

Besluit

Openbaar

Ons kenmerk: OPTA/ACNB/2009/202753

Zaaknummer: 09.0181.34

Datum: 22 oktober 2009

Besluit van het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op grond van artikel 15.2, tweede lid, van de Telecommunicatiewet in samenhang gelezen met artikel 5.32, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht tot het opleggen van een last onder dwangsom aan Telfort B.V. wegens overtreding van artikel 7.2 van de Telecommunicatiewet.

1 Samenvatting van het besluit

1. Het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit (hierna: het college) heeft vastgesteld dat Telfort B.V. (hierna: Telfort) niet heeft voldaan aan de verplichtingen uit artikel 7.2 van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) om abonnees bij de wijziging van een beding in een overeenkomst de mogelijkheid te bieden om de overeenkomst binnen vier weken kosteloos te beëindigen en de abonnee hierover op genoegzame wijze te informeren.
2. Het college legt Telfort in dit besluit een last onder dwangsom op met als doel om Telfort aan te zetten alsnog aan de op haar rustende wettelijke verplichtingen uit artikel 7.2 Tw te voldoen. De last onder dwangsom heeft de volgende inhoud: Telfort dient binnen vier weken na dagtekening van dit besluit al haar abonnees die gelijktijdig een internet en een internettelefoniedienst hebben aangevraagd, de mogelijkheid te bieden om de overeenkomst voor internet en internettelefonie binnen een termijn van vier weken kosteloos te beëindigen en deze groep abonnees hierover op individuele wijze te informeren. Indien Telfort de last niet opvolgt, verbeurt zij een dwangsom van € 5.000 voor iedere dag, na afloop van de laatste dag van de gestelde termijn, waarop zij nalaat aan de last te voldoen, met een maximum van € 150.000.

2 Verloop van de procedure en feiten

3. Telfort biedt, onder meer via haar website¹, abonnementen aan onder de naam *Telfort Internet + vast bellen*, deze abonnementen bestaan uit de diensten internet (met een snelheid van 4 of 20Mb/s) en internettelefonie.
4. Tussen 23 en 31 maart 2009 heeft Telfort haar abonnees per e-mail geïnformeerd over een voorgenomen tariefsverhoging van de dienst internettelefonie.² Ook via de website van Telfort zijn klanten geïnformeerd over de voorgenomen wijziging.³
5. Met ingang van 1 mei 2009 heeft Telfort ten aanzien van de dienst internettelefonie een starttarief van € 0,05 ingevoerd voor binnenlandse gesprekken. Tevens heeft Telfort het tarief voor het bellen naar mobiele nummers per 1 mei 2009 verhoogd van € 0,155 naar € 0,17 per

¹ Zie bijlage 1

² Zie bijlage 2

³ Zie bijlage 3 (http://downloads.telfort.nl/telfort/algemeen/090320_QA_vast%20bellen%20tariefsverhoging_klantversie_def.pdf)

Besluit Openbaar

minuut.

6. Bij e-mail van 31 maart 2009⁴ heeft het college Telfort bericht dat, via ConsuWijzer, een aantal klachten zijn ontvangen over het verhogen van de tarieven voor internettelefonie door Telfort. Uit deze klachten blijkt dat consumenten die hun abonnement op willen zeggen, door de helpdesk van Telfort geïnformeerd worden dat het alleen mogelijk is om, op grond van de onder randnummer 4 genoemde wijziging, de dienst internettelefonie te beëindigen en niet de dienst internet. Het college heeft Telfort gewezen op zijn standpunt dat in het onderhavige geval abonnees de mogelijkheid moeten krijgen om de overeenkomst ten aanzien van beide diensten kosteloos te beëindigen en Telfort een termijn van één week verstrekt om aan te geven hoe zij in dit geval aan de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 7.2 Tw zal voldoen.
7. Op 7 april 2009 heeft Telfort gereageerd op het e-mailbericht van het college van 31 maart 2009.⁵ Telfort betwist de conclusie van het college dat er een zodanige verbondenheid bestaat tussen het internetabonnement en het internettelefonieabonnement, dat de abonnee het recht dient te krijgen om het internetabonnement te beëindigen bij de wijziging van de prijs van het internettelefonieabonnement. Telfort stelt zich op het standpunt te hebben voldaan aan de verplichtingen die uit hoofde van artikel 7.2 Tw op haar rusten.
8. Het college heeft zijn standpunt in een e-mail van 14 april 2009⁶ herhaald en Telfort opnieuw verzocht om aan te geven hoe zij aan de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 7.2 Tw zal voldoen.
9. Op 21 april 2009 heeft Telfort gereageerd op de e-mail van het college van 14 april 2009.⁷ Telfort herhaalt in haar e-mail het standpunt dat geen sprake is van een combinatiepakket van een internet- en internettelefoniedienst. Telfort concludeert dat zij niet in strijd handelt met de verplichtingen zoals gesteld in artikel 7.2 Tw.
10. Het college heeft zijn standpunt nader uiteengezet in een brief van 30 juni 2009.⁸ In deze brief biedt het college Telfort de mogelijkheid om de door het college geconstateerde overtreding van artikel 7.2 Tw binnen twee weken ongedaan te maken door de betreffende groep abonnees alsnog de mogelijkheid te bieden om gedurende een periode van tenminste vier weken zowel het internettelefonieabonnement als het internetabonnement kosteloos te beëindigen.
11. Telfort heeft het college bij brief van 3 juli 2009⁹ bericht dat zij zich op het standpunt stelt, in de onderhavige zaak, volledig conform de eisen van artikel 7.2 Tw te hebben gehandeld en niet zal voldoen aan het verzoek van het college om de betreffende groep abonnees gedurende

⁴ Bijlage 4.

⁵ Bijlage 5.

⁶ Bijlage 6.

⁷ Bijlage 7.

⁸ Bijlage 8.

⁹ Bijlage 9.

Besluit Openbaar

vier weken de mogelijkheid te bieden hun internet(telefonie) abonnement kosteloos te beëindigen.

12. Op 13 juli 2009 heeft er tussen Telfort en twee medewerkers van het college overleg plaatsgevonden over deze kwestie. Dit overleg heeft partijen ter zake niet tot een ander inzicht gebracht.
13. Bij brief van 26 augustus 2009¹⁰ heeft het college Telfort geïnformeerd over zijn voornemen om een last onder dwangsom op te leggen aan Telfort wegens overtreding van artikel 7.2 Tw, aangezien Telfort heeft verzuimd om haar abonnees die gelijktijdig een internet en een internettelefoniedienst hebben aangevraagd, de mogelijkheid te bieden om de overeenkomst voor internet en internettelefoon binnen een termijn van vier weken kosteloos te beëindigen en deze groep abonnees hierover op individuele wijze te informeren.
14. Het college heeft Telfort op grond van artikel 4:8 Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) in de gelegenheid gesteld haar zienswijze op het voornemen tot het opleggen van een last onder dwangsom, zoals neergelegd in het ontwerpbesluit, in te brengen.

3 Juridisch Kader

15. Op grond van artikel 15.1, derde lid, Tw is het college belast met onder meer het toezicht op de naleving van artikel 7.2 Tw.
16. Artikel 7.2 Tw bepaalt dat een aanbieder van een openbare elektronische communicatiedienst de abonnee, ten minste vier weken voordat een voorgenomen wijziging van een beding dat is opgenomen in een overeenkomst van kracht wordt, de mogelijkheid biedt om de overeenkomst kosteloos te beëindigen. Tevens roept artikel 7.2 Tw de verplichting voor aanbieders van een openbare elektronische communicatiedienst in het leven om abonnees op genoegzame wijze en ten minste vier weken van te voren te informeren over een voorgenomen wijziging en de mogelijkheid om als gevolg van deze wijziging de overeenkomst kosteloos te beëindigen.
17. Ter handhaving van artikel 7.2 Tw is het college bevoegd op grond van artikel 15.2, tweede lid, Tw juncto artikel 5:32 van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) een last onder dwangsom op te leggen.
18. Op 19 juli 2007 heeft het college het *Beoordelingskader artikel 7.2 van de Telecommunicatiewet* (hierna ook: het beoordelingskader) gepubliceerd.¹¹ Dit

¹⁰ Kenmerk OPTA/ACNB/2009/201910 met als bijlage het ontwerpbesluit "Vooraankondiging van het besluit van het College van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit op grond van artikel 15.2, tweede lid, van de Telecommunicatiewet in samenhang gelezen met artikel 5.32, eerste lid, van de Algemene wet bestuursrecht tot het opleggen van een last onder dwangsom aan Telfort B.V. wegens overtreding van de verplichting om ten minste vier weken voordat een voorgenomen wijziging van een beding dat is opgenomen in een overeenkomst van kracht wordt de abonnee de mogelijkheid te bieden om de overeenkomst kosteloos te beëindigen en de abonnee hierover op genoegzame wijze te informeren".

¹¹ OPTA/IPB/2007/201436.

Besluit Openbaar

beoordelingskader hanteert het college bij de beoordeling of een aanbieder van een elektronische communicatiedienst of programmadienst voldoet aan de wettelijke vereisten van artikel 7.2 Tw.

19. In randnummer 2 van het beoordelingskader 7.2 van de Telecommunicatiewet heeft het college bepaald dat een redelijke uitleg van artikel 7.2 Tw met zich mee brengt dat dit artikel alleen geldt voor een wijziging die *niet aantoonbaar in het voordeel* is van de abonnee.

4 Zienswijze Telfort

20. Telfort heeft op 24 september 2009 mondeling haar zienswijze gegeven ten aanzien van het ontwerpbesluit van het college tot het opleggen van een last onder dwangsom. Als bijlage¹² bij dit besluit is een woordelijk verslag van de zienswijze van Telfort toegevoegd.

Achtergrond

21. Telfort stelt dat de dienst internet een op zich zelf staande dienst, een “*core service*”, is. De dienst vast bellen is een zogenaamde “*value-added service*”. Deze laatste dienst volgt de *core service* (de internetdienst) en kan niet los worden afgenomen. Een klant van Telfort kan alleen de dienst vast bellen van Telfort afnemen wanneer en zolang hij ook de internetdienst van Telfort heeft. Een klant kan echter ook een internetdienst van Telfort afnemen en een vast bellen dienst (VoIP dienst) van een andere aanbieder afnemen.
22. Voor het beëindigen van de diensten van Telfort geldt dat de vast bellen dienst afzonderlijk van de internetdienst kan worden opgezegd. Het beëindigen van de internetdienst van Telfort betekent echter dat de dienst vast bellen tevens wordt opgezegd.
23. Afhankelijk van de beschikbaarheid van de diensten op het adres van de klant, kan de klant er via de website van Telfort voor kiezen om slechts de internetdienst af te nemen of daarnaast ook een vast bellen dienst af te nemen. Al naar gelang de gekozen diensten krijgt de klant een optelsom van de bijbehorende prijzen te zien. De klant kan er ook in deze stap van het bestelproces nog voor kiezen of hij de dienst vast bellen wil afnemen of niet. Het bestelproces wordt afgesloten met één overzicht met daarop onder elkaar genoemd de verschillende gekozen abonnementen en de bijbehorende abonnementsprijzen met een totaalbedrag.
24. Telfort stelt op dit moment geen pakketten of gebundelde diensten aan te bieden. De klant krijgt immers geen korting als hij twee of meer diensten bij Telfort afneemt of gaat afnemen. Elke dienst heeft een vaste prijs.

Rechtszekerheid

25. Telfort wijst er op dat het haar zo goed als onmogelijk is gemaakt om haar precieze bezwaren tegen het ontwerpbesluit van het college tot het opleggen van een last onder dwangsom

¹² Zie bijlage 10.

Besluit Openbaar

kenbaar te maken, omdat het college in de correspondentie over deze kwestie tot nu toe steeds verschillende motiveringen heeft gegeven voor de vermeende overtreding.

26. Volgens Telfort is met voorgaande aangetoond dat een eenduidig handhavingsbeleid ter zake bij het college ontbreekt. Dit blijkt eveneens uit het feit dat het college aanleiding heeft gezien om op dit punt een nieuw beoordelingskader te gaan ontwikkelen. In dit in ontwikkeling zijnde beoordelingskader wordt voor het eerst gesproken over situaties waarin meerdere diensten al dan niet gebundeld worden afgenomen.
27. Telfort concludeert dat ook het college van mening is dat Telfort voldeed aan de eerste drie redeneringen die het college, door zijn e-mailberichten van 31 maart en 14 april 2009 en de brief van 30 juni 2009, aan Telfort kenbaar maakte. Dit blijkt uit het feit dat het college van geen van deze redeneringen nog melding maakt in zijn ontwerpbesluit tot het opleggen van een last onder dwangsom; daarin is een volstrekt nieuwe redenering opgenomen waarom Telfort in overtreding zou zijn. Dit moet volgens Telfort redenen voor het college zijn om van het opleggen van last onder dwangsom af te zien. Het handhavingstraject is immers niet bedoeld als mogelijkheid voor het college om beleid te vormen.
28. Telfort acht deze gang van zaken in strijd met het rechtszekerheidsbeginsel en is van mening dat het college om die redenen al zou moeten afzien van het opleggen van een last onder dwangsom.

Materieel: geen overtreding

29. Ook inhoudelijk is Telfort het niet met het college eens. Er geen is sprake (geweest) van een overtreding van artikel 7.2 Tw, ook niet in het licht van de nieuwe motivering in het ontwerpbesluit van het college tot het opleggen van een last onder dwangsom.
30. Het college lijkt in zijn ontwerpbesluit tot het opleggen van een last onder dwangsom blind aan te sluiten bij de tekst van artikel 7.2 Tw. In dit artikel wordt namelijk gesproken van het woord "overeenkomst".
31. In zijn beoordelingskader artikel 7.2 Tw heeft het college onder meer bepaald dat artikel 7.2 Tw steeds redelijk dient te worden uitgelegd, zowel voor de abonnee als voor de aanbieder. Volgens Telfort houdt een redelijke uitleg van artikel 7.2 Tw in dat het college bij de beoordeling van de handelswijze van Telfort niet alleen naar de tekst van de wet kijkt maar ook naar het beoordelingskader en de strekking van de vermeend overtreden bepaling. Telfort acht de toepassing van artikel 7.2 Tw in het ontwerpbesluit tot oplegging van een last onder dwangsom onrechtmatig.
32. Volgens Telfort lijkt het college niet in twijfel te trekken dat *de iure* in ieder geval sprake is van twee afzonderlijke abonnementen en dat dus geen sprake is van het afnemen van een bundel. Het gaat er om dat de klant aan de naam "*internet + vast bellen*", de prijs en aan het doorlopen

Besluit Openbaar

van het bestelproces zou hebben gemeend één overeenkomst aan te gaan voor beide diensten. Telfort kan zich hier niet in vinden. De ratio van artikel 7.2 Tw is het beschermen van de abonnee bij wijzigingen in de contractvoorwaarden van zijn overeenkomst. Deze zinsnede moet volgens Telfort worden uitgelegd als “wijzigingen ten aanzien van zijn abonnementsvoorwaarden”. Het gaat immers om een abonnee die een *abonnement* afsluit in de vorm van een *overeenkomst*.

33. Het strikt hanteren van de term “overeenkomst” voor de toepassing van artikel 7.2 Tw is onnodig formalistisch; dit zou betekenen dat artikel 7.2 Tw zou kunnen worden omzeild door bijvoorbeeld het enkel toesturen van twee velletjes papier in plaats van één of op één velletje papier twee maal het woord overeenkomst te zetten.
34. Het gaat er volgens Telfort om welke diensten en dus welke abonnementen de klant verwacht af te gaan nemen. Dit moet het uitgangspunt zijn bij de toepassing van artikel 7.2 Tw.
35. Telfort is primair van mening dat artikel 7.2 Tw niet van toepassing is op het internetabonnement, omdat in dit abonnement niets wordt gewijzigd.
36. Als het college toch van mening mocht zijn dat de tekst van artikel 7.2 Tw zich in dit geval mede uitstrekt over het Telfort internetabonnement, dan stelt Telfort zich subsidiair op het standpunt dat zij haar abonnees niet de gelegenheid hoeft te bieden om het internetabonnement op te zeggen, naar aanleiding van de wijziging in het internettelefonieabonnement. De ratio van artikel 7.2 Tw is gelegen in het beschermen van de abonnee bij wijzigingen in de contractvoorwaarden van zijn overeenkomst. Zodra een klant zijn internettelefoniedienst opzegt, naar aanleiding van de gewijzigde tarieven, verandert er niets voor de abonnee ten aanzien van zijn internetdienst. De bescherming van de internetabonnee is dan ook helemaal niet aan de orde.
37. Uit het beoordelingskader van het college volgt dat artikel 7.2 Tw ook ten aanzien van de aanbieder redelijk dient te worden uitgelegd. Dit heeft tot gevolg dat een beroep op artikel 7.2 Tw voor internetabonnees in dit geval niet moet openstaan. Bovendien is juridisch gezien gewoon sprake van twee, afzonderlijke abonnementen (zoals ook door het college niet wordt betwist) en hebben alle internettelefonieabonnees van Telfort de mogelijkheid gekregen om dit internettelefonieabonnement te beëindigen.
38. Volgens Telfort doet de omstandigheid of de klant bij het aangaan van zijn abonnement een gerechtvaardigde verwachting had dat hij één overeenkomst sloot hierbij helemaal niet ter zake. Dit staat niet in het beoordelingskader en is niet relevant ten aanzien van het gevolg van de wijziging van de tarieven van internettelefonie. Ongeacht de verwachting van de abonnee, kan hij nu immers met een ongewijzigd Telfort internetabonnement tevens vast bellen via een andere aanbieder. De abonnee wordt dan ook niet gedupeerd.

Besluit Openbaar

39. Bovendien stelt Telfort dat het maar zeer de vraag is of een abonnee inderdaad de gerechtvaardigde verwachting kon hebben om maar één overeenkomst te sluiten. Dit is door het college in zijn ontwerpbesluit niet aangetoond.
40. De enkele omstandigheid dat internetabonnees gelijktijdig met het afsluiten van hun internetabonnement hebben gekozen om tevens bij Telfort een internettelefoonabonnement te gaan afnemen, maakt niet dat een beëindigingsrecht in dit geval gerechtvaardigd is. Dat beide abonnementen onder één naam worden aangeboden kan hieraan niet afdoen; dit is niets meer dan de weergave van de twee abonnementen die worden afgesloten. De prijs die daarvoor betaald moet worden is een optelsom van prijzen die voor de afzonderlijke abonnementen betaald moet worden. Bovendien staan overal de afzonderlijke abonnementen genoemd, waaruit de abonnee duidelijk kan opmaken dat het om meerdere abonnementen gaat. Tot slot kan de ook het feit dat een abonnee één bestelproces doorloopt en dat één totaalprijs voor beide abonnementen wordt betaald geen reden zijn om het beëindigingsrecht voor beide abonnementen te hebben.
41. Mocht het college oordelen dat de handelswijze van Telfort in strijd is met het beoordelingskader, dan meent Telfort dat het college toepassing had moeten geven aan artikel 4:84 Awb. Dit omdat een redelijke uitleg van artikel 7.2 Tw dit vergt, maar tevens omdat er al geruime tijd verstreken is sinds de vermeende overtreding en het merendeel van de internetklanten van Telfort die gelijktijdig internettelefoon hebben afgenomen inmiddels al kosteloos zijn internetabonnement kan beëindigen.

Ernst van de overtreding

42. In dit concrete geval is er naar de mening van Telfort geen sprake van een zware overtreding. Telfort heeft alle eindgebruikers die een internettelefoonabonnement bij hun internetabonnement hebben de gelegenheid geboden om hun internettelefoonabonnement kosteloos te beëindigen. Ook verandert er *de facto* niets aan het tarief van de internetdienst, noch aan de voorwaarden van deze dienst.
43. Telfort heeft bovendien niet verhinderd dat klanten kunnen overstappen naar een concurrent als gevolg van de prijsverhoging. Het gaat niet om gebundelde producten, het gaat niet om een markt voor bundels, er kon dus gewoon worden overgestapt naar een concurrent van Telfort.
44. De overweging van het college dat het verhinderen van overstappen tot een vermindering van concurrentie zou leiden op de markt is onjuist. Telfort verhindert het overstappen niet. Tevens is het belang dat artikel 7.2 Tw beoogt te beschermen niet gelegen in het bevorderen van concurrentie op de markt, maar in de bescherming van de belangen van de abonnee.

Juiste toepassing artikel 7.2 Tw volgens Telfort

45. Volgens Telfort moet, in het geval de klant meerdere diensten van één aanbieder afneemt,

Besluit Openbaar

worden aangesloten bij het abonnement dat een klant/abonnee afsluit.

46. Volgens Telfort moet, willen gelijktijdig afgenomen diensten voor de toepassing van artikel 7.2 Tw kunnen kwalificeren als bundel, in ieder geval sprake zijn van een substantiële *commerciële binding* van de afgenomen diensten en niet enkel van een technische binding (zoals de *value added service* die de *core service* louter om technische redenen volgt). De gelijktijdige afname door de klant moet met andere woorden gericht zijn op een door de klant daarmee te behalen substantieel commercieel “voordeel”, bijvoorbeeld in de vorm van een korting op de totaalprijs.

5 Overwegingen van het college

5.1 Overtreding artikel 7.2 Tw

47. Het college stelt zich op het standpunt dat het invoeren van het starttarief en het verhogen van de gesprekskosten voor het bellen naar mobiele nummers wijzigingen zijn die, in de zin van het beoordelingskader, niet aantoonbaar in het voordeel zijn van de abonnee. Het betreft hier immers een tariefsverhoging. Artikel 7.2 Tw is daarmee van toepassing op deze wijzigingen.
48. Telfort biedt, onder andere via haar website¹³, eindgebruikers de mogelijkheid aan om een (gecombineerd) abonnement op een internetdienst en internettelefoniedienst af te nemen: “*Internet + vast bellen*”. Tevens biedt Telfort haar abonnees die reeds een internetdienst afnemen de mogelijkheid om daarbij een internettelefoniedienst af te nemen¹⁴.
49. Telfort heeft haar abonnees de mogelijkheid geboden om de dienst internettelefonie, als gevolg van de tariefswijzigingen, kosteloos te beëindigen. Daarbij heeft Telfort geen onderscheid gemaakt ten aanzien van de abonnees die een (gecombineerd) abonnement op een internetdienst en internettelefoniedienst afnemen (“*Internet + Vast Bellen*”) en de abonnees die reeds een internetdienst afnamen en in een later stadium ook de dienst internettelefonie hebben afgenomen. Dit onderscheid is voor het college wel van belang. In het eerste geval gaat de abonnee, naar oordeel van het college, één overeenkomst aan voor de levering van beide diensten of heeft de abonnee, naar het oordeel van het college, de gerechtvaardigde verwachting dat hij één overeenkomst aangaat. In het laatste geval gaat de abonnee eerst een overeenkomst aan voor de dienst internet en daarna, op een later tijdstip, een aparte overeenkomst voor de dienst internettelefonie.
50. Om te bepalen of het beëindigingsrecht uit artikel 7.2 Tw bij een tariefsverhoging van de dienst internettelefonie ook heeft te gelden voor de internetdienst, dient te worden vastgesteld of hier sprake is van één overeenkomst. In zijn beoordelingskader geeft het college haar zienswijze aan marktpartijen over het doel en de strekking van artikel 7.2 Tw. Het college heeft met de

¹³ Zie onder meer: <http://internet.telfort.nl/shop/internet-4mb-vastbellen.html> of bijlage 1

¹⁴ Zie Bijlage 11 of <http://internet.telfort.nl/shop/vast-bellen.html>

Besluit Openbaar

publicatie van het beoordelingskader niet beoogd om in elk concreet geval uitsluitend te geven over de toepasselijkheid van artikel 7.2 Tw. Het begrip overeenkomst wordt in het beoordelingskader niet nader gedefinieerd, hetgeen ook niet noodzakelijk is nu dit begrip reeds door de wetgever in artikel 6:213 van het Burgerlijk wetboek is gedefinieerd.

51. Om vast te stellen welke gevolgen partijen mogen verbinden aan door hen gemaakte afspraken, moeten deze afspraken worden uitgelegd. Uit de rechtspraak¹⁵ komt naar voren dat niet kan worden volstaan met een zuiver taalkundige benadering. Er moet in het concrete geval worden gekeken naar de zin die partijen in de gegeven omstandigheden over en weer aan het overeengekomene mochten toekennen en hetgeen zij te dien aanzien redelijkerwijs van elkaar mochten verwachten. De vraag of hier sprake is van één overeenkomst voor de levering van een internet -en internettelefoniedienst, dient naar het oordeel van het college dan ook te worden beantwoord aan de hand van de vraag of de abonnee in de gegeven omstandigheden mocht verwachten dat hij één overeenkomst zou aangaan voor de levering van de diensten internet en internettelefonie. Hierbij zijn alle omstandigheden van het geval, gewaardeerd naar het hetgeen de redelijkheid en billijkheid meebrengen van belang¹⁶.
52. Het college is van oordeel dat, alle omstandigheden van het geval bezien, in redelijkheid kan worden geoordeeld dat de abonnee die heeft gekozen voor het gelijktijdig afnemen van de diensten internet en internettelefonie in de gegeven omstandigheden mocht verwachten dat hij daarmee één overeenkomst aan zou gaan op grond waarvan hij beide diensten geleverd zou krijgen. Het college komt tot dit oordeel door het aanbod van Telfort alsmede de wijze waarop de overeenkomst tot stand is gekomen (bestelproces) en de bevestiging van de overeenkomst te bezien en na te gaan welke verwachtingen de abonnee hieraan in redelijkheid mocht toekennen.
53. Telfort biedt de diensten internet en internettelefonie - onder meer op haar website¹⁷ - aan. In het aanbod van Telfort wordt één prijs voor beide diensten genoemd en het aanbod draagt de naam "*Internet + vast bellen*". Hiermee wordt door Telfort in ieder geval de suggestie gewekt dat de abonnee één overeenkomst aangaat voor de levering van beide diensten. Ook in het bestelproces wordt de suggestie gewekt dat wanneer een klant via internet ingaat op het aanbod van Telfort hij daarmee één overeenkomst aangaat. Nergens blijkt uit dat het hier zou gaan om twee separate overeenkomsten. Voor het gelijktijdig aanvragen van beide diensten dient één bestelprocedure te worden doorlopen.
54. Het verweer van Telfort dat het hier feitelijk/technisch om twee bestelprocedures gaat doet hier niet aan af, nu het achterliggende proces voor de abonnee niet inzichtelijk is. Bovendien heeft Telfort in haar e-mailbericht van 21 april 2009¹⁸ bevestigd dat de bestelprocedure van beide diensten resulteert in één overeenkomst: "Uiteindelijk resulteert het bestel proces in een

¹⁵ Zie o.a. Hoge Raad 13-03-1981, NJ 1981, 635 (Haviltex)

¹⁶ Zie Hoge Raad 20-02-2004, NJ 2005, 493 (DSM/Fox)

¹⁷ Zie onder meer: <http://internet.telfort.nl/shop/internet-4mb-vastbellen.html> of bijlage 1

¹⁸ Zie bijlage 7

Besluit Openbaar

overeenkomst waarin de gekozen producten zijn opgenomen.” Hetgeen ook uit de door Telfort verstrekte bevestiging van de overeenkomst¹⁹ blijkt. De bevestiging van de overeenkomst is het sluitstuk van het elektronische bestelproces. Deze bevestiging draagt de titel “overeenkomst” en vermeld zowel de internetdienst als de internettelefoniedienst.

55. Al het bovenstaande in overweging nemende kan het college niet anders dan concluderen dat de abonnee die er voor gekozen heeft gelijktijdig de diensten internet en internettelefonie aan te vragen bij Telfort, door in te gaan op het aanbod “*Internet + vast bellen*”, één overeenkomst aangaat op basis waarvan de diensten internet en internettelefonie worden geleverd. Dit leidt tot de conclusie dat in geval van een wijziging (van een beding) in die overeenkomst op grond van artikel 7.2 Tw de gehele overeenkomst - en daarmee dus beide diensten - door de abonnee kosteloos kan worden beëindigd.
56. Gelet op hetgeen hiervóór is geschetst, is het college van oordeel dat Telfort, door de betreffende groep abonnees slechts de mogelijkheid te bieden om de internettelefoniedienst kosteloos te beëindigen en door na te laten haar abonnees dit beëindigingsrecht ook te bieden ten aanzien de internetdienst, in strijd handelt met artikel 7.2 Tw.

5.2 Overwegingen van het college ten aanzien van de zienswijze van Telfort

Achtergrond

57. Hoewel het juist is dat de internetdienst van Telfort los kan worden afgenomen, doet dit niets af aan de conclusie van het college dat Telfort onder de naam “*Internet + vast bellen*” één overeenkomst aanbiedt voor de levering van de diensten internet en internettelefonie. Het tegenovergesteld kan immers ook worden gesteld; het is slechts mogelijk om de dienst internettelefonie in combinatie af te nemen met de internetdienst van Telfort. Hetzelfde geldt voor het beëindigen van de diensten; indien de internetdienst wordt beëindigd wordt daarmee ook de internettelefoniedienst beëindigd.
58. Het feit dat Telfort de internettelefoniedienst bestempelt als een *value added service* betekent dat deze dienst waarde (*value*) aan de internetdienst toevoegt. Bij het beëindigen van de internettelefoniedienst, als gevolg van een prijsverhoging, wordt de waarde van de internetdienst dan ook verminderd. Hetgeen voor de abonnee een reden kan zijn om de gehele overeenkomst te willen beëindigen.
59. Indien in de internetshop op de website van Telfort wordt gekozen voor een *internet+vast bellen* abonnement, heeft de klant, anders dan Telfort stelt, niet steeds de mogelijkheid om al dan niet te kiezen voor de dienst *vast bellen*. Wanneer in de shop wordt gekozen voor een *internet + vast bellen* abonnement kunnen de verschillende diensten niet worden aan- of uitgevinkt. Uiteraard is het voor een klant altijd mogelijk om terug te keren naar de homepage van Telfort of een stap terug te gaan en in het menu te kiezen voor een ander abonnement.

¹⁹ Bijlage 12.

Besluit Openbaar

Het aanbod "*Internet + vast bellen*" bestaat echter altijd uit een (gecombineerd) abonnement van beide diensten.

Rechtszekerheid

60. Het college heeft in het onderhavige geval, in de aanloop naar een formeel handhavingstraject, Telfort een aantal maal aangespoord de overtreding eigener beweging ongedaan te maken. De eerste twee maal heeft het college dit op een informele wijze, per e-mail, gedaan. Daarbij heeft het college steeds gereageerd op de argumenten van Telfort. Uiteindelijk heeft het college middels het ontwerpbesluit van 26 augustus 2009 gemotiveerd zijn standpunt kenbaar gemaakt.
61. Het is niet ongebruikelijk dat het college een aanbieder eerst op een informele wijze wijst op een mogelijke overtreding, alvorens een formeel handhavingstraject te starten.
62. Ook al is de (bewoording van de) motivering van het college in de e-mailberichten van 31 maart 2009 en 14 april 2009 niet exact gelijk aan die in het ontwerpbesluit, het college heeft zich immer op het standpunt gesteld dat Telfort al haar abonnees die gelijktijdig een overeenkomst voor de levering van de diensten internet en internettelefonie zijn aangegaan de mogelijkheid moet bieden om de gehele overeenkomst kosteloos te beëindigen als gevolg van de door Telfort doorgevoerde wijziging. Van enige rechtsonzekerheid kan bij Telfort dan ook geen sprake zijn geweest; het standpunt van het college in deze kwestie is voor Telfort altijd duidelijk geweest. Het college heeft nimmer de verwachting bij Telfort gewekt zij niet in strijd zou handelen met artikel 7.2 Tw. Sterker nog, het college heeft zich van meet af aan op het standpunt gesteld dat artikel 7.2 Tw door Telfort wordt overtreden.
63. Het college ziet niet in waarom het Telfort onmogelijk is gemaakt om haar precieze bezwaren tegen het ontwerpbesluit van het college kenbaar te maken. Het standpunt van het college en de motivering daarvan in het ontwerpbesluit stonden immers vast.

Materieel: geen overtreding

64. Uiteraard volgt het college bij de toepassing artikel 7.2 Tw in eerste instantie de wettekst. Niet duidelijk is waarom het volgen van de wettekst onnodig formalistisch is. Artikel 7.2 Tw beoogt de abonnee te beschermen tegen wijziging van een beding in de overeenkomst. Het college stelt zich op het standpunt dat gezien de wettekst en de achtergrond van artikel 7.2 Tw het van essentieel belang is om vast te stellen of in dit geval sprake is van één overeenkomst of van twee separate overeenkomsten. Mocht het college immers concluderen dat sprake zou zijn van twee separate overeenkomsten voor de diensten internet en internettelefonie, dan zou bij de wijziging van een beding in een van beide overeenkomsten slechts die overeenkomst kunnen worden beëindigd, terwijl in het geval er sprake zou zijn van één overeenkomst op basis waarvan beide diensten worden geleverd, deze overeenkomst in zijn geheel kan worden beëindigd als gevolg van een door Telfort doorgevoerde wijziging.

Besluit Openbaar

65. Voor de vraag of er in dit geval sprake is van één overeenkomst is uiteraard niet slechts van belang hoe deze overeenkomst schriftelijk is vastgelegd, aangezien een overeenkomst niet schriftelijk hoeft te worden vastgelegd. Het college heeft bij de beoordeling van de vraag of er in dit geval sprake is van één overeenkomst op basis waarvan beide diensten worden geleverd, alle omstandigheden van het geval betrokken. Dat Telfort de overeenkomst schriftelijk/elektronisch vastlegt in één document met als titel “overeenkomst” waarin de overeengekomen levering van de diensten en de daarvoor verschuldigde vergoedingen zijn opgenomen is slechts één van de factoren die het college bij haar beoordeling heeft betrokken. Bij de beoordeling van de vraag of sprake is van één overeenkomst heeft het college niet alleen naar de uiterlijke verschijningsvorm gekeken, maar zoals gezegd, naar alle omstandigheden van het geval.
66. Het college is van oordeel dat de overeenkomst die Telfort onder de naam *internet+vast bellen* aanbiedt als één overeenkomst dient te worden beschouwd. Door het wijzigen van de tarieven voor de dienst *vast bellen* wordt er een beding in de overeenkomst gewijzigd. Een abonnee van Telfort dient als gevolg van deze wijziging dan ook de gehele overeenkomst te kunnen opzeggen.
67. Artikel 7.2 Tw beoogt eindgebruikers te beschermen tegen de situatie waarin aanbieders eenzijdig wijzigingen doorvoeren in de overeenkomst. In het geval een abonnee er voor heeft gekozen om één overeenkomst aan te gaan met één aanbieder voor de levering van twee diensten, dient de bescherming van artikel 7.2 Tw zich uit te strekken over de gehele overeenkomst en niet slechts over de dienst waarin een wijziging wordt aangebracht. De abonnee kiest er immers voor om één overeenkomst aan te gaan bij één aanbieder.
68. Het argument van Telfort dat overal de afzonderlijke abonnementen staan genoemd, waaruit de abonnee duidelijk kan opmaken dat het om meerdere abonnementen gaat, is onjuist. Slechts in de bevestiging van de overeenkomst²⁰, die wordt verstrekt na het moment waarop de klant het aanbod van Telfort heeft geaccepteerd, wordt in verband met de levering van de internetdienst en de internettelefoniedienst door Telfort de term “*abonnement*” gebruikt. In het gehele bestelproces wordt geenszins duidelijk dat het hier om twee verschillende overeenkomsten zou gaan.
69. Het college heeft in zijn beoordelingskader bepaald dat artikel 7.2 Tw steeds redelijk dient te worden uitgelegd, zowel voor de abonnee als voor de aanbieder. Het onderhavige geval is niet met zoveel woorden opgenomen in het beoordelingskader van het college. De redelijke toepassing van artikel 7.2 Tw, dat eindgebruikers beoogt te beschermen tegen de situatie waarin aanbieders eenzijdig wijzigingen doorvoeren in de overeenkomst, brengt in dit geval met zich mee dat het college van oordeel is dat Telfort in strijd handelt met artikel 7.2 Tw. Het beroep van Telfort op de toepassing van artikel 4:84 Awb, treft dan ook geen doel.

²⁰ Bijlage 12.

Besluit Openbaar

70. Het college heeft van Telfort vernomen dat van de **[vertrouwelijk]** abonnees die gelijktijdig een internet- en internettelefoniedienst bij Telfort hebben aangevraagd en met de wijziging van de tarieven van de dienst internettelefonie zijn geconfronteerd, op dit moment ongeveer **[vertrouwelijk]** abonnees nog “in contract zitten”, hetgeen betekent dat deze groep klanten zijn overeenkomst niet direct (met in achtneming van de overeengekomen opzegtermijn) kan beëindigen. Het college is van oordeel dat, gezien het vorenstaande, een aanzienlijke groep abonnees er belang bij heeft om gebruik te kunnen maken van de hen toekomende rechten uit artikel 7.2 Tw.

Ernst van de overtreding

71. Het college is van mening dat, zoals Telfort terecht stelt in haar zienswijze, het belang dat artikel 7.2 Tw beoogt te beschermen niet het bevorderen van concurrentie op de markt is, maar bescherming van de belangen van de abonnee. Het college zal bij zijn overwegingen ten aanzien van de ernst van de overtreding de verstoring van de concurrentie van de markt dan ook buiten beschouwing laten.

Juiste toepassing artikel 7.2 Tw volgens Telfort

72. Het college stelt zich op het standpunt dat het voor de vraag of in dit geval sprake is van één overeenkomst op grond waarvan de diensten internet en internettelefonie worden geleverd, niet van doorslaggevend belang is of de abonnee daarmee een substantieel commercieel voordeel behaalt door beide diensten gelijktijdig af te nemen. Het college zal bij zijn beoordeling alle omstandigheden van het geval betrekken.
73. Overigens is het in het onderhavige geval niet mogelijk om de internettelefoniedienst van Telfort zonder de internetdienst van Telfort af te nemen, hetgeen betekent dat het voor de abonnee ook niet mogelijk is om een commercieel voordeel te behalen ten opzichte van het geval dat beide diensten separaat zouden worden afgenomen.

5.3 Ernst van de overtreding

Zwaarte van de overtreding

74. Artikel 7.2 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.²¹ De waarborgen die artikel 7.2 Tw biedt tegen de eenzijdige wijziging van een beding in de overeenkomst, zijn een belangrijk onderdeel van de bescherming van eindgebruikersbelangen.
75. Overtreding van artikel 7.2 Tw is naar het oordeel van het college, gelet op de betrokken belangen die de bepaling beoogt te beschermen, naar haar aard een zware overtreding, nu Telfort door haar abonnees slechts de mogelijkheid te bieden een gedeelte van de

²¹ MvT, kamerstukken II 2002/03, 28 851, nr. 3, p. 139

Besluit Openbaar

overeenkomst te beëindigen, haar abonnees de bescherming tegen eenzijdige wijziging van de overeenkomst ontnemt.

76. 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 boetebeleidsregels²² de overtreding van artikel 7.2 Tw in abstracto als een zware overtreding.

Economische context van de overtreding

77. De ernst van de overtreding wordt mede bepaald door het nadeel als gevolg van de overtredingen bij diegenen die de betrokken bepaling beoogt te beschermen.
78. Doordat Telfort haar klanten niet de mogelijkheid heeft geboden om de hele overeenkomst te beëindigen als gevolg van de wijziging die Telfort in de tarieven van de dienst internettelefonie heeft doorgevoerd, heeft zij verhinderd dat consumenten in reactie op een prijsverhoging voor beide diensten kunnen overstappen naar een concurrent. Consumenten kunnen daardoor duurder uit zijn.

Conclusie ten aanzien van de ernst van de overtreding

79. Op grond van het bovenstaande kwalificeert het college de overtreding van Telfort, bestaande uit het geheel van gedragingen waarbij Telfort haar abonnees sinds 1 april 2009 niet de mogelijkheid heeft geboden de gehele overeenkomst kosteloos te beëindigen als gevolg van een door Telfort op 1 mei 2009 doorgevoerde wijziging in de tarieven voor internettelefonie, de concrete omstandigheden van het geval in overweging nemende, als een ernstige overtreding.²³

5.4 Bevoegdheid college en gebruik van de bevoegdheid

80. Ter handhaving van de verplichtingen uit artikel 7.2 Tw is het college bevoegd conform artikel 15.2, tweede lid, Tw juncto artikel 5.32, eerste lid, Awb een last onder dwangsom op te leggen.
81. Het college heeft Telfort er, ten aanzien van deze kwestie, meerdere malen uitdrukkelijk op gewezen dat zij zich dient te houden aan een correcte en adequate uitvoering van de in artikel 7.2 Tw opgenomen verplichtingen en haar gewaarschuwd dat het college handhavend op kan treden tegen het niet nakomen van die verplichting. Gelet op het algemeen belang dat is gediend met handhaving, zal in geval van overtreding van een wettelijk voorschrift, het bestuursorgaan dat bevoegd is om met bestuursdwang of een last onder dwangsom op te treden, in de regel zo nodig van deze bevoegdheid gebruik maken. De achtergrond van de verplichtingen die voortvloeien uit artikel 7.2 Tw is de juridische bescherming van de abonnee van een elektronische communicatiedienst bij de eenzijdige wijziging van de voorwaarden door

²² Boetebeleidsregels OPTA, kenmerk OPTA/ACNB /2008/200405, gepubliceerd op www.opta.nl op 12 maart 2008 (Str.50)

²³ Op grond van de boetebeleidsregels hanteert het college voor ernstige overtredingen een boete van maximaal € 300.000.

Besluit Openbaar

een aanbieder. Het belang dat met dit besluit wordt gediend is, naast het algemeen maatschappelijk belang, het beschermen van de individuele belangen van abonnees.

5.5 Last onder dwangsom

82. Telfort heeft in het onderhavige geval geweigerd om eigener beweging de overtreding van artikel 7.2 Tw ongedaan te maken, ondanks verzoeken daartoe van het college. De last onder dwangsom dient om Telfort te dwingen alsnog de betreffende groep abonnees de wettelijk verplichte beëindigingmogelijkheid te bieden.
83. De begunstigingstermijn wordt gesteld op vier weken na dagtekening van dit besluit. De begunstigingstermijn in het besluit biedt Telfort voldoende mogelijkheid om de nodige acties te ondernemen om de verplichtingen uit artikel 7.2 Tw alsnog na te komen. Om de verplichtingen na te komen moet Telfort het deel van haar abonnees dat voor 1 mei 2009 gelijktijdig een overeenkomst voor de diensten internet en internettelefonie is aangegaan de mogelijkheid bieden om de gehele overeenkomst binnen vier weken kosteloos te beëindigen, alsmede deze groep abonnees op genoegzame wijze informeren over deze opzegmogelijkheid. Uiteraard dient Telfort een beroep van een abonnee op de aangeboden opzegmogelijkheid te honoreren.
84. Het college heeft de begunstigingstermijn mede afgestemd op de inschatting van Telfort. Telfort heeft aangegeven dat een termijn van twee weken voor het informeren van haar abonnees kort is. Het college acht een begunstigingstermijn van vier weken derhalve realistisch.
85. Bij de vaststelling van de hoogte van de dwangsom heeft het college rekening gehouden met de aard en de ernst van de overtreding. Voor de aard en de ernst van de overtreding geldt hetgeen het college hiervoor heeft overwogen. De hoogte van de dwangsom dient verder naar het oordeel van het college een voldoende prikkel te vormen voor Telfort om de last na te leven. Dit alles in aanmerking genomen, wordt de hoogte van de dwangsom vastgesteld op € 5.000 per dag met een maximum van € 150.000.

5.6 Besluit

86. Het college legt aan Telfort een last onder dwangsom op met de volgende inhoud:

Telfort dient binnen vier weken na dagtekening van dit besluit al haar abonnees die voor 1 mei 2009 gelijktijdig een internet- en een internettelefoniedienst hebben aangevraagd, de mogelijkheid te bieden om de overeenkomst voor internet en internettelefonie binnen een termijn van vier weken kosteloos te beëindigen en deze groep abonnees hierover op individuele wijze te informeren. Indien Telfort de last niet opvolgt, verbeurt zij een dwangsom van € 5.000 voor iedere dag, na afloop van de laatste dag van de gestelde termijn, waarop zij nalaat aan de last te voldoen, met een maximum van € 150.000.

Besluit Openbaar

HET COLLEGE VAN DE ONAFHANKELIJKE POST EN TELECOMMUNICATIE AUTORITEIT,
namens het college,
Hoofd afdeling Consument, Nummers en Bestuur

mw.drs. D.L. Braal-Verhoog

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, 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.