Besluit
Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2014/201793_OV
Zaaknummer: 13.0617.20.1.01
Datum: 10 april 2014

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op het bezwaar van KPN B.V. gericht tegen het besluit van de Autoriteit Consument en Markt van 4 december 2013, inzake een last onder dwangsom wegens overtreding van de verplichtingen opgenomen in artikel 7.2, eerste lid, aanhef en onder a en b, van de Telecommunicatiewet.

Muzenstraat 41 | 2511 WB Den Haag
Postbus 16326 | 2500 BH Den Haag
T 070 722 20 00 | F 070 722 23 55
info @acm.nl | www.acm.nl | www.consuwijzer.nl

1 Samenvatting

1. Bij besluit van 4 december 2013[1] heeft de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) vastgesteld dat KPN B.V. (hierna: KPN) niet heeft voldaan aan de verplichtingen uit artikel 7.2 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw). KPN heeft haar Zakelijk BelBasis abonnement (hierna: ZBB-abonnement) gewijzigd in het Zakelijk BelVrij Totaal abonnement (hierna: ZBVT-abonnement). Met het ZBVT-abonnement kunnen abonnees tegen een vastgesteld tarief onbeperkt bellen naar vaste en mobiele nummers binnen Nederland. Abonnees zijn door KPN automatisch omgezet (aanbod met opt-out). KPN heeft bij de wijziging van het abonnement ten onrechte geen rekening gehouden met de trendmatige daling van het aantal belminuten en met abonnees die het belverkeer bij een andere aanbieder (CPS-aanbieder) afnemen. Daarnaast heeft KPN een wijziging in de betalingsvoorwaarde doorgevoerd. Hierdoor kan KPN stellen noch aantonen dat de wijzigingen voor alle abonnees aantoonbaar in het voordeel is.

2. KPN had een maand voordat de wijzigingen doorgevoerd zouden worden, de abonnees moeten informeren over de wijzigingen en hen de mogelijkheid moeten bieden de overeenkomst kosteloos te beëindigen. ACM heeft bij besluit van 4 december 2013 aan KPN een last onder dwangsom (hierna: het bestreden besluit) opgelegd. De last behelst de verplichtingen voor KPN om de abonnees alsnog te informeren over de wijzigingen en hen de mogelijkheid te bieden de overeenkomst kosteloos te beëindigen. Met deze maatregel worden abonnees alsnog in de gelegenheid gesteld om de oude situatie met de nieuwe situatie te vergelijken. Abonnees die de wijzigingen nadelig achten krijgen alsnog de mogelijkheid het abonnement kosteloos te beëindigen. Op het moment dat KPN op 9 januari 2014 geen uitvoering zou hebben gegeven aan deze last, verbeurde zij een dwangsom van € 10.000 per dag met een maximum van € 300.000.

3. KPN heeft op 15 januari 2014 bezwaar gemaakt tegen het bestreden besluit. In het onderhavige besluit verklaart ACM na heroverweging de bezwaren van KPN ongegrond.

[1] Besluit van 4 december 2013 met kenmerk ACM/DC/2013/203436.

4. Dit besluit heeft de volgende opbouw: Allereerst beschrijft ACM het verloop van de procedure (hoofdstuk 2). Vervolgens vat zij het bestreden besluit samen (hoofdstuk 3). Daarna volgen een weergave van het bezwaar van KPN (hoofdstuk 4), het toepasselijke juridische kader (hoofdstuk 5) en de overwegingen van ACM ten aanzien van dat bezwaar (hoofdstuk 6).

2 Verloop van de procedure

5. Het verloop van de procedure tot aan bezwaar en de omstandigheden van feitelijke aard zijn uitgebreid weergegeven in de hoofdstukken 2 en 3 van het bestreden besluit. Voor het verloop van de procedure en de weergave van de feiten volstaat ACM met een verwijzing naar de hoofdstukken 2 en 3 in het bestreden besluit.

6. Vanaf 1 april 2013 is de Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) de rechtsopvolger van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit.[2] In het navolgende worden voor de leesbaarheid van dit besluit ook de beschreven handelingen van de OPTA (die derhalve hebben plaatsgevonden vóór 1 april 2013) aangeduid als handelingen van ACM.

7. Het verloop van de procedure na de bekendmaking van het bestreden besluit ziet er als volgt uit.

8. Bij fax[3] en per koerier van 15 januari 2014 heeft KPN een bezwaarschrift ingediend tegen het bestreden besluit.

9. Bij brief[4] van 5 februari 2014 heeft ACM de ontvangst van het bezwaarschrift bevestigd.

10. Bij brief[5] van 20 februari 2014 heeft ACM KPN uitgenodigd om op 10 maart 2014 haar bezwaarschrift mondeling toe te lichten. ACM heeft tevens met toepassing van artikel 7:10, derde lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) de beslissing op het bezwaar met zes weken verdaagd.

11. Op 10 maart 2014 heeft een hoorzitting plaatsgevonden waarin KPN haar bezwaren tegen het bestreden besluit mondeling heeft toegelicht. Van de hoorzitting is een verslag gemaakt. Het verslag is gelijktijdig met het deze beslissing naar KPN gestuurd.

[2] Op 1 april 2013 is de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt in werking getreden (Instellingswet Autoriteit Consument en Markt (Stb. 2013, 102)). Vanaf die datum is de Autoriteit Consument en Markt (ACM) de rechtsopvolger van de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa), de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (OPTA) en de Consumentenautoriteit (CA).
[3] Faxbericht met kenmerk: 614796/650952.
[4] Brief met kenmerk: ACM/DJZ/2014/400718.
[5] Brief met kenmerk: ACM/DJZ/2014/201018.

3 Het bestreden besluit

12. KPN heeft in de periode januari tot en met mei 2013 in een aantal mailings verschillende groepen van zakelijke abonnees aangeschreven. Het betrof abonnees met een ZBB-abonnement. Per brief werden de abonnees er door KPN van op de hoogte gesteld dat het ZBVT-abonnement van KPN nog voordeliger is. Met het ZBVT-abonnement koopt de abonnee het telefonieverkeer voortaan tegen een vast bedrag af. De abonnee betaalt dan alleen nog een vast bedrag per maand waarbij het telefonieverkeer inbegrepen is (een zogenaamd flat-fee abonnement). Daarnaast is met de overgang naar het ZBVT-abonnement ook een betalingsvoorwaarde gewijzigd voor de abonnee. Waar ZBB-abonnees het telefonieverkeer (twee) maandelijks achteraf betaalden dienen ZBVT-abonnees het telefonieverkeer - als onderdeel van de totale abonnementskosten – (twee) maandelijks vooruit te betalen. De abonnees werden automatisch omgezet naar het ZBVT-abonnement tenzij zij hier tegen bezwaar maakten (aanbod met opt-out).

13. In het bestreden besluit heeft ACM vastgesteld dat KPN haar abonnees van de dienst ZBB niet op een genoegzame wijze heeft geïnformeerd over de voorgenomen wijziging van meerdere bedingen in de overeenkomst. KPN heeft hen ook niet de mogelijkheid geboden de overeenkomst kosteloos te beëindigen.

14. ACM heeft geconcludeerd dat KPN artikel 7.2, eerste lid, aanhef en onder a en b, Tw heeft overtreden. In het bestreden besluit heeft ACM aan KPN een last onder dwangsom opgelegd om KPN alsnog aan te zetten de abonnees op een genoegzame wijze te informeren over de wijzigingen en hen de mogelijkheid te bieden de overeenkomst kosteloos op te zeggen. Indien KPN de last niet opvolgt, verbeurt zij een dwangsom van € 10.000,- voor iedere dag, gerekend vanaf de dag volgend op de laatste dag van de gestelde termijn, waarop zij nalaat aan de last te voldoen, met een maximum van € 300.000,-.

4 Bezwaren

15. De bezwaren die KPN tegen het bestreden besluit heeft ingebracht en op grond waarvan KPN ACM verzoekt het bestreden besluit in te trekken dan wel te herroepen, komen samengevat neer op het hiernavolgende.

16. KPN meent dat artikel 7.2 Tw niet van toepassing is omdat door de wijziging van het ZBB-abonnement in het ZBVT-abonnement de abonnees altijd goedkoper uit zijn. Anders dan ACM meent KPN dat zij terecht geen rekening heeft gehouden met de trendmatige daling in het aantal belminuten per abonnee. Volgens KPN is het ook waarschijnlijker dat het belverkeer met het ZBVT-abonnement juist toeneemt, omdat de abonnee onbeperkt kan bellen tegen een vast tarief.[6]

[6] Zie bezwaarschrift: bezwaar I, randnummers 4.1.1 t/m 4.1.13.

17. Anders dan ACM meent KPN dat de wijziging van de betalingsvoorwaarde een neutrale wijziging is. Mocht de abonnee nadeel ondervinden dan is dat een eenmalig renteverlies, wat door KPN gecompenseerd wordt met een korting. Volgens KPN verliest de abonnee door de wijziging van de betalingsvoorwaarde het opschortingsrecht niet. Tot slot meent KPN dat deze wijziging slechts een marginale wijziging betreft die niet zelfstandig kan leiden tot een verplichting voor KPN om het beëindigingsrecht te moeten aanbieden.[7]

18. ACM heeft in het bestreden besluit gesteld dat KPN bij de berekening van het ZBVT-tarief geen rekening heeft gehouden met CPS-abonnees (abonnees die het belverkeer via een CPS-aanbieder afnemen) die tussentijds – gedurende of na de referentieperiode – zijn overgestapt naar een CPS-aanbieder. Voor hen is het ZBVT-tarief niet voordeliger. KPN stelt dat zij voor het doen van het aanbod geen onderscheid kon maken tussen abonnees die het belverkeer via KPN of een CPS-aanbieder afnamen.[8]

19. KPN stelt dat er geen sprake kan zijn van benadeling voor abonnees die via een CPS-aanbieder bellen. KPN heeft hen genoegzaam geïnformeerd over het feit dat het gemiddeld maandbedrag over een bepaalde periode van twaalf maanden uitsluitend betrekking had op de gesprekskosten die zij bij KPN hebben gemaakt, en niet die bij een CPS-aanbieder. Abonnees die voor of tijdens de referentieperiode zijn overgestapt naar een CPS-aanbieder zullen bij KPN aangeven dat zij terug naar het ZBB-abonnement willen.[9]

20. KPN doet een beroep op het vertrouwensbeginsel. KPN heeft op 27 november 2012 een propositie aan de ACM gepresenteerd. Deze propositie bevatte de wijzigingen die KPN voornemens was door te voeren, en de planning van deze aanpassingen. ACM heeft volgens KPN positief gereageerd op de propositie. ACM heeft bij KPN dan ook het gerechtvaardigde vertrouwen gewekt dat artikel 7.2 Tw niet van toepassing is op de voorgenomen wijzigingen.[10]

21. Verder stelt KPN dat de last disproportioneel is. Artikel 7.2 Tw zou volgens KPN alleen van toepassing moeten zijn op de abonnees waarvoor geldt dat de wijzigingen feitelijk niet aantoonbaar in het voordeel waren en niet, zoals ACM in het bestreden besluit heeft gesteld, op alle aangeschreven abonnees.[11]

22. Tot slot meent KPN dat ACM ten onrechte de schade die KPN zou hebben aangebracht bij de markt heeft betrokken bij haar overweging om tot handhaving over te gaan. Bovendien betwist KPN dat er sprake is van schade aan de markt, dat er sprake is van negatieve berichtvorming over de telecommunicatiemarkt als geheel of dat er sprake is van een ernstige overtreding.[12]

---

[7] Zie bezwaarschrift: bezwaar II en III, randnummers 4.2.1 t/m 4.3.7.
[8] Zie bezwaarschrift: bezwaar VI, randnummers 4.4.1 t/m 4.4.8.
[9] Idem.
[10] Zie onder meer: Pleitnota KPN, paragraaf 2 en Bezwaarschrift, randnummers: 2.5, 2.6, 4.1.6, 4.2.5, 4.3.3, 4.4.3 en 4.4.4.
[11] Zie bezwaarschrift: bezwaar VII en VIII, randnummers 4.7.1 t/m 4.8.3.
[12] Zie bezwaarschrift: bezwaar V en IV, randnummers 4.5.1 t/m 4.6.4.

5 Juridisch Kader

23. Artikel 15.1, derde lid, van de Tw luidt als volgt:

> *"3. 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 en met het toezicht op de naleving van de bepalingen van de roamingverordening zijn belast de bij besluit van de Autoriteit Consument en Markt aangewezen ambtenaren. De vorige volzin is niet van toepassing op het bepaalde bij of krachtens de artikelen 5.1, 5.4, 5.5, 5.6, tweede, derde lid, vierde en vijfde lid, 5.7, 5.13 en 5.14 van deze wet en voor zover Onze Minister de geadresseerde is.*

24. Artikel 15.2, tweede lid, van de Tw luidt als volgt:

> *"2. De Autoriteit Consument en Markt is bevoegd tot oplegging van een last onder bestuursdwang ter handhaving van de verplichtingen, gesteld bij of krachtens de in artikel 15.1, derde lid, bedoelde bepalingen."*

25. Artikel 5:32, eerste en tweede lid, van de Algemene Wet Bestuursrecht (hierna: Awb) bepaalt het volgende:

> *"1. Een bestuursorgaan dat bevoegd is een last onder bestuursdwang op te leggen, kan in plaats daarvan aan de overtreder een last onder dwangsom opleggen.*
> *2. Voor een last onder dwangsom wordt niet gekozen, indien het belang dat het betrokken voorschrift beoogt te beschermen, zich daartegen verzet."*

26. Artikel 7.2, eerste lid onder a en onder b, luidt als volgt:

> *"1. Ten minste een maand 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 of een openbaar elektronisch communicatienetwerk 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."*

27. In het "Beoordelingskader 2010 voor artikel 7.2 van de Telecommunicatiewet" (hierna: Beoordelingskader)[13] geeft ACM (voorheen het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit) inzicht in de wijze waarop ACM artikel 7.2 Tw interpreteert bij wijzigingen die aanbieders doorvoeren in overeenkomsten met hun abonnees. In het Beoordelingskader geeft ACM onder andere het volgende weer:

[13] Beoordelingskader 2010 voor artikel 7.2 van de Telecommunicatiewet, kenmerk: OPTA/ACNB/2009/203604.

"2. Het beëindigingsrecht van artikel 7.2 Tw geldt alleen voor een wijziging die niet aantoonbaar in het voordeel is van de abonnee. Als een wijziging uit meerdere aanpassingen bestaat en minimaal één deel van de wijziging als niet aantoonbaar voordelig kan worden beschouwd voor enige abonnee, dan is het college van oordeel dat die abonnee zijn contract moet kunnen ontbinden.

Het college interpreteert artikel 7.2 Tw in het licht van de bedoeling van dit artikel, namelijk bescherming van de abonnee. In dit verband ligt het niet voor de hand om een abonnee het recht te geven zijn overeenkomst te beëindigen als hij een wijziging van de contractsvoorwaarden krijgt voorgehouden die aantoonbaar in zijn voordeel is, bijvoorbeeld in het geval van een tariefverlaging van de geboden dienst. Het college sluit hiermee aan bij de uitleg die de minister van Economische Zaken aan artikel 7.2 Tw heeft gegeven.

De niet aantoonbaar voordelige wijziging moet betrekking hebben op de voor de abonnee van belang zijnde punten van de overeenkomst, zoals bijvoorbeeld het kwaliteitsniveau van de dienst, de tarieven, de juridische voorwaarden of de duur van de overeenkomst. Een wijziging in het vestigingsadres van de onderneming is bijvoorbeeld geen wijziging ten nadele of ten voordele, het college acht dit een neutrale wijziging. Het college merkt op dat het beëindigingsrecht van artikel 7.2 niet van toepassing is op neutrale wijzigingen.

3. Artikel 7.2 Tw is van toepassing op iedere wijziging van de voor de abonnee van belang zijnde punten van de overeenkomst die niet aantoonbaar in het voordeel is van de abonnee. Artikel 7.2 Tw gaat er vanuit dat iedere wijziging van de voor de abonnee van belang zijnde punten van de overeenkomst die niet aantoonbaar in het voordeel is van de abonnee het recht geeft aan de abonnee om de overeenkomst te beëindigen, aangezien de bepaling van artikel 7.2 Tw algemeen geformuleerd is. Er wordt hierbij geen onderscheid gemaakt naar de aard of omvang van de voorgenomen wijziging. Het college acht daarom artikel 7.2 Tw van toepassing op iedere wijziging van de voor de abonnee van belang zijnde punten van de overeenkomst die niet aantoonbaar in het voordeel is van de abonnee.

6 Overwegingen

28. In dit hoofdstuk gaat ACM in op de bezwaren van KPN gericht tegen het bestreden besluit, zoals samengevat weergegeven in hoofdstuk 4 van dit besluit.

6.1 Overwegingen ten aanzien van de vraag of artikel 7.2, eerste lid, aanhef en onder a en b, Tw is overtreden

6.1.1 Van Zakelijk Belbasis naar Zakelijk BelVrij Totaal

29. KPN stelt in haar bezwaar dat het beëindigingsrecht niet geboden diende te worden, omdat de wijzigingen aantoonbaar in het voordeel waren van de abonnee. In reactie op de bezwaren van KPN op dit punt gaat ACM eerst na of artikel 7.2, eerste lid, aanhef en onder a en b, Tw van toepassing is op de wijzigingen die KPN heeft willen doorvoeren voor haar dienst ZBB. Volgens KPN is artikel 7.2 Tw niet van toepassing omdat de abonnees met het ZBVT-abonnement altijd voordeliger uit zijn. Hiermee zou deze wijziging onder de uitzondering

vallen die staat omschreven in randnummer 3 van het Beoordelingskader 2010 voor artikel 7.2 Tw[14] (hierna: het Beoordelingskader) dat ACM heeft opgesteld.

30. KPN heeft op 27 november 2012 de voorgenomen wijziging aan ACM gepresenteerd. [

PASSAGE VERTROUWELIJK

]15 Met het ZBVT-abonnement kan de abonnee onbeperkt bellen naar alle vaste én mobiele telefoonnummers binnen Nederland voor een vast bedrag. KPN heeft abonnees met een ZBB-abonnement in de periode januari tot en met mei 2013 mailings verstuurd om hen hierop attent te maken. KPN geeft in de mailing aan dat de abonnee automatisch worden omgezet naar het ZBVT-abonnement.

31. KPN heeft deze mailing verdeeld in meerdere batches. Voor de mailing die KPN in de periode januari tot en met april 2013 heeft verstuurd aan de abonnees heeft KPN het vaste bedrag voor het ZBVT-abonnement bepaald op de volgende wijze: KPN heeft een gemiddelde genomen van de gesprekskosten die de abonnee in de periode van november 2011 tot en met oktober 2012 naar vaste én mobiele telefoonnummers in Nederland tegen de geldende gesprekstarieven van 1 januari 2013 heeft gemaakt (de referentieperiode). Van deze gemiddelde gesprekskosten heeft KPN het vaste bedrag vastgesteld door enkele procenten korting te geven op de gemiddelde maandelijkse gesprekskosten. Voor de mailing die KPN in de periode mei 2013 heeft verstuurd heeft KPN een andere referentieperiode genomen.[16] KPN stelt dat de abonnee met het ZBVT-abonnement altijd voordeliger uit is bij een gelijkblijvend belprofiel en dat artikel 7.2 Tw daarom niet van toepassing is. Voor het vaststellen van het vaste bedrag voor het ZBVT-abonnement meent KPN dat zij geen rekening hoeft te houden met de trendmatige daling in het aantal belminuten per abonnee.

32. ACM is in tegenstelling tot hetgeen KPN betoogt van oordeel dat artikel 7.2 Tw wel degelijk van toepassing is. Artikel 7.2 Tw is van toepassing op (alle) voorgenomen wijzigingen van een beding dat is opgenomen in een overeenkomst. ACM merkt hierbij op dat artikel 7.2 Tw abonnees beoogt te beschermen tegen eenzijdige wijzigingen die de aanbieder wil doorvoeren. Abonnees moeten tijdig geïnformeerd worden over de voorgenomen wijzigingen en zij moeten de mogelijkheid krijgen het abonnement kosteloos te beëindigen indien zij de voorgenomen wijzigingen niet aanvaarden.

33. In het Beoordelingskader geeft ACM aan dat artikel 7.2 Tw steeds redelijk moet worden uitgelegd, zowel voor de abonnee als voor de aanbieder. Voor de uitleg van artikel 7.2 Tw hanteert ACM het Beoordelingskader. In het Beoordelingskader benadrukt ACM dat artikel 7.2

[14] Beoordelingskader 2010 voor artikel 7.2 van de Telecommunicatiewet (beëindigingsrecht bij wijziging overeenkomst). Te raadplegen op: https://www.acm.nl/nl/publicaties/publicatie/9942/Beoordelingskader-2010-voor-artikel-72-Tw-beeindigingsrecht-bij-wijziging-overeenkomst/ .
[15] [VERTROUWELIJK]
[16] Van februari 2012 tot en met januari 2013.

Tw geldt voor alle wijzigingen die *niet aantoonbaar in het voordeel* zijn van de abonnee. Als een wijziging uit meerdere aanpassingen bestaat en minimaal één deel van de wijziging als niet aantoonbaar in het voordeel kan worden beschouwd voor enige abonnee, dan is ACM van oordeel dat die abonnee zijn overeenkomst kosteloos kan beëindigen.

34. ACM deelt eveneens niet het standpunt van KPN, dat zij geen rekening hoeft te houden met de trendmatige daling in het aantal belminuten per abonnee. [

PASSAGE VERTROUWELIJK

] . Het is naar het oordeel van ACM niet redelijk dat KPN in de trendmatige daling wel een aanleiding ziet het ZBB-abonnement te wijzigen met als doel om het tariefmodel van KPN minder van deze daling afhankelijk te maken, maar vervolgens hetzelfde gegeven niet meeneemt in de berekening van het vaste bedrag voor het ZBVT-abonnement.

35. Voorts deelt ACM niet de mening van KPN, dat zij zorgvuldig zou hebben gehandeld door een referentieperiode van twaalf maanden te kiezen. ACM constateert dat er een periode van enkele maanden tussen het einde van de referentieperiode en het doen van het ZBVT-aanbod zit (voor de mailing in april geldt dat er vijf maanden zit tussen het einde van de referentieperiode en het doen van het aanbod). Daarnaast zit er nog een periode tussen het doen van het ZBVT-aanbod en het daadwerkelijk ingaan van het ZBVT-abonnement. Hierdoor is het aannemelijk dat de door KPN gesignaleerde trendmatige daling van invloed is geweest op het aantal belminuten van een abonnee dat is gebruikt voor de berekening van het vaste bedrag voor het ZBVT-abonnement. ACM is van oordeel dat er een aanmerkelijke kans is, dat KPN van een te hoog aantal belminuten is uitgegaan.

36. Het ligt bovendien juist op haar weg bij de berekening van het vaste bedrag voor het ZBVT-abonnement rekening te houden met deze trendmatige daling en abonnees hierover te informeren. KPN heeft als professionele aanbieder informatie over de ontwikkelingen in de zakelijke telefoniemarkt tot haar beschikking. Op basis van deze informatie is zij in staat analyses te maken en prognoses te stellen. [PASSAGE VERTOUWELIJK]

37. Verder wijst KPN erop dat de abonnees met het ZBVT-abonnement mogelijk meer zullen gaan bellen aangezien abonnees een vast bedrag betalen. KPN heeft deze stelling niet nader onderbouwd. ACM acht het dan ook onaannemelijk en tevens niet aangetoond, dat zakelijke afnemers meer zullen gaan bellen wanneer zij een vast bedrag betalen waarin het telefonieverkeer is afgekocht. ACM kan daarom dit punt van KPN niet meenemen in haar heroverweging.

38. Gelet op het bovenstaande komt ACM tot de conclusie dat KPN ten onrechte geen rekening heeft gehouden met de trendmatige daling van het aantal belminuten. Verder heeft zij een

referentieperiode gekozen die behoorlijk ver in het verleden ligt en heeft zij zonder onderbouwing aangenomen dat abonnees met het ZBVT-abonnement in de toekomst wellicht meer zullen gaan bellen. Tot slot heeft zij geen rekening gehouden met individuele gevallen, bijvoorbeeld als abonnees er zelf voor kiezen om minder te bellen door bijvoorbeeld te kiezen voor andere communicatiemiddelen. Derhalve kan KPN stellen noch aantonen dat de wijziging voor alle abonnees aantoonbaar in het voordeel is.

39. Anders dan KPN stelt is het niet aan ACM om aan te tonen dat de voorgenomen wijzigingen van KPN niet aantoonbaar in het voordeel zijn van de abonnees. KPN doet een beroep op de uitzondering op artikel 7.2 Tw die is opgenomen in het Beoordelingskader. Het is daarom aan KPN om aan te tonen dat de wijzigingen wel aantoonbaar in het voordeel zijn van alle abonnees. KPN dient dit op grond van het Beoordelingskader per gewijzigd beding aan te tonen. Nu KPN dit niet heeft aangetoond, had KPN de hoofdregel van artikel 7.2 Tw moeten toepassen. KPN had de abonnees op een genoegzame wijze moeten informeren over de voorgenomen wijzigingen en hen de mogelijkheid moeten bieden de overeenkomst kosteloos te beëindigen.

40. Tot slot stelt KPN dat zij de eventuele trendmatige daling heeft gecompenseerd met de korting die zij heeft verstrekt. Wat hier ook van zij, KPN heeft niet kunnen aantonen dat de wijziging voor alle abonnees in het voordeel is. De korting die KPN zou hebben verstrekt, maakt niet dat artikel 7.2 Tw niet van toepassing is.

41. Nu KPN niet heeft kunnen aantonen dat de wijziging voor alle abonnees in het voordeel is, heeft KPN een overtreding van artikel 7.2 Tw begaan en heeft ACM terecht een last onder dwangsom opgelegd. Gezien bovenstaande acht ACM het bezwaar van KPN op dit punt ongegrond.

6.1.2 Van achteraf naar vooruit betalen

42. KPN stelt zich op het standpunt dat de wijziging van de betalingsvoorwaarde (met het ZBVT-abonnement betaalt de abonnee het totale bedrag (het vaste bedrag per maand) vooruit terwijl de abonnee met het ZBB-abonnement alleen het abonnementsgeld vooraf betaalde en de gesprekskosten achteraf) neutraal is. Artikel 7.2 Tw zou daarom niet van toepassing zijn op deze wijziging. KPN beroept zich daarmee op de uitzondering die in randnummer 2 van hoofdstuk 3 van het Beoordelingskader staat opgenomen.

43. ACM deelt dit standpunt van KPN niet. Een neutrale wijziging betreft een wijziging die noch in het voordeel noch in het nadeel kan zijn van de abonnee (bijvoorbeeld een adreswijziging van de aanbieder). In het onderhavige geval betreft het een wijziging van een beding in de juridische voorwaarden dat ziet op de betalingswijze. Deze wijziging kan een grote impact hebben op de administratie en de financiële huishouding van de abonnee. Allereerst moet de abonnee de wijziging in haar administratie doorvoeren. Vervolgens moet de abonnee ervoor

zorgen dat er voldoende financiële middelen aanwezig zijn om de totale abonnementskosten én de (achteraf te betalen) gesprekskosten van het ZBB-abonnement direct bij ingang van het ZBVT-abonnement te kunnen voldoen. Het vergt een zekere inspanning, althans in ieder geval een actie, van de abonnee om deze wijziging in haar eigen administratie door te voeren. Dit alles maakt dat het een beding betreft dat van belang is voor de overeenkomst.

44. De vraag of de uitzondering op artikel 7.2 Tw van toepassing is en de vraag of de wijziging in de betalingsvoorwaarde neutraal is - of aantoonbaar in het voordeel van de abonnee is - beantwoordt ACM dus ontkennend. Zoals eerder is uiteengezet kan deze wijziging een grote impact hebben op de administratie en de financiële huishouding van de abonnee.

45. KPN stelt dat zij het eventueel renteverlies volledig heeft gecompenseerd met de verstrekte korting. De abonnee zou juist minder betalen. Ook hier geldt, wat hier ook van zij, de korting die KPN zou hebben verstrekt, maakt niet dat artikel 7.2 Tw niet van toepassing is.

46. KPN stelt verder dat een abonnee zijn recht, om de betaling op te schorten in het geval KPN de overeenkomst onvoldoende nakomt, niet verliest omdat de abonnee ook de betaling mag opschorten wanneer hij op grond van de overeenkomst de eerste is die dient te presteren.

47. ACM deelt dit standpunt van KPN niet. Op grond van het Burgerlijk Wetboek is een partij bij een wederkerige overeenkomst inderdaad, ook als deze partij als eerste dient te presteren, gerechtigd om de betaling op te schorten. Dit recht ziet echter meer op overeenkomsten tot betaling en aflevering van roerende zaken waarbij de partij die als eerste dient te presteren kan zien aankomen dat de wederpartij niet zal gaan nakomen. Dit is bijvoorbeeld het geval als de wederpartij weigerachtig is om een gekochte zaak te verzenden of af te leveren. In het onderhavige geval dient de abonnee vooruit te betalen voor een dienst en zal op dat moment nog niet kunnen vaststellen dat KPN de overeenkomst niet of gebrekkig zal nakomen. Daarmee wordt de rechtspositie van de abonnee gewijzigd. Een dergelijke wijziging kan naar het oordeel van ACM niet als een neutrale wijziging worden aangemerkt.

48. ACM heeft in het bestreden besluit geconstateerd dat KPN de abonnees in haar mailings niet heeft geïnformeerd over deze voorgenomen wijziging. KPN had de abonnees op grond van artikel 7.2 Tw over de wijziging van de betalingsvoorwaarde moeten informeren en omdat de wijziging niet aantoonbaar in het voordeel was van de abonnees, had KPN de abonnees de mogelijkheid moeten bieden de overeenkomst kosteloos te beëindigen. In het Beoordelingskader heeft ACM aangegeven dat artikel 7.2 Tw van toepassing is op iedere wijziging van de voor de abonnee van belang zijnde bedingen van de overeenkomst die niet aantoonbaar in het voordeel is van de abonnee. Daarbij wordt er geen onderscheid gemaakt naar de aard of omvang van de voorgenomen wijziging. Dat het volgens KPN om een marginale wijziging ging is niet relevant voor de toepassing van artikel 7.2 Tw.

49. KPN heeft niet kunnen aantonen dat de wijziging in de betalingsvoorwaarde voor alle abonnees in het voordeel is. KPN had de abonnee op een genoegzame wijze moeten informeren over deze wijziging en hen de mogelijkheid moeten bieden de overeenkomst kosteloos te beëindigen. Nu KPN dit niet heeft gedaan heeft KPN artikel 7.2 Tw overtreden. ACM heeft hiervoor terecht een last onder dwangsom opgelegd. Gezien bovenstaande acht ACM het bezwaar van KPN op dit punt ongegrond.

6.1.3 CPS-klanten

50. Een deel van de abonnees van KPN maakte voor de afhandeling van hun telefoongesprekken gebruik van een andere aanbieder (CPS-aanbieder). Deze zogenaamde CPS-klanten betaalden KPN vóór de wijziging dus alleen de kosten voor het ZBB-abonnement en niet de gesprekskosten. KPN heeft alle abonnees met het ZBB-abonnement aangeschreven en dus geen onderscheid gemaakt tussen normale klanten en CPS-klanten.

51. Hoewel KPN inziet dat het ZBVT-abonnement niet aantoonbaar in het voordeel is van alle CPS-klanten,[17] stelt zij zich op het standpunt dat zij geen onderscheid kon en kan maken tussen abonnees die het belverkeer bij KPN of bij een CPS-aanbieder afnemen. KPN is eveneens van mening dat het niet van haar gevraagd kan worden om ten aanzien van alle abonnees de verplichtingen uit art. 7.2 Tw in acht te nemen. Dit is in haar ogen disproportioneel.

52. KPN stelt CPS-aanbieders in staat om op haar netwerk CPS-diensten aan te bieden aan KPN-abonnees. KPN is er dus van op de hoogte van dat er ZBB-abonnees zijn die het belverkeer bij een CPS-aanbieder afnemen. Met deze wetenschap had het op de weg van KPN gelegen om in haar ZBVT-aanbod expliciet, althans op duidelijke wijze, aan te geven dat het vastgestelde ZBVT-tarief voor een ZBB-abonnee die het belverkeer bij een CPS-aanbieder afneemt niet altijd aantoonbaar in het voordeel is. Dit is met name het geval wanneer een ZBB-abonnee gedurende de referentieperiode, of in de periode gelegen tussen het einde van de referentieperiode en het ontvangen van het ZBVT-aanbod, is overgestapt naar een CPS-aanbieder. Voor deze abonnee geldt dat KPN bij de berekening van het ZBVT-tarief belminuten heeft meegerekend die de abonnee voor de overstap nog wel bij KPN afnam, maar sinds de overstap niet meer (omdat het telefonieverkeer inmiddels wordt afgehandeld door de CPS-aanbieder). Na de overstap worden de kosten voor het belverkeer immers in rekening gebracht door de CPS-aanbieder.

53. Bovendien stelt KPN dat in de mailing duidelijk is vermeld dat de gemiddelde gesprekskosten de kosten betreffen die de abonnee bij KPN heeft gemaakt. Abonnees die in de periode gedurende of na de referentieperiode zijn overgestapt naar een CPS-aanbieder zullen het

[17] KPN geeft in haar bezwaarschrift aan dat juist deze klanten geen gebruik zullen maken van het ZBVT-abonnement. Daarnaast merkt zij subsidiair op dat het voor CPS-klanten die in of na de referentieperiode zijn overgestapt, niet aantoonbaar in het voordeel is om overgezet te worden naar het ZBVT-abonnement.

ZBVT-abonnement niet interessant vinden. Zij zullen bij KPN ook aangeven dat zij terug willen naar het ZBB-abonnement. Volgens KPN is dat in de praktijk ook gebeurd.[18]

54. KPN wijst op het feit dat de CPS-beschakeling na de omzetting gewoon in stand is gebleven, hierdoor wordt het belverkeer nog altijd afgehandeld door de CPS-aanbieder. De CPS-klant blijft de gesprekskosten aan de CPS-aanbieder verschuldigd en dus niet aan KPN. Er is daarom volgens KPN geen sprake van benadeling voor een abonnee die gedurende of na de referentieperiode zijn belverkeer bij een CPS-aanbieder afneemt. De abonnee zal geen kosten verschuldigd zijn aan KPN voor het belverkeer dat hij niet bij KPN afneemt.

55. ACM deelt het standpunt van KPN niet dat abonnees, die het belverkeer bij een CPS-aanbieder laten afhandelen, niet benadeeld worden met het ZBVT-abonnement. Omdat KPN voor de berekening van het vast bedrag voor het ZBVT-abonnement geen rekening heeft gehouden met abonnees die in de periode gedurende of na de referentieperiode zijn overgestapt naar een CPS-aanbieder, heeft KPN voor die groep abonnees een te hoog aantal belminuten meegenomen in de berekening van de gemiddelde gesprekskosten. Het vaste bedrag is dus inclusief de kosten van het belverkeer die de abonnee bij KPN in het verleden heeft afgenomen maar inmiddels niet meer afneemt. Daarnaast betaalt de abonnee, die in de periode gedurende of na de referentieperiode is overgestapt naar een CPS-aanbieder, kosten voor het huidige belverkeer die hij bij een CPS-aanbieder afneemt. De abonnee wordt hierdoor wel benadeeld.

56. Een redelijke uitleg van artikel 7.2 Tw maakt dat een aanbieder dit artikel niet hoeft toe te passen wanneer de wijziging aantoonbaar in het voordeel is van alle abonnees. KPN geeft zelf aan dat voor abonnees die in de periode gedurende of na de referentieperiode zijn overgestapt naar een CPS-aanbieder het ZBVT-abonnement voor hen niet interessant is. Zij zullen dan ook teruggezet willen worden naar het ZBB-abonnement. Volgens KPN is dat ook gebeurd. Dit feit onderschrijft het oordeel van ACM dat niet gesteld worden dat het ZBVT-abonnement voor alle abonnees voordeliger is.

57. ACM is van oordeel dat artikel 7.2 Tw van toepassing is. KPN had de abonnees op een genoegzame wijze moeten informeren (waarbij een abonnee op eenvoudige wijze de nieuwe situatie moet kunnen vergelijken met de oude situatie[19]) dat zij voor de berekening van het vaste bedrag voor het ZBVT-abonnement de kosten voor het belverkeer die bij een CPS-aanbieder worden gemaakt niet heeft meegenomen. Voor deze abonnees is het ZBVT-abonnement niet voordeliger. KPN onderschrijft deze stelling. KPN had dan ook de mogelijkheid moeten bieden de overeenkomst kosteloos te beëindigen. Aangezien KPN niet in staat was om deze groep te identificeren, lag het op haar weg om zekerheidshalve al haar

[18] Zie verslag hoorzitting, p. 11.
[19] Zie hoofdstuk 3 onder 7 van het Beoordelingskader.

abonnees aan te schrijven. Immers, de wijziging was niet voor *alle* abonnees aantoonbaar in het voordeel.

58. Nu KPN heeft nagelaten abonnees op een genoegzame wijze te informeren dat zij voor de berekening van het ZBVT-tarief geen rekening heeft gehouden met abonnees die het belverkeer bij een CPS-aanbieder afnemen en hen de mogelijkheid te bieden de overeenkomst kosteloos te beëindigen, heeft zij artikel 7.2 Tw overtreden. ACM heeft hiervoor terecht een last onder dwangsom opgelegd. Gezien bovenstaande acht ACM het bezwaar van KPN op dit punt ongegrond.

6.2 Proportionaliteit van de sanctie

59. KPN heeft in haar bezwaarschrift met betrekking tot de proportionaliteit van de verplichtingen opgenomen in het bestreden besluit twee bezwaren opgenomen. Daarnaast heeft KPN deze bezwaren tijdens de hoorzitting van 10 maart 2014 aangevuld.

60. In haar bezwaarschrift stelt KPN in randnummer 4.7.3 dat ACM niet had kunnen en mogen concluderen dat KPN al haar abonnees die zij heeft aangeschreven met het ZBVT-aanbod had moeten informeren over de voorgenomen wijzigingen en zij had de mogelijkheid moeten bieden om het abonnement kosteloos op te zeggen. De last onder dwangsom had hooguit opgelegd kunnen worden ten aanzien van die abonnees waarvoor de betreffende wijzigingen in het abonnement feitelijk niet aantoonbaar in hun voordeel waren. KPN stelt dat de last onder dwangsom met betrekking tot dit punt te ruim geformuleerd en disproportioneel is. In randnummer 4.8.3 van het bezwaarschrift stelt KPN hetzelfde met betrekking tot de in de last onder dwangsom opgenomen verplichting voor KPN om aan alle aangeschreven abonnees het kosteloos beëindigingsrecht te bieden.

61. Tijdens de hoorzitting van 10 maart 2014 heeft KPN de in het vorige randnummer opgenomen bezwaren nader onderbouwd. Tijdens de hoorzitting heeft KPN herhaald dat ACM alleen een last onder dwangsom had mogen opleggen ten aanzien van die abonnees waarvoor de betreffende wijzigingen in het abonnement feitelijk niet aantoonbaar in hun voordeel waren. ACM had ervoor kunnen kiezen om bij het Wholesale bedrijf van KPN na te gaan welke CPS-klanten tussentijds, dat wil zeggen tijdens de referentieperiode of de periode tussen het einde van de referentieperiode en het ingaan van het ZBVT-abonnement, naar een aanbieder van CPS-diensten zijn overgestapt. ACM heeft dat in een vergelijkbare zaak ook gedaan. Met deze informatie had KPN gericht de abonnees kunnen aanschrijven voor wie het nieuwe abonnement feitelijk niet aantoonbaar in het voordeel was. ACM heeft er echter voor gekozen om KPN te verplichten om alle abonnees aan te schrijven. Dit maakt de verplichting disproportioneel.

62. ACM zal ingaan op de door KPN ingebrachte bezwaren met betrekking tot de proportionaliteit van de verplichtingen opgenomen in de last onder dwangsom. De twee in het bezwaarschrift

opgenomen bezwaren zal ACM gezamenlijk behandelen gezien de verwantschap van de bezwaren. ACM zal de aanvulling op het bezwaarschrift apart behandelen.

6.2.1 De wijzigingen waren voor alle abonnees niet aantoonbaar in het voordeel

63. Met betrekking tot de bezwaren van KPN, dat ACM aan KPN alleen een informatieverplichting en een verplichting om het kosteloos beëindigingsrecht te bieden had mogen opleggen voor abonnees waarvoor de betreffende wijzigingen in het abonnement feitelijk niet aantoonbaar in hun voordeel waren, oordeelt ACM als volgt.

64. In het bestreden besluit heeft ACM geconstateerd dat de omzetting van het ZBB-abonnement in een ZBVT-abonnement op in ieder geval drie punten nadelig kan uitpakken voor de abonnees. In de eerste plaats heeft KPN geen rekening gehouden met de trendmatige daling in de belvolumes. Doordat abonnees worden overgezet naar een flat-fee abonnement, moet een abonnee dezelfde gebruikskosten betalen als in de referentieperiode. Het feit dat abonnees minder gaan bellen is niet meegenomen bij de wijziging. Hieraan kan een bewuste keuze van de abonnee liggen, doordat deze bijvoorbeeld meer gebruik maakt van alternatieve communicatiemiddelen. Dit had KPN moeten meewegen in haar beoordeling of de wijziging voor alle abonnees aantoonbaar in het voordeel was. Nu deze wijziging betrekking heeft op alle abonnees, heeft ACM terecht vastgesteld dat KPN op grond van artikel 7.2 Tw alle abonnees op een genoegzame wijze had moeten informeren en dat KPN aan alle abonnees het beëindigingsrecht had moeten aanbieden.

65. Ook heeft ACM vastgesteld dat de wijziging van de betalingsvoorwaarde een wijziging is die niet voor alle aangeschreven abonnees aantoonbaar in het voordeel is. Nu deze wijziging betrekking heeft op alle abonnees, heeft ACM terecht vast gesteld dat KPN op grond van artikel 7.2 Tw alle abonnees op een genoegzame wijze had moeten te informeren en dat KPN aan alle abonnees het beëindigingsrecht had moeten aanbieden.

66. Uit het voorgaande concludeert ACM dat KPN reeds op grond van de voorgaande punten op grond van artikel 7.2 Tw gehouden was om alle abonnees het beëindigingsrecht te bieden. Nu KPN dit heeft nagelaten heeft KPN artikel 7.2 Tw overtreden ten opzichte van alle abonnees. ACM is dan ook terecht tot de conclusie gekomen dat KPN alsnog alle abonnees dient te informeren en het kosteloos beëindigingsrecht dient te bieden. Daarmee is de opgelegde last onder dwangsom niet disproportioneel.

6.2.2 KPN kon niet nagaan welk van de aangeschreven abonnees gebruik maakte van de diensten van een CPS-aanbieder

67. Daarnaast gaf ook het nadeel dat de specifieke groep CPS-abonnees ondervonden, voldoende aanleiding om het beëindigingsrecht aan alle abonnees te bieden. KPN heeft onder

andere in antwoord[20] op vragenbrieven van ACM, in haar zienswijze[21] van 20 juni 2013 en in een hoorzitting[22] van 20 augustus 2013 aan ACM aangegeven niet te kunnen (of mogen) nagaan of een abonnee een CPS-dienst afneemt bij een CPS-aanbieder. Dit omdat de CPS-beschakeling wordt gedaan door KPN Wholesale.

68. ACM oordeelt allereerst dat het niet aan ACM is om te voldoen aan de verplichtingen van artikel 7.2 Tw. Het is de verantwoordelijkheid van KPN om, voor zij abonnees gaat aanschrijven met een wijziging van het abonnement door middel van een aanbod met een opt-out, zich ervan te vergewissen dat de juiste abonnees worden aangeschreven. Wanneer KPN hier niet toe in staat is, dan ligt dit in de risicosfeer van KPN. Zoals ACM reeds heeft aangegeven, had het op de weg van KPN gelegen om (zekerheidshalve) alle abonnees op het beëindigingsrecht te wijzen. Nu KPN dit heeft nagelaten, heeft zij het risico aanvaard dat er zich abonnees bevonden tussen de aangeschreven abonnees, voor wie de wijzigingen niet aantoonbaar in het voordeel waren.

69. KPN heeft ter onderbouwing van dit punt gewezen op een andere procedure, waarin ACM aan KPN informatie heeft verstrekt waarmee KPN de relevante abonnees kon identificeren en gericht kon bereiken. Zoals ACM ook bij deze procedure uitdrukkelijk heeft aangegeven, betrof dit een uitzonderlijke situatie. In deze zaak speelde een aantal specifieke elementen een rol:

    a) Het ging om een specifieke groep abonnees waar de tarieven voor moesten worden bijgesteld, omdat KPN deze onjuist had vastgesteld;

    b) De overige abonnees, waarvan de tarieven niet opnieuw dienden te worden bijgesteld, waren op grond van de verplichtingen opgenomen in het bestreden besluit al eerder door KPN aangeschreven. KPN had deze klanten dus al geïnformeerd en het beëindigingsrecht geboden;

    c) ACM was van oordeel dat het niet proportioneel was dat alle abonnees een tweede maal werden aangeschreven, terwijl er slechts voor een klein deel een wijziging werd doorgevoerd;

    d) KPN had vrijwillig besloten deze groep van abonnees aan te schrijven; en

    e) Met het verstrekken van deze informatie werd geen concurrentiegevoelige informatie aan KPN verstrekt aangezien de betreffende abonnees (door het weghalen van de CPS-beschakeling) inmiddels al waren overgestapt van een alternatieve aanbieder naar KPN.

[20] Antwoordbrieven van KPN van 12 februari 2013 (pagina 2) met kenmerk R/13/U/010 en van 27 maart 2013 (pagina 5) met kenmerk R/13/U/017.
[21] Zienswijze KPN van 20 juni 2013 (randnummers 30 en 51)met kenmerk R/13/U/035.
[22] Zie pagina 5 van het uitgewerkte verslag van de hoorzitting van 20 augustus 2013.

70. De hiervoor genoemde elementen spelen geen rol in de onderhavige procedure. De wijziging in het abonnement geldt voor alle abonnees en niet voor alle abonnees kan worden aangetoond dat de wijzigingen in het voordeel van de abonnee waren. De abonnees waren bovendien niet eerder gewezen op het beëindigingsrecht.

71. Daarnaast is het gezien de aard van de te geven informatie voor ACM in dit geval ook niet mogelijk om KPN de informatie te verschaffen. De informatie die ACM in de onderhavige zaak aan KPN zou moeten verstrekken betreft wel concurrentiegevoelige informatie. Het gaat namelijk om informatie met betrekking tot abonnees die tijdens de referentieperiode of in de periode gelegen tussen het einde van de referentieperiode en het ontvangen van het nieuwe ZBVT-aanbod zijn overgestapt naar een CPS-aanbieder voor het afhandelen van het telefonieverkeer. ACM kan deze informatie, zou zij daar al over beschikken, niet verstrekken aan KPN omdat ACM dan concurrentiegevoelige informatie aan KPN zou verstrekken over abonnees van alternatieve providers.

72. Naar het oordeel van ACM is er dus geen sprake van een vergelijkbare situatie die tot deze uitzonderlijke maatregel noopt. Het lag dus op de weg van KPN om alle abonnees het beëindigingsrecht aan te bieden. Nu KPN dit heeft nagelaten heeft KPN artikel 7.2 Tw overtreden ten opzichte van alle abonnees. ACM is dan ook terecht tot de conclusie gekomen dat KPN alle abonnees diende te informeren en dat KPN aan alle abonnees het beëindigingsrecht diende aan te bieden.

6.2.3 Conclusie

73. ACM is op grond van het voorgaande terecht tot de conclusie gekomen dat de omzetting van het ZBB-abonnement in een ZBVT-abonnement voor alle abonnees niet aantoonbaar in het voordeel was. Op grond van artikel 7.2 Tw was KPN gehouden om alle abonnees op een genoegzame wijze te informeren over de wijziging en zij had dan ook aan alle abonnees het beëindigingsrecht moeten aanbieden. Nu KPN dit heeft nagelaten heeft KPN terecht geoordeeld dat KPN dit alsnog diende te doen. Gelet op het voorgaande is ACM van oordeel dat de last onder dwangsom niet disproportioneel is. Derhalve acht ACM het bezwaar van KPN op dit punt ongegrond.

6.3 Vertrouwensbeginsel

74. KPN heeft als bezwaar aangevoerd dat het bestreden besluit in strijd met het vertrouwensbeginsel genomen zou zijn. In haar bezwaarschrift heeft KPN dit onder meerdere bezwaargronden aangekaart.[23] Omdat deze bezwaren in grote mate vergelijkbaar zijn, zal ACM deze in de onderhavige paragraaf gezamenlijk behandelen.

[23] Zie onder meer: Pleitnota KPN, paragraaf 2 en Bezwaarschrift, randnummers: 2.5, 2.6, 4.1.6, 4.2.5, 4.3.3, 4.4.3 en 4.4.4.

75. KPN onderbouwt haar betoog, dat ACM het vertrouwensbeginsel geschonden zou hebben, door te wijzen op de bijeenkomst die op 27 november 2012 heeft plaatsgevonden en het e-mailbericht dat op 12 december 2012 aan KPN gestuurd is.

76. Zoals ACM in het navolgende uiteen zal zetten kon KPN naar het oordeel van ACM uit de bijeenkomst en het e-mailbericht niet het vertrouwen hebben ontleend dat ACM de gepresenteerde wijziging buiten het bereik van artikel 7.2 Tw zou achten.

6.3.1 Wat is er gecommuniceerd

77. Tijdens de presentatie heeft KPN een voornemen om haar abonnement te wijzigen aan ACM gepresenteerd.[24] Nu ACM tijdens deze bijeenkomst ook heeft doorgevraagd en bovendien geen uitdrukkelijk bezwaar zou hebben gemaakt tegen de wijzigingen, is KPN van mening dat zij hieruit het vertrouwen mocht ontlenen dat ACM geen bezwaar zou hebben tegen de wijziging en dat artikel 7.2 Tw niet van toepassing was. Dit zou bovendien volgen uit het e-mailbericht, dat op 12 december 2012 door ACM verzonden is. De tekst van dit e-mail bericht luidde als volgt:

> *"[VERTROUWELIJK] en ik hadden jullie toegezegd voor medio december onze reactie te geven op jullie presentatie. We hebben jullie presentatie binnen OPTA besproken en willen jullie het volgende meegeven.*
>
> *Indien jullie kunnen garanderen dat de overgang naar Zakelijke Belvrij Totaal voor iedere abonnee aantoonbaar in het voordeel is, dan is het beëindigingsrecht van artikel 7.2 van de Telecommunicatiewet niet van toepassing. Hoewel dit voordeel wat ons betreft wel lijkt te volgen uit jullie presentatie en mondelinge toelichting, is de uiteindelijke inschatting hiervan natuurlijk aan KPN.*
>
> *Mocht het zo zijn dat OPTA signalen ontvangt dat de overgang naar ZBT voor bepaalde abonnees nadelig uitpakt, dan zal OPTA daar op dat moment toch nader naar moeten kijken. Voor de zekerheid melden we jullie wel alvast dat als artikel 7.2 Tw toch van toepassing zou blijken te zijn, dat dan het aanbieden van een opt-out niet kwalificeert als "vetorecht" zoals in de toelichting op artikel 7.2 Tw is beschreven." [onderstreping ACM]*

78. Alleen al uit dit citaat volgt dat het bezwaar van KPN niet kan slagen. In de eerste plaats volgt hieruit dat de betreffende medewerkers op de bespreking van 27 november 2012 geen toezegging hebben gedaan. Door ACM is destijds aangegeven dat zij hetgeen gepresenteerd is eerst intern moest bespreken en dat ACM medio december 2012 een reactie zou geven.

79. Daarnaast bevat bovenstaande reactie geen toezegging dat de wijziging die KPN voornemens was door te voeren aantoonbaar in het voordeel was van de abonnee. In het betreffende bericht lichtten de betreffende medewerkers van ACM slechts toe wanneer het

[24] Van deze bijeenkomst is geen woordelijk verslag gemaakt. Hetgeen KPN naar voren heeft gebracht staat opgenomen in de presentatie. Zie brief van KPN d.d. 20 juni 2013 met kenmerk: R/13/U/035.

beëindigingsrecht op grond van het Beoordelingskader niet van toepassing is. Te weten als KPN kan garanderen dat de overgang naar het ZBVT-abonnement voor iedere abonnee aantoonbaar in het voordeel is. Deze inschatting laat ACM expliciet aan KPN zelf over.

80. Bovendien benadrukt ACM in het betreffende e-mail bericht dat zij opnieuw naar de zaak zal moeten kijken als zij signalen zou ontvangen dat de overgang naar het ZBVT-abonnement voor bepaalde abonnees nadelig uitpakt. Uit het bovenstaande e-mailbericht had KPN kunnen en moeten opmaken dat ACM een voorbehoud maakt.

6.3.2 KPN kon hier geen vertrouwen uit ontlenen

81. Zoals eerder is opgemerkt blijkt reeds uit de tekst van het e-mailbericht dat KPN er niet op mocht en kon vertrouwen dat ACM van oordeel was dat de voorgenomen wijzigingen in het abonnement aantoonbaar in het voordeel waren van de abonnee. ACM heeft tijdens de presentatie of in het e-mailbericht geen enkele toezegging gedaan. Ook uit het feit dat ACM geen bezwaren heeft geuit kan niet het vertrouwen worden ontleend dat zij de gepresenteerde wijzigingen in lijn met artikel 7.2 Tw achtte.[25] ACM heeft slechts verwoord wanneer 7.2 Tw niet van toepassing is - te weten als KPN kan garanderen dat de wijzigingen aantoonbaar in het voordeel waren voor de abonnee - en het aan KPN overgelaten om hiervan een inschatting te maken.

82. Dat ACM hierbij heeft aangegeven dat het voordeel voor de abonnees leek te volgen uit de presentatie doet hier geen afbreuk aan. ACM heeft hiermee de eerste indruk beschreven, die zij aan de hand van de presentatie van KPN had opgedaan. ACM was hierbij dus afhankelijk van hetgeen KPN naar voren bracht. ACM beschikte hierbij niet over alle gegevens en was dan ook redelijkerwijs niet in staat om alle gevolgen te overzien. Een sluitend antwoord op de vraag of het beëindigingsrecht geboden moest worden kon ACM naar aanleiding van de presentatie niet geven. Dit heeft ACM dan ook niet gedaan.

83. Voorts blijkt uit de presentatie van KPN dat enkele voorgenomen wijzigingen in het geheel niet naar voren zijn gekomen tijdens de bijeenkomst van 27 november 2012. In tegenstelling tot hetgeen KPN in randnummer 2.5 van haar bezwaarschrift stelt, kan nergens uit worden opgemaakt dat de wijziging van het betaalmoment is besproken tijdens de betreffende bijeenkomst. KPN heeft haar stelling dat dit wel besproken is, niet onderbouwd.

84. Tot slot heeft ACM er juist expliciet op gewezen dat zij pas nader naar de zaak zou kijken op het moment dat zij signalen zou ontvangen dat de wijziging voor bepaalde abonnees toch nadelig zou uitpakken. Uit de informatie die ACM heeft ontvangen naar aanleiding van het handhavingsverzoek van Tele2 is gebleken dat de wijzigingen inderdaad niet in alle gevallen

[25] Zie ter vergelijking: ABRvS 1 september 2010, ECLI:NL:RVS:2010:BN5713. In deze zaak hebben bouwinspecteurs ook wijzigingen bekeken en vervolgens geen bezwaar gemaakt. Toch kon hier niet het vertrouwen uit worden ontleend dat de bouwinspecteurs de wijzigingen in lijn vonden met de geldende regelgeving.

aantoonbaar in het voordeel waren van de abonnees. Het lag aldus op de weg van ACM om de aangedragen situaties nader te onderzoeken, hetgeen geleid heeft tot het bestreden besluit. Tijdens zowel de behandeling van het handhavingsverzoek als de procedure, die heeft geleid tot het opleggen van een last onder dwangsom, is KPN er niet in geslaagd om te aan te tonen dat de wijzigingen inderdaad voor iedere abonnee in het voordeel waren.

6.3.3 Conclusie

85. Gelet op het voorgaande komt ACM tot de conclusie dat zij niet in strijd met het vertrouwensbeginsel heeft gehandeld. In de eerste plaats heeft ACM geen vertrouwen gewekt over de door KPN gepresenteerde wijzigingen. Bovendien kon KPN er niet op vertrouwen dat het uitblijven van bezwaar tegen hetgeen gepresenteerd werd betekende, dat ACM van oordeel was dat de gepresenteerde wijzigingen buiten het bereik van artikel 7.2 Tw vielen. Uit het e-mailbericht van 12 december 2012 bleek al duidelijk dat ACM niet in staat was om te bepalen of de wijzigingen in alle gevallen in het voordeel van de abonnee waren. ACM heeft KPN bovendien expliciet gewezen op haar eigen verantwoordelijkheid. Nu achteraf is gebleken dat de gepresenteerde wijzigingen toch niet voor alle abonnees in het voordeel uitpakten en bovendien niet alle wijzigingen gepresenteerd waren, heeft ACM terecht een last onder dwangsom opgelegd. Van enige schending van het vertrouwens beginsel is dus geen sprake.

86. Gezien bovenstaande acht ACM het bezwaar van KPN op dit punt ongegrond.

6.4 Gewicht van de overtreding en marktschade

87. KPN stelt dat ACM in het bestreden besluit onterecht heeft opgenomen dat een overtreding van artikel 7.2 Tw door KPN gezien kan worden als een ernstige overtreding en dat handhaving van de overtreding gerechtvaardigd is mede gezien de negatieve berichtvorming over de markt en de schade toegebracht aan de markt.

88. Voordat ACM ingaat op deze bezwaargrond, benadrukt ACM dat ernst van de overtreding niet van belang is voor de bevoegdheid tot het opleggen van een last onder dwangsom. Op grond van artikel 15.2, tweede lid, Tw jo.15.1, derde lid, Tw is ACM bevoegd tot het opleggen van een last onder dwangsom indien zij een overtreding van artikel 7.2 Tw constateert. Een last onder dwangsom is een herstelsanctie die erop gericht is om de overtreding te beëindigen en de gevolgen van een overtreding weg te nemen of te beperken. De bevoegdheid om een last onder dwangsom op te leggen is niet beperkt tot ernstige overtredingen. Ook de vraag of een overtreding schade toebrengt aan de markt is niet relevant voor de bevoegdheid van ACM om een last onder dwangsom op te leggen.

89. Gelet hierop leiden de door KPN aangevoerde gronden, ook wanneer deze gegrond zouden zijn, niet tot andere beoordeling van de overtreding.

6.4.1 Marktschade

90. Voorts is ACM van oordeel dat zij terecht heeft geconcludeerd dat de overtreding van KPN heeft geleid tot schade aan de markt en dat er dus voldoende aanleiding was om over te gaan tot handhaving.

91. ACM heeft zich hierbij gebaseerd op de systematiek die in de Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM[26] (hierna: boetebeleidsregels) is neergelegd. Gelet hierop merkt ACM allereerst op dat de Minister van Economische Zaken in artikel 3.4 onder II van de boetebeleidsregels overtredingen van artikel 7.2 Tw kwalificeert als zware overtredingen, omdat het gaat om overtredingen waarbij de concurrentie wordt belemmerd of de belangen van de eindgebruiker worden geschaad. Dit impliceert dat er sprake is van een ernstige overtreding, tenzij de economische context en de bijzondere omstandigheden van het geval tot een ander oordeel nopen. Naar het oordeel van ACM is dit laatste in het onderhavige geval niet aan de orde. In de boetebeleidsregels geeft de Minister van Economische Zaken in artikel 3.5 weer hoe de ernst van de overtreding kan worden vastgesteld.

92. KPN heeft bij het aanbieden van het ZBVT-abonnement gekozen voor een opt-out constructie. Abonnees die niet reageerden werden automatisch omgezet naar het ZBVT-abonnement. Zoals reeds eerder weergegeven oordeelt ACM dat niet van alle wijzigingen die door KPN zijn doorgevoerd gezegd kan worden dat die aantoonbaar in het voordeel zijn van alle abonnee. Daargelaten of het contracteren door middel van opt-out een goede keuze is om wilsovereenstemming te bereiken staat het voor ACM wel vast dat abonnees zijn omgezet naar het ZBVT-abonnement terwijl dit abonnement voor hen niet aantoonbaar in het voordeel was. Door niet te wijzen op het recht om het abonnement kosteloos te beëindigen zijn de belangen van deze groep abonnees geschaad.

93. Onder deze groep abonnees bevonden zich ook abonnees die voor het afhandelen van het telefonieverkeer gebruik maakten van de CPS-diensten van alternatieve aanbieders.[

PASSAGE VERTROUWELIJK

] Het ZBVT-aanbod is een aanbod voor bepaalde tijd met een duur van een jaar en is niet tussentijds opzegbaar (althans niet zonder opzegvergoeding).

94. Dat dit heeft ook daadwerkelijk tot schade bij concurrenten geleid blijkt onder meer uit het volgende. Bij ACM zijn bij het Bedrijvenloket vragen en klachten binnengekomen over het ZBVT-aanbod van KPN. Daarnaast heeft ACM klachten ontvangen van CPS-aanbieders. Deze aanbieders gaven aan dat zij abonnees verloren aan KPN terwijl het ZBVT-abonnement voor deze abonnees niet in alle gevallen aantoonbaar in het voordeel was.

[26] Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM. Stcrt. 24 april 2013, nr. 11214.

95. Voor deze groep abonnees geldt dat die door de actie van KPN tenminste voor de duur van een jaar onbereikbaar is geworden voor CPS-aanbieders. Dit terwijl deze groep abonnees, als KPN artikel 7.2 Tw op de juiste wijze had nageleefd, contract vrij (en daarmee bereikbaar) had moeten zijn aangezien het ZBVT-abonnement niet aantoonbaar in het voordeel was en KPN deze groep abonnees dus op de juiste wijze had moeten informeren en het kosteloos beëindigingsrecht had moeten bieden.

96. In het bestreden besluit heeft ACM verder nader onderbouwd dat de overtreding van KPN bovendien heeft geleid tot negatieve berichtvorming over de telecommunicatiemarkt en tot een negatieve beeldvorming bij afnemers van zakelijke telefonie. In de praktijk stappen afnemers van zakelijke telefonie namelijk niet snel over van hun huidige aanbieder naar een andere aanbieder. De negatieve beeldvorming veroorzaakt door een overtreding van artikel 7.2 Tw door een marktpartij versterkt dit effect nog eens.

97. ACM is van oordeel dat de overtreding van KPN de concurrentie of de belangen van eindgebruikers feitelijk heeft geschaad. KPN heeft, zoals eerder weergegeven, door deze overtreding schade berokkend aan abonnees en aan alternatieve aanbieders. In dit oordeel is ook betrokken dat KPN op de markt voor Vaste Telefonie een aanbieder is die beschikt over een aanmerkelijke marktmacht. Derhalve is ACM van oordeel dat zij in het bestreden besluit terecht heeft geoordeeld dat er sprake is van een ernstige overtreding.

98. Gezien bovenstaande oordeelt ACM het bezwaar van KPN als ongegrond.

6.5 Conclusie

99. Gelet op al het voorgaande is ACM van oordeel dat geen van de door KPN ingediende bezwaren ten aanzien van het bestreden besluit slagen. ACM is na heroverweging van het bestreden besluit van oordeel dat KPN artikel 7.2 Tw heeft overtreden en dat ACM hier terecht een last onder dwangsom voor heeft opgelegd.

Besluit
Openbaar

7 Dictum

100. De Autoriteit Consument en Markt:

I. Verklaart de bezwaren van KPN B.V. tegen het besluit van 4 december 2013, met kenmerk ACM/DC/2013/203436, ongegrond.

De Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

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

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.