overgenomen abonnees per e-mail wederom op de hoogte gebracht van het ingevoerde starttarief en hen alsnog de kans geboden om de overeenkomst

³⁰ Zie Boetebeleidsregels OPTA. In theorie kan de uiteindelijke hoogte van een dergelijke boete uitkomen op een veelvoud van het per overtreding geldende wettelijk maximum van €450.000 (artikel 15.4, vierde lid, Tw).

³¹ Zie artikel 3:4, tweede lid, Awb.

Besluit Openbaar

kosteloos op te zeggen. Telfort heeft dit besloten naar aanleiding van het handhavingsverzoek van de Consumentenbond. Hoewel Telfort van mening is dat artikel 7.2 Tw niet van toepassing is, heeft zij geconcludeerd dat zij transparanter had kunnen zijn.³² Tijdens de hoorzitting van 31 mei 2011 heeft Telfort aangegeven dat [VERTROUWELIJK] abonnees gebruik hebben gemaakt van de in februari geboden mogelijkheid om de overeenkomst als nog op te zeggen. Aan deze [VERTROUWELIJK] abonnees is een bedrag van gemiddeld [VERTROUWELIJK] gerestitueerd.

85. Het college heeft in paragraaf 7.1 reeds geconcludeerd dat er sprake is van een overtreding van artikel 7.2 eerste lid, aanhef en onder a van de Tw. Nu Telfort de abonnees die zij heeft overgenomen van CompuServe, begin februari 2010 per e-mail heeft geïnformeerd over het starttarief dat zij op 1 oktober 2009 hebben ingevoerd en zij in dit e-mailbericht alsnog het recht heeft aangeboden om de overeenkomst kosteloos op te zeggen, is het college van oordeel dat Telfort de overtreding die is vastgesteld onder randnummer 53 in de e-mail van begin februari 2010 heeft hersteld. Hierbij heeft het college tevens in aanmerking genomen dat aan deze abonnees een bedrag is gerestitueerd. Deze omstandigheden, in onderling verband bezien, geven het college aanleiding de boete met 33% te verlagen tot een bedrag van € 40.000,-

9.2.2 Compliance Handvest

86. Daarnaast overweegt het college dat KPN niet voldoende maatregelen heeft genomen om ervoor te zorgen dat de overtreding, in het licht van alle maatregelen die KPN in het kader van een effectieve compliance organisatie heeft genomen, als uitzonderlijk kan worden beschouwd. Na de constatering, melding hiervan aan het college en beëindiging van eerdere overtredingen rond artikel 7.2 van de Tw³³ zijn de controlemaatregelen weliswaar telkens aangescherpt met als doel nieuwe overtredingen inzake artikel 7.2 van de Tw te voorkomen. Het college is gebleken dat deze maatregelen niet hebben kunnen voorkomen dat de overtreding in kwestie niet heeft plaatsgevonden.
87. Verder merkt het college op dat deze overtreding niet door partijen is geconstateerd dan wel doorgegeven aan het college. Pas nadat het college Telfort en KPN heeft gewezen op de overtreding, hebben partijen inhoudelijk gereageerd, het issue op de meldingenlijst geplaatst en de overtreding in de eerste week van februari beëindigd. Het college overweegt in dit verband dat er acht werkdagen tussen bekendheid met de overtreding en herstel hiervan heeft gezeten en partijen hiermee onverwijld hebben gehandeld.
88. Gelet op het feit dat KPN enerzijds niet in staat is geweest om de overtreding zelfstandig te detecteren en anderzijds de overtreding wel onverwijld heeft beëindigd, heeft het college besloten om de hoogte van de boete niet bij te stellen naar aanleiding van deze boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden.

9.3 Conclusie

89. Gelet op hetgeen het college in de randnummers 82 en 85 heeft overwogen, legt het college aan Telfort en KPN een boete op van € 40.000,- voor de overtreding van artikel 7.2, eerste lid, aanhef en onder a van de Tw.

³² Zie bijlage 4 bij het onderzoeksrapport.

³³ Onderzoeksrapport randnummer 73.

Besluit Openbaar

Telfort en KPN krijgen deze boete gezamenlijk opgelegd en zij zijn hiervoor hoofdelijk aansprakelijk. Het college overweegt hierbij dat de nadelige gevolgen van de op te leggen boete niet onevenredig zijn in verhouding tot de met het besluit te dienen doelen.

10 Besluit tot publicatie

90. Het college publiceert sinds 1999 openbare versies van zijn (handhavings)besluiten op haar website www.opta.nl. In zijn Beleidsregels openbaarmaking OPTA (hierna: publicatiebeleid) heeft het college het algemene belang van artikel 8 Wob dat ertoe noopt openbaarheid te betrachten, geconcretiseerd door te wijzen op het belang van transparantie, het gelijkheidsbeginsel en de preventieve werking.³⁴ Verder neemt het college in aanmerking dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de Afdeling) bij uitspraak van 10 november 2010 heeft bepaald dat op basis van de Wob sanctiebesluiten als onderdeel van de toezichthoudende taak volledig, met inbegrip van de namen van de betrokkenen mogen worden gepubliceerd.³⁵ Ten aanzien van de vereiste belangenafweging bepaalt de Afdeling dat – voor de beoordeling of sprake is van een onevenredige benadeling van betrokkene(n) – het oordeel over de rechtmatigheid van het te publiceren besluit doorslaggevend is.
91. Op grond van het voorgaande zal het college overgaan tot publicatie van het onderhavige besluit, zonder vermelding van de namen van natuurlijke personen en bedrijfsvertrouwelijke gegevens. Met inachtneming van het hiervoor genoemde publicatiebeleid acht het college publicatie in dit concrete geval in het belang van consumenten om kennis te nemen van het feit dat ten aanzien van Telfort en KPN is vastgesteld dat deze in strijd heeft gehandeld met het in artikel 7.2 van de Tw bepaalde en dat aan hen een sanctie is opgelegd. Consumenten worden zo gewaarschuwd voor dit soort overtredingen. Consumenten die hierdoor al zijn getroffen of hierover zelfs al hebben geklaagd komen op deze manier te weten dat er effectief is gehandhaafd om hun belang te beschermen. Daarnaast is het ook in het belang van marktpartijen om kennis te nemen van de ten aanzien van andere marktdeelnemers genomen (sanctie)besluiten. Ook gaat er een algemeen preventief effect van uit richting potentiële andere overtreders evenals een preventief effect richting de overtreder zelf, die hierdoor meer geprikkeld zal worden om herhaling in de toekomst te voorkomen. Deze belangen dienen naar het oordeel van het college zwaarder te wegen dan het belang van Telfort en KPN. Van overige belangen of omstandigheden, op grond waarvan zou moeten worden afgezien van publicatie, is het college niet gebleken.

11 Dictum

92. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit stelt vast dat de rechtspersoon Telfort B.V. en de rechtspersoon Koninklijke KPN N.V. artikel 7.2, eerste lid, aanhef en onder a van de

³⁴ Beleidsregels openbaarmaking OPTA van 1 april 2009, *Stcrt* 2009, nr. 63, tevens gepubliceerd op www.opta.nl.

³⁵ www.rechtspraak.nl, LJN:BO3468; *AB* 2010, 319 en *JB* 2010, 276.

Besluit Openbaar

Telecommunicatiewet hebben overtreden doordat zij de abonnees, die zij hebben overgenomen van CompuServe, niet tijdig van het van kracht worden van een starttarief op de hoogte hebben gesteld en haar abonnees niet het beëindigingsrecht hebben geboden.

93. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit legt wegens de onder randnummer 92 vastgestelde overtreding aan de rechtspersoon Telfort B.V. en de rechtspersoon Koninklijke KPN N.V. gezamenlijk een boete op van € 40.000,- waarvoor beide partijen hoofdelijk aansprakelijk zijn.
94. De hierboven in randnummer 93 vastgestelde boete dient overeenkomstig het bepaalde in artikel 4:87, eerste lid, van de Awb binnen zes weken nadat de beschikking waarbij de boete is opgelegd in werking is getreden, in euro's te worden betaald. Na het verstrijken van bovengenoemde termijn worden, overeenkomstig artikel 4:98, eerste lid, van de Awb, deze boete vermeerderd met de wettelijke rente.
95. Het college zal dit besluit publiceren op zijn website, waarbij hij de namen van de betrokken natuurlijke personen alsmede de bedrijfsvertrouwelijke gegevens zal anonimiseren.

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

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

Bezwaar

Belanghebbenden die zich met dit besluit niet kunnen verenigen, kunnen binnen zes weken na de dag waarop dit besluit is bekendgemaakt bezwaar maken bij het College van de OPTA.

Het postadres is:

College van de OPTA,
t.a.v. afdeling Juridische Zaken,
Postbus 90420,
2509 LK Den Haag.

Het bezwaarschrift 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 bezwaar is gericht bevatten. Voorts moet het bezwaarschrift de gronden van het bezwaar bevatten.

Het college wijst u op de mogelijkheid die de Algemene wet bestuursrecht de indiener van een bezwaarschrift biedt, om in dat geschrift het college te verzoeken de bezwaarschriftenfase over te slaan. Indien het college uw verzoek inwilligt, zal uw bezwaarschrift worden doorgezonden naar de rechtbank en daar als beroepschrift worden behandeld. De procedure kan daardoor worden verkort. Indien het college uw verzoek niet inwilligt, staat tegen deze beslissing geen beroep open en zal uw bezwaarschrift door het college worden behandeld.