

Openbaar Besluit

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2014/207383

Zaaknummer: 14.0876.31

Datum: 18 december 2014

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

Samenvatting

Op 4 augustus 2014 hebben toezichhoudend ambtenaren van de Autoriteit Consument en Markt een rapport opgemaakt tegen Vodafone Libertel B.V. voor het overtreden van de Telecommunicatiewet wegens het schenden van de verplichting van netneutraliteit. Naar aanleiding van dit rapport legt de Autoriteit Consument en Markt een boete op aan Vodafone van € 200.000.

Het doel van netneutraliteit is om de keuze- en uitingsvrijheid van gebruikers van het internet te maximaliseren. De gedraging van Vodafone is niet verenigbaar met dit doel.

I. Inleiding

1. De Autoriteit Consument en Markt (hierna: ACM) stelt op grond van artikel 15.4, derde lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) met dit besluit een overtreding vast waarvoor zij een boete oplegt van € 200.000. De boete wordt opgelegd aan Vodafone Libertel B.V. (hierna: Vodafone). Deze boete wordt opgelegd voor overtreding van artikel 7.4a, derde lid, Tw.
2. Aanleiding voor het onderhavige besluit vormt het rapport zoals op 4 augustus 2014 is opgemaakt (hierna: het onderzoeksrapport) door toezichhoudend ambtenaren van ACM.
3. In dit besluit gaat ACM eerst in op de achtergrond van de bepaling inzake netneutraliteit (paragraaf II), het verloop van de procedure (paragraaf III), het onderzoeksrapport (paragraaf IV), de feiten (paragraaf V) en de zienswijze van Vodafone (paragraaf VI). In de daarop volgende paragrafen zal ACM beoordelen of er een overtreding is begaan van de bepaling inzake netneutraliteit en wie als overtreder is aan te merken (paragraaf VII), en de vaststelling van de hoogte van de boete (paragraaf VIII). Ten slotte volgt het dictum (paragraaf IX).

Openbaar Besluit

II. Netneutraliteit

4. Ter implementatie van de Universeledienstrichtlijn¹ heeft Nederland bewust gekozen voor strikte netneutraliteit. In dat kader is op 1 januari 2013 artikel 7.4a Tw in werking getreden. Deze bepaling heeft als doel het verzekeren van netneutraliteit, waarmee de wetgever een vrij toegankelijk internet beoogt te realiseren dat iedereen de mogelijkheid biedt om alle websites te bezoeken en alle diensten te gebruiken, voor welk gebruik internet noodzakelijk is.² Daarnaast wordt hiermee gerealiseerd dat iedereen de mogelijkheid heeft om nieuwe, innovatieve diensten en websites aan te bieden. Met andere woorden, de bepaling is erop gericht om de keuze- en uitingvrijheid van eindgebruikers op het internet te maximaliseren, zonder dat de aanbieder van internettoegang hieraan sturing geeft.³

III. Verloop van de procedure

5. Voorafgaand aan het onderzoeksrapport van de toezichthoudend ambtenaren heeft de Directie TVP van ACM onderzoek gedaan naar de gedragingen van Vodafone. Aanleiding hiervoor was het persbericht dat Vodafone op 3 september 2013 heeft verstrekt aan de Directie TVP van ACM. In dat persbericht werd de introductie van de gratis HBO-GO propositie aangekondigd.
6. Vanaf 9 september 2013 tot 31 oktober 2013 is vervolgens correspondentie gewisseld tussen Vodafone en toezichthoudend ambtenaren waarin Vodafone informatie heeft verstrekt over de HBO GO-propositie. Daarnaast hebben er op 13 september 2013 en op 31 oktober 2013 gesprekken plaatsgevonden tussen Vodafone en de Directie TVP van ACM.
7. Op 5 november 2013 bevestigt Vodafone per e-mail dat Vodafone de gratis HBO GO-propositie niet meer aanbiedt.
8. Op 4 augustus 2014 heeft de Directie TVP van ACM het onderzoeksrapport verzonden aan Vodafone.⁴ Bij brief van 8 augustus 2014 heeft ACM Vodafone uitgenodigd haar zienswijze op het onderzoeksrapport, zowel schriftelijk als mondeling, naar voren te brengen.⁵ Vodafone heeft geen gebruik gemaakt van de gelegenheid om voorafgaand aan de

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

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

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

⁴ Kenmerk 2014403785.

⁵ Kenmerk 2014204624.

Openbaar Besluit

hoorzitting schriftelijk haar zienswijze kenbaar te maken. Op 22 september 2014 heeft Vodafone ten kantore van ACM haar zienswijze op het rapport mondeling kenbaar gemaakt.

IV. Het onderzoeksrapport

9. Aanleiding voor het onderhavige besluit vormt de gedraging zoals vastgesteld in het onderzoeksrapport. In dit onderzoeksrapport hebben toezichthoudend ambtenaren geconstateerd dat Vodafone artikel 7.4a, derde lid, Tw heeft overtreden doordat Vodafone van 3 september 2013 tot en met 5 november 2013 een internettoegangsdienst aanbood waarbij het gebruik van de HBO GO-app niet ten koste ging van het data-tegoed. Door het 'datavrij' beschikbaar stellen van de HBO GO-app betaalde een abonnee bij gebruik van deze dienst per afgenomen MB een ander gemiddeld tarief, dan wanneer hij bij afname van hetzelfde abonnement deze dienst niet gebruikt.

V. Feiten

10. Vodafone is een besloten vennootschap.⁶ Zij is zowel aanbieder van een openbaar elektronisch communicatienetwerk waarover internettoegangsdiensten worden geleverd als aanbieder van internettoegangsdiensten.
11. Vodafone heeft in het najaar van 2013 het Vodafone Red abonnement aangeboden in combinatie met een gratis HBO GO-app waarvan de abonnee 90 dagen gebruik kon maken. Het abonnement omvatte een bundel van mobiele diensten waarbij gebruik kon worden gemaakt van mobiel breedband internet, sms en belminuten. De HBO GO-app is een dienst van de commerciële digitale tv-zender HBO waarmee een abonnee op drie apparaten tv-series, films en documentaires kan bekijken. Het gratis gebruik van de app hield in dat het gebruik van de app niet ten koste ging van de databundel van het Vodafone Red abonnement en dat tevens het content abonnement van de app gratis was.
12. Om de gratis HBO GO-app te kunnen gebruiken moest de abonnee een voucher activeren met een door Vodafone verstrekte code. Hieraan waren voor de gebruikers geen kosten verbonden. In totaal hebben [vertrouwelijk]⁷ klanten van Vodafone de voucher geactiveerd en dus gebruik gemaakt van de HBO GO-propositie.

⁶ Uittreksel KvK Vodafone Libertel B.V.

⁷ Kenmerk 2013305026 – bron 15.

Openbaar Besluit

13. Op 3 september 2013 informeert Vodafone de Directie TVP van ACM per e-mail⁸ over de introductie van de HBO GO-propositie. In de periode tot 20 september 2013 is er overleg tussen de Directie TVP van ACM en Vodafone en correspondentie over en weer om duidelijkheid te krijgen over de vraag of de propositie die Vodafone aanbiedt een losse dienst⁹ in de zin van artikel 7.4a Tw is.¹⁰ De Directie TVP van ACM geeft op 13 september 2013 aan dat indien de propositie geen losse dienst is, de overtreding door Vodafone zo spoedig mogelijk ongedaan moet worden gemaakt.¹¹
14. Op 20 september 2013 laat de Directie TVP van ACM Vodafone weten¹² dat de HBO GO-propositie zoals die door Vodafone wordt aangeboden niet is aan te merken als losse dienst. Naar aanleiding hiervan vindt, op verzoek van Vodafone, op 31 oktober 2013 een overleg plaats tussen de Directie TVP van ACM en Vodafone. In dat gesprek benadrukt de Directie TVP van ACM nogmaals dat de HBO GO-propositie zoals die op dat moment wordt aangeboden in strijd is met artikel 7.4a, derde lid, Tw. Zij geeft daarbij aan dat de overtreding zo spoedig mogelijk moet worden beëindigd.¹³
15. Vodafone is op 5 november gestopt met het aanbieden van de HBO GO-propositie. Ook voor klanten die de voucher vóór 5 november 2013 hadden geactiveerd gold dat vanaf die datum het verbruik van de HBO GO-app weer van hun databundel af ging. Bij deze klanten werden gedurende de resterende actieperiode geen kosten voor datagebruik buiten hun bundel in rekening gebracht.¹⁴
16. De Directie TVP van ACM heeft Vodafone eerder al guidance gegeven ten aanzien van artikel 7.4a, derde lid, Tw, meer specifiek ten aanzien van de Sizz-app die Vodafone reeds eerder in de markt had gezet. De Sizz-app kon worden gebruikt om programma's van RTL te bekijken op een smartphone of tablet. De app werd aangeboden in combinatie met een internettoegangsdienst. Gebruik van de app ging evenmin ten koste van de databundel.

⁸ Kenmerk 2013307260 – bron 2.

⁹ Kamerstukken II 2010/11, 32 54932, nr. 29, p 3.

¹⁰ Kenmerk 2013305013 – bron 3, 2013305010 – bron 4, 2013305014 – bron 5, 2014400644 – bron 27, 2013305011 - bron 6, 2013305012 – bron 7.

¹¹ Kenmerk 2014400644 – bron 27.

¹² Kenmerk 2013307293 – bron 8.

¹³ Kenmerk 2013305025 – bron 12, 2013403530 – bron 13, 2013403353 – bron 16, 2014402115 – bron 18, 2013305028 – bron 19, 2013305029 – bron 21, 2014400644 – bron 23.

¹⁴ Kenmerk 2013102932 – bron 24.

Openbaar Besluit

17. De Directie TVP van ACM heeft Vodafone laten weten dat de Sizz-propositie in strijd was met artikel 7.4a, derde lid, Tw. Naar aanleiding daarvan heeft Vodafone de Sizz-propositie aangepast. De Directie TVP van ACM heeft per brief van 18 november 2013 bevestigd dat Vodafone door het aanbieden van de Sizz-app als losse dienst de overtreding heeft beëindigd.¹⁵

VI. Zienswijze

18. Kort en zakelijk weergegeven brengt Vodafone het volgende in haar zienswijze naar voren.
19. Vodafone meent, onder verwijzing naar artikel 6 EVRM en het lex certa-beginsel, dat het onzorgvuldig is om, zonder eerst duidelijkheid te scheppen over de uitleg van de netneutraliteitsbepaling, een sanctie op te leggen. Een sanctie is in dat geval onevenredig en onzorgvuldig.
20. Dat de grenzen van wat wel en wat niet is toegestaan rondom netneutraliteit moeilijk zijn te trekken, blijkt volgens Vodafone niet alleen uit de discussie over en weer in dit dossier, maar ook uit het feit dat het Ministerie van Economische Zaken voornemens is een beleidsregel op te stellen, om meer duidelijkheid ten aanzien van art 7.4a Tw te scheppen en de discussies daaromtrent. Daarnaast blijkt uit de toelichting bij artikel 7.4a Tw dat het gaat om het tegengaan van belemmeringen als aparte tarifiering, een Whats app-heffing of een Skype-heffing. Daarvan is in onderhavig geval evenwel geen sprake, aldus Vodafone. De consument is volgens Vodafone op geen enkele wijze de dupe. Hij heeft zijn basisbundel, geheel netneutraal en krijgt daarnaast, tijdelijk als promotionele actie, een extraatje.
21. Volgens Vodafone was er sprake van een losse dienst omdat de HBO GO-app ook afgenomen kon worden door klanten die een abonnement hadden bij andere providers. Volgens Vodafone is het feit dat de content algemeen verkrijgbaar was en ongeacht wat voor abonnement iemand afnam, bepalend voor de kwalificatie als losse dienst.
22. Een sanctie zou volgens Vodafone niet proportioneel zijn omdat er geen nadeel is geweest voor de consument. Het ging immers om een tijdelijke gratis dienst. De redenering dat de abonnee daarmee in zijn keuzevrijheid is beperkt, is nogal vergezocht: dat zou dan bij elke promotionele actie zo zijn. Concurrentieschade is er evenmin, nog los van het feit dat artikel 7.4a, derde lid, Tw niet strekt tot bescherming van concurrentiebelangen, maar uitsluitend van consumentenbelangen, aldus Vodafone.

¹⁵ Kenmerk 2013205933 – bron 26.

Openbaar Besluit

23. Het is evenmin zuiver om de situatie rondom de Sizz-dienst als verzwarende omstandigheid te beschouwen omdat de Sizz-dienst is gestaakt en het dossier is gesloten. Het feitencomplex lag daar bovendien anders. Sizz betrof exclusieve content die uitsluitend beschikbaar was voor Sizz abonnees. Bij HBO GO ging het om een algemene applicatie. Die applicatie was ook verkrijgbaar voor klanten van andere providers.
24. Volgens Vodafone heeft zij zich proactief en constructief opgesteld jegens ACM, onder meer door ACM op de hoogte te stellen van de HBO GO-propositie en door constructief overleg toen bleek dat ACM van oordeel is dat de propositie in strijd is met artikel 7.4a Tw. De periode waarin de vermeende overtreding voortduurde (ruim twee maanden) werd nuttig en constructief gebruikt voor overleg om tot een oplossing te komen. Het is volgens Vodafone niet fair om haar dat tijdsverloop nu tegen te werpen als een 'verzwarende factor'. Toen bleek dat een toegestane aanpassing niet kon worden bereikt heeft Vodafone de vermeende overtreding zo spoedig mogelijk beëindigd.

VII. Beoordeling

25. Op grond van artikel 7.4a, derde lid, Tw mogen aanbieders van internettoegangsdiensten de hoogte van tarieven voor internettoegangsdiensten niet afhankelijk stellen van de diensten en toepassingen die via deze diensten worden aangeboden of gebruikt.
26. In het navolgende worden de in het onderzoeksrapport geconstateerde feiten en gedragingen achtereenvolgens besproken en getoetst aan elk van de onderdelen van artikel 7.4a, derde lid, Tw om vast te stellen of er sprake is van een overtreding.

Aanbieder van internettoegangsdienst

27. Een internettoegangsdienst is kort gezegd een dienst waarmee toegang tot internet wordt geboden. Met 'internet' wordt bedoeld op "*het wereldwijde, publieke netwerk van eindpunten met door de Internet Assigned Numbers Authority ('IANA') toegewezen IP-adressen*".¹⁶ Deze definitie van internet moet breed worden uitgelegd. Zodra men een dienst aanbiedt waarmee toegang wordt verleend tot websites en andere diensten of toepassingen op internet, zoals e-mail of VoIP, dan is er sprake van het aanbieden van een internettoegangsdienst.¹⁷

¹⁶ Kamerstukken II 2010/11, 32549, nr. 29, p. 2.

¹⁷ Kamerstukken II 2010/11, 32549, nr. 29, p. 2.

Openbaar Besluit

28. Vodafone is aanbieder van internettoegangsdiensten, waaronder de dienst Vodafone Red. Met de dienst Vodafone Red bood Vodafone in de periode van 3 september 2013 tot en met 5 november 2013 de consument toegang tot het internet (internettoegangsdienst).

Internettoegangsdienst/ geen losse dienst

29. ACM volgt het betoog van Vodafone dat de HBO GO-app een losse dienst betreft, zodat artikel 7.4a Tw niet van toepassing is, niet. Volgens de toelichting¹⁸ bij artikel 7.4a Tw moet de term internettoegangsdienst breed worden uitgelegd, om te voorkomen dat deze bepaling wordt omzeild. Als toegang tot websites, meerdere diensten of toepassingen, zoals apps, wordt aangeboden is sprake van een internettoegangsdienst. Het is op grond van dit artikel dan ook in ieder geval niet toegestaan om een dienst, bestaande uit toegang tot (bepaalde) web pagina's, diensten of toepassingen, aan te bieden, waarbij het gebruik van bepaalde toepassingen of diensten wordt geblokkeerd of apart wordt getarifeerd. Aanbieders mogen via het internet wel losse diensten, maar geen pakketten voor toegang tot een deel van het internet aanbieden.¹⁹
30. Voor de opvatting van Vodafone dat een applicatie of dienst als losse dienst beschouwd kan worden indien die content ook bij een andere provider wordt aangeboden al dan niet als losse dienst,²⁰ biedt artikel 7.4a, derde lid, Tw, noch de wetsgeschiedenis aanknopingspunten. ACM stelt vast dat aangezien de HBO GO-app door Vodafone in combinatie wordt aangeboden met een internettoegangsdienst, deze niet kan worden beschouwd als losse dienst.

Tariefdifferentiatie

31. Aan de Vodafone Red-dienst is het gratis gebruik van de HBO GO-app gekoppeld voor een periode van drie maanden. Dat betekent dat de afnemer van de Vodafone Red-dienst geen abonnementskosten voor de HBO GO-app hoefde te betalen en dat het gebruik van de HBO Go-app niet ten koste ging van de databundel van het Vodafone Red-abonnement (datavrij).

¹⁸ Kamerstukken II, 2010/11, 32549, nr. 29, p. 2-3.

¹⁹ Zo mag de aanbieder een los abonnement aanbieden voor mobiel bellen via VoIP in plaats van met de gewone mobiele telefoondienst. Deze dienst wordt weliswaar via het internet geleverd, maar is niet bedoeld om toegang tot internet te verlenen. Een dergelijke dienst is dan ook geen internettoegangsdienst, maar een telefoondienst. In deze gevallen is het toegestaan het overige internetverkeer (bij een VoIP-onlyabonnement al het verkeer dat niet voor VoIP wordt gebruikt) te blokkeren.

²⁰ Kenmerk 2014206328 – hoorzittingsverslag p. 2.

Openbaar Besluit

32. Door het 'datavrij' beschikbaar stellen van de HBO GO-app, betaalt de Vodafone Red-abonnee bij gebruik van de HBO GO-app per afgenomen MB gemiddeld een ander tarief voor het abonnement, dan wanneer hij de HBO GO-app niet zou afnemen. Naast het volledige gebruik van de databundel tegen de afgesproken abonnementskosten, kan de afnemer immers ook data verbruiken door middel van de HBO GO-app. De afnemer die gebruik maakt van de HBO GO-app, kan voor dezelfde kosten in totaal meer data verbruiken dan de afnemer die de HBO GO-app niet gratis gebruikt. De gemiddelde dataprijs voor de afnemer die gebruik maakt van de gratis HBO GO-app, wordt daarmee lager dan de gemiddelde dataprijs voor de afnemer die geen gebruik maakt van de HBO GO-app. Het gebruik van de gratis HBO GO-app is daarmee van invloed op het tarief voor internettoegang.
33. ACM bestrijdt niet dat uit de toelichting bij artikel 7.4a Tw blijkt dat het verbod op tariefdifferentiatie neergelegd in dat artikel vooraleerst ziet op het tegengaan van belemmeringen als aparte tarifiering, zoals een Whats app-heffing of een Skype-heffing. Dat neemt echter niet weg dat een propositie zoals die van Vodafone in strijd is met de door artikel 7.4a, derde lid, Tw gerealiseerde strikte netneutraliteit.
34. De standpunten van Vodafone dat voor Vodafone niet duidelijk was waar de grenzen liggen van wat wel en wat niet is toegestaan rondom netneutraliteit, dat een beleidsregel van het Ministerie van Economische Zaken noodzakelijk is om meer duidelijkheid ten aanzien van art 7.4a Tw te scheppen en de verwijzingen naar artikel 6 EVRM en het lex certa-beginsel, overtuigen niet. Reeds bij introductie van de vergelijkbare dienst Sizz-app, zie randnummers 16-17, is Vodafone er op gewezen dat die dienst niet in overeenstemming met artikel 7.4a Tw werd aangeboden. Onder meer per brief²¹ van 8 juli 2013 heeft ACM Vodafone laten weten dat de Sizz-app in strijd was met artikel 7.4a, derde lid, Tw, omdat door het 'datavrij' beschikbaar stellen van de Sizz-app het gemiddelde tarief dat een abonnee per afgenomen MB betaalt voor zijn internettoegangsdienst, wanneer hij gebruikt maakt van de Sizz-app, anders wordt dan wanneer hij deze dienst niet afneemt. Er kon bij Vodafone daarom geen misverstand bestaan over het feit dat de vergelijkbare HBO GO-propositie ook in strijd is met artikel 7.4a, derde lid, Tw.

Conclusie

35. Uit het voorgaande volgt dat Vodafone door het aanbieden van de HBO GO-propositie de tarieven van internettoegangsdiensten afhankelijk heeft gesteld van de diensten en

²¹ Kenmerk 2013302595 – bron 1.

Openbaar Besluit

toepassingen die via deze diensten worden aangeboden. Door het 'datavrij' beschikbaar stellen van de HBO GO-app betaalt de afnemer bij gebruik van deze dienst per afgenomen MB immers een ander gemiddeld tarief voor zijn internettoegangsdienst, dan wanneer hij deze dienst niet afneemt. ACM stelt vast dat Vodafone, van 3 september 2013 tot en met 5 november 2013, artikel 7.4a, derde lid, Tw heeft overtreden.

VIII. Boete

36. Artikel 15.1, tweede lid, Tw, voor zover relevant, luidt als volgt:
“De Autoriteit Consument en Markt is belast met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens andere bepalingen van deze wet dan bedoeld in het eerste lid en met het toezicht op de roamingverordening.”
37. Artikel 15.4, derde lid, Tw luidt als volgt:
“De Autoriteit Consument en Markt kan een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 450 000 ter zake van overtreding van de bij of krachtens de in artikel 15.1, tweede lid, bedoelde regels.”
38. Ingevolge artikel 15.1, tweede lid, Tw is ACM belast met het toezicht op de naleving van artikel 7.4a Tw. Op grond van artikel 15.4, derde lid, Tw is ACM bevoegd een boete van ten hoogste € 450.000 per overtreding op te leggen in het geval van overtreding van de in artikel 15.1, tweede lid, Tw bedoelde regels, zoals de verplichting uit artikel 7.4a, derde lid, Tw. Bij het vaststellen van de hoogte van een op te leggen boete dienen – op grond van de artikelen 5:41 en 5:46 Awb – de verwijtbaarheid van de overtreder, de ernst van de overtreding en de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd te worden betrokken. Voorts moet het in artikel 3:4 Awb neergelegde evenredigheidsbeginsel in acht genomen worden.
39. Op 1 augustus 2014 is de Boetebeleidsregel ACM 2014 (hierna: Boetebeleidsregel) in werking getreden.²² De Boetebeleidsregel bevat nadere regels voor de wijze waarop ACM invulling geeft aan haar bevoegdheid om bestuurlijke boetes op te leggen. De algemene doelstelling bij het vaststellen van de hoogte van de boete is dat de boete evenredig is met het oog op de gepleegde overtreding. Voorts hanteert ACM het uitgangspunt dat de op te

²² Beleidsregel van de Minister van Economische zaken van 4 juli 2014, nr. WJZ/14112617, met betrekking tot het opleggen van bestuurlijke boetes door de Autoriteit Consument en Markt (Boetebeleidsregel ACM 2014), Stcrt. (15 juli) 2014, 19776.

Openbaar Besluit

leggen boete voldoende afschrikwekkend is voor zowel de overtreder als voor (potentiële) andere overtreders.

40. Op grond van artikel 15.4, derde lid, Tw jo. 2.7, eerste en tweede lid, Boetebeleidsregel stelt ACM een basisboete vast binnen de bandbreedte van de boetecategorie waarin de overtreden norm is ingedeeld. Ingeval van onderhavige overtreding stelt ACM de basisboete vast tussen € 150.000 en € 450.000, aangezien overtreding van artikel 7.4a, derde lid, Tw is ingedeeld in boetecategorie IV waarvoor deze boetebandbreedte is vastgesteld (zie Bijlage 2, behorende bij artikel 2.7, tweede lid, Boetebeleidsregel).
41. Artikel 2.2 Boetebeleidsregel geeft drie verschillende factoren, te weten: de ernst van de overtreding, de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd, en de duur van de overtreding. Met inachtneming van in ieder geval deze factoren stelt ACM de basisboete vast binnen de bandbreedte.
42. Na vaststelling van de basisboete beoordeelt ACM of sprake is van boeteverhogende of boeteverlagende omstandigheden op grond van artikel 2.8, eerste lid, Boetebeleidsregel. In artikel 2.9 en 2.10 Boetebeleidsregel zijn omstandigheden opgesomd die in ieder geval worden aangemerkt als boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden.
43. Tot slot kan ACM op grond van artikel 5:46, tweede lid, Awb – waarin is bepaald dat een bestuursorgaan bij het bepalen van de hoogte van de boete zo nodig rekening moet houden met de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd – de draagkracht van de desbetreffende onderneming in acht nemen bij het vaststellen van de boete.

VIII.1 Verwijtbaarheid van de overtreding

44. De norm van artikel 7.4a, derde lid, Tw richt zich tot *alle* aanbieders van internettoegangsdiensten. Dat Vodafone in onderhavige situatie als aanbieder van een internettoegangsdienst heeft te gelden staat vast en dat betwist Vodafone ook niet. Op grond van deze norm diende Vodafone vanaf inwerkingtreding van artikel 7.4a Tw deze bepaling na te leven. Ondanks dat Vodafone er verschillende malen op gewezen werd (door middel van de discussie rond de Sizz-app) dat de HBO GO-propositie strijdig is met artikel 7.4a Tw, heeft het ruim twee maanden geduurd voordat Vodafone deze heeft gestaakt. ACM concludeert dan ook dat de overtreding, bestaande uit het niet naleven van de wettelijke verplichting voortvloeiend uit artikel 7.4a, derde lid, Tw, ten volle te verwijten is aan Vodafone.

Openbaar Besluit

VIII.2 Vaststelling van de basisboete

45. Artikel 7.4a Tw heeft als doel het verzekeren van netneutraliteit ter bescherming van een vrij toegankelijk internet dat iedereen de mogelijkheid biedt om zonder sturing door de aanbieder van internettoegangsdiensten alle websites te bezoeken en alle diensten te gebruiken die op internet beschikbaar zijn. De wetgever beschouwt het open karakter van internet als een groot goed dat beschermd dient te worden. Overtreding van artikel 7.4a, derde lid, Tw is beboetbaar met maximaal € 450.000.
46. Het proberen te sturen van de keuze van een eindgebruiker naar een bepaalde dienst of applicatie is in strijd met de bedoeling van de netneutraliteitsbepaling, namelijk de keuze- en uitingsvrijheid van eindgebruikers op het internet maximaliseren. Door het gratis aanbieden van de HBO GO-app heeft Vodafone de keuze van de eindgebruiker beïnvloed.
47. Het is daarnaast aannemelijk dat Vodafone met de HBO GO-propositie klanten heeft geworven. De voucher is immers door [vertrouwelijk] klanten geactiveerd. Op deze manier heeft Vodafone zich kunnen bevoordelen ten opzichte van haar concurrenten die wel handelden in overeenstemming met artikel 7.4a, derde lid, Tw.
48. Dat Vodafone de periode van 3 september 2013 tot en met 5 november 2013 nuttig en constructief heeft gebruikt om tot een oplossing te komen, overtuigt ACM niet. Vodafone kon reeds aan de hand van de discussie die Vodafone en ACM hebben gehad over een vergelijkbare andere dienst, de Sizz-app,²³ weten dat de HBO GO-propositie volgens ACM in strijd zou zijn met artikel 7.4a, derde lid Tw. Gebruik van de Sizz-app ging immers evenmin ten koste van de databundel, waardoor de afnemer ook bij gebruik van deze dienst per afgenomen MB gemiddeld een ander tarief betaalde, dan wanneer hij deze dienst niet zou afnemen.
49. De overtreding ving aan op 3 september 2013 en is door Vodafone beëindigd op 5 november 2013. De duur van de overtreding stelt ACM vast op ruim twee maanden.

VIII.3 Basisboete

50. Gelet op hetgeen ACM heeft overwogen in randnummer 44 tot en met 49 concludeert ACM dat een basisboete van € 200.000 gepast is.

²³ Zie randnummers 16 en 17.

Openbaar Besluit

VIII.4 Boeteverhogende of -verlagende omstandigheden

51. Wat betreft het uit eigen beweging informeren van de Directie TVP van ACM over de HBO GO-propositie, merkt ACM het volgende op. Ingeval een overtreder vergaande medewerking verleent aan het onderzoek en de overtreding uit eigen beweging en zonder tussenkomst van ACM beëindigt, kan ACM dat in aanmerking nemen als boeteverlagende omstandigheden. ACM neemt daarbij in aanmerking dat Vodafone door middel van het toesturen van een persbericht de Directie TVP van ACM informeert over de HBO GO-actie. De overtreding is evenwel niet meteen gestaakt, zelfs niet nadat vast was komen te staan dat de HBO GO-app geen losse dienst betrof. ACM ziet daarom in het uit eigen beweging informeren geen rechtvaardiging voor boeteverlagende omstandigheden. Van andere boeteverlagende omstandigheden is ACM niet gebleken.
52. Van boeteverhogende omstandigheden is ACM evenmin gebleken.

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

53. In aanmerking genomen de ernst van de overtreding alsmede de omstandigheden waaronder de overtreding is gepleegd en de duur van de overtreding, legt ACM een boete op van € 200.000 aan Vodafone voor overtreding van artikel 7.4a, derde lid, Tw.
54. Naar het oordeel van ACM is de hoogte van de boetes, alle bovenvermelde omstandigheden tezamen bezien, evenredig. ACM ziet dan ook geen aanleiding tot nadere bijstelling van de boetes.

Openbaar Besluit

IX. Dictum

55. De Autoriteit Consument en Markt:

- legt aan Vodafone Libertel B.V. een boete op van € 200.000 wegens overtreding van artikel 7.4a, derde lid, van de Telecommunicatiewet in de periode van 3 september 2013 tot en met 5 november 2013.

Den Haag,

De Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

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

13/13

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