

Besluit Openbaar

Ons kenmerk: ACM/DJZ/2014/201022_OV
Zaaknummer: 13.1170.32
Datum: 19 maart 2014

Besluit van de Autoriteit Consument en Markt op grond van artikel 15.4, tweede lid, van de Telecommunicatiewet tot oplegging van een boete aan KPN B.V. ter zake van overtreding van de verplichtingen inzake (maximale) retailtarifiering voor roamingdiensten ex artikel 4, tweede lid, van de Roaming Verordening

1 Samenvatting

1. In dit besluit stelt de Autoriteit Consument en Markt¹ (hierna: ACM) vast dat KPN B.V. (hierna: KPN) een groep zakelijke eindgebruikers van 1 juli 2010 tot en met 20 februari 2012 ten onrechte kosten in rekening heeft gebracht voor het ontvangen van voicemailberichten in roamingsituaties, en tevens enkele zakelijke klanten van 1 juli 2011 tot en met 31 december 2011 tarieven in rekening heeft gebracht voor uitgaande en inkomende roamingoproepen binnen de Europese Unie (hierna: EU) die hoger waren dan maximaal (op grond van de Verordening) is toegestaan. Deze gedragingen vormen overtredingen van artikel 4, tweede lid, van de Roaming Verordening 2009² (hierna: de Verordening). De bij bovengenoemde overtredingen betrokken omzet bedraagt in totaal € [vertrouwelijk]. Voor deze overtredingen legt ACM aan KPN een boete op van in totaal € 14.000.
2. Overtredingen van de Verordening worden door ACM hoog opgenomen. De Europese wetgever is immers van oordeel dat niet is gebleken dat duurzame concurrentie op retail- of wholesaleniveau ter zake van roamingdiensten zonder regelgeving voldoende is gewaarborgd,³ met – in geval van overtreding van die regelgeving – alle negatieve (financiële) gevolgen voor eindgebruikers van dien. De Verordening is vastgesteld omdat het risico groot werd geacht dat het gebrek aan concurrentiedruk op de markt voor spraaktelefonie met roaming en de prikkel voor exploitanten van mobiele netwerken om hun inkomsten uit roaming te maximaliseren, zouden leiden tot retail- en wholesaletarieven voor roaming in de Gemeenschap die geen redelijke weerspiegeling vormen van de onderliggende kosten van de levering van de dienst. Daardoor zouden de doelstellingen van Verordening (EG) nr. 717/2007⁴ (hierna: Verordening

¹ Op 1 april 2013 is de Instellingswet Autoriteit Consument en Markt, *Stb.* 2013, nr. 102, in werking getreden. Vanaf die datum is de Autoriteit Consument en Markt de rechtsopvolger van de Nederlandse Mededingingsautoriteit, de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit en de Consumentenautoriteit. Op grond van artikel 42, eerste lid, Instellingswet zal het onderhavige besluit door ACM worden genomen. In dit besluit wordt voor de eenduidigheid steeds verwezen naar ACM, ook in de periode voor 1 april 2013.

² Verordening nr. 544/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009, inhoudende tot wijziging van Verordening nr. 717/2007 betreffende roaming op openbare mobiele telefoonnetwerken binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 2001/21 EG inzake een gemeenschappelijke regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, *PbEU* L167/13.

³ Overweging 6 van de Verordening.

⁴ Verordening nr. 717/2007 betreffende roaming op openbare mobiele telefoonnetwerken binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 2001/21 EG inzake een gemeenschappelijke regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, *PbEU* L171/32.

Besluit Openbaar

2007) in het gedrang komen.⁵ Deze doelstellingen bestaan uit de totstandbrenging van een op de mobiliteit van personen gebaseerde Europese maatschappelijke, educatieve en culturele ruimte die de communicatie tussen mensen moet vergemakkelijken ten einde te komen tot een echt „Europa van de burger”.⁶ Verordening 2007 beoogt daarom om binnen de EU een interne markt voor elektronische communicatie tot stand te brengen, waarbinnen concurrentie leidt tot een hoge mate van bescherming van eindgebruikers en zowel prikkels voor innovatie als keuzemogelijkheden voor eindgebruikers biedt.⁷ Vanwege de zwaarwegendheid van dit belang (dat door KPN in dit geval niet uit eigen beweging naar behoren is gerespecteerd), en tevens om een signaal te geven aan andere aanbieders van elektronische communicatienetwerken en -diensten, acht ACM het opleggen van een boete in dit geval gepast.

3. In het navolgende wordt eerst ingegaan op het verloop van de procedure (paragraaf 2) en het onderzoeksrapport (paragraaf 3). Vervolgens wordt weergegeven: het juridisch kader (paragraaf 4), de betrokken onderneming/overtreder (paragraaf 5), de feiten en omstandigheden van onderhavige procedure (paragraaf 6) en de zienswijze van KPN (paragraaf 7). In de daarop volgende paragrafen volgt de beoordeling en de op te leggen sanctie (paragraaf 8 en 9). Ten slotte volgt het dictum (paragraaf 10).

2 Het verloop van de procedure

4. Op 10 januari 2012 heeft KPN bij ACM de volgende melding gedaan:

“Bij KPN MMS klanten zijn sinds 1 juli 2010 ten onrechte kosten in rekening gebracht voor het ontvangen van voicemail terwijl zij in de EU aan het roamen waren. Voor de Nederlandse Sympac-aansluitingen is dit op 24 augustus 2011 hersteld. KPN heeft deze klanten inmiddels gecrediteerd voor de roamingkosten en de wettelijke rente. Voor de Belgische en Engelse Sympac-aansluitingen wordt op dit moment gewerkt aan het herstel. Als duidelijk is welke aansluitingen het betreft en welke kosten ten onrechte in rekening zijn gebracht zullen deze klanten eveneens worden gecrediteerd.” (hierna: issue 164)

5. Op 7 februari 2012 heeft KPN bij ACM de volgende melding gedaan:

“De aanpassing van de EU roaming tarieven per 1 juli 2011 voor spraak is niet doorgevoerd in het SympacSelect tariefplan. In de periode van 1 juli 2011 t/m 31 december 2011 zijn bij zeven klanten de tarieven van € 0,39/min en € 0,15/min voor respectievelijk bellen in de EU zone en gebeld worden in de EU zone gebruikt. Dit had respectievelijk € 0,35/min en € 0,11/min moeten zijn.” (hierna: issue 171)

⁵ Overweging 7 van de Verordening.

⁶ Overweging 2 van Verordening 2007.

⁷ Overweging 16 van Verordening 2007.

Besluit Openbaar

6. Bij brief van 21 februari 2012 heeft KPN ACM middels een feitencomplex geïnformeerd over verschillende incidenten, waaronder ook de issues 164 en 171. Het feitencomplex vermeldt dat issue 164 voor de Belgische en Engelse Sympac-aansluitingen naar verwachting medio februari 2012 wordt hersteld.
7. In de periode van 23 augustus 2012 tot en met 12 juni 2013 hebben de toezichthoudend ambtenaren (meermaals) informatie ingewonnen bij KPN betreffende issues 164 en 171.
8. Bij e-mail van 17 april 2013 hebben de toezichthoudend ambtenaren een vooraankondiging gedaan aan KPN inzake het opstellen van een boeterapport met betrekking tot issues 164 en 171.
9. Bij brief van 30 mei 2013 hebben de toezichthoudend ambtenaren KPN laten weten dat zij een onderzoek zijn gestart inzake deze issues en naar aanleiding van dit onderzoek een rapport zullen opstellen. Tevens hebben de toezichthoudend ambtenaren bij deze brief naar aanleiding van de ontvangen informatie aanvullende vragen gesteld.
10. Bij brief van 1 augustus 2013 hebben de toezichthoudend ambtenaren KPN het feitencomplex toegestuurd dat zij in het kader van het onderzoek hebben opgesteld.
11. Bij brief van 30 augustus 2013 heeft KPN haar zienswijze op het feitencomplex aan de toezichthoudend ambtenaren doen toekomen.
12. Voornoemd onderzoek heeft geresulteerd in een onderzoeksrapport (hierna: het Rapport)⁸ als bedoeld in artikel 5:48 jo. artikel 5:53, eerste en tweede lid, van de Algemene wet bestuursrecht (hierna: Awb) dat ACM op 7 november 2013 aan KPN heeft toegezonden.⁹
13. Op 5 december 2013 heeft KPN tijdens een hoorzitting ten kantore van ACM een mondelinge zienswijze naar voren gebracht op het Rapport. Van deze hoorzitting is een verslag opgemaakt dat op 24 januari 2014 aan KPN is verzonden.¹⁰

3 Het Rapport

14. In het Rapport wordt geconstateerd dat KPN in de periode van 1 juli 2010 tot en met 20 februari 2012 enkele zakelijke klanten ten onrechte kosten in rekening heeft gebracht voor het ontvangen van voicemailberichten tijdens roaming. Tevens heeft KPN in de periode van 1 juli 2011 tot en met 31 december 2011 hogere tarieven in rekening gebracht voor uitgaande en inkomende roamingoproepen dan op grond van de Verordening was toegestaan.

⁸ Rapport met kenmerk ACM/DTVP/2013/205702.

⁹ Brief van 7 november 2013 met kenmerk ACM/DTVP/2013/205699.

¹⁰ Brief van 24 januari 2014 met kenmerk ACM/DJZ/2014/200472.

Besluit Openbaar

15. Daarmee heeft KPN volgens het Rapport de verplichtingen ex artikel 4, tweede lid, van de Verordening niet nageleefd. Het betreft de verplichting inzake het niet aanrekenen van kosten voor het ontvangen van voicemailberichten aan roamende eindgebruikers alsmede de verplichting inzake het in acht nemen van de tariefplafonds voor uitgaande en inkomende oproepen binnen de EU.

4 Juridisch kader

16. Dit hoofdstuk bevat de relevante wettelijke bepalingen uit de Verordening alsmede de relevante bepalingen uit (onder meer) de Algemene wet bestuursrecht met betrekking tot de bevoegdheid van ACM.

4.1 Relevante wettelijke bepaling

17. Artikel 4 van de Verordening luidt als volgt:

“Artikel 4: Retailtarieven voor gereguleerde roaminggesprekken

1. De thuisaanbieders stellen een Eurotarief als bepaald in lid 2 beschikbaar en bieden dat op duidelijke en transparante wijze actief aan al hun roamende klanten aan. (...)
2. Het retailtarief, exclusief btw, van een Eurotarief dat een thuisaanbieder zijn roamende klant in rekening mag brengen voor de levering van een gereguleerd roaminggesprek, kan voor elk roaminggesprek verschillend zijn maar mag niet hoger liggen dan 0,49 EUR per minuut voor elke geïnitieerde oproep en 0,24 EUR per minuut voor elke ontvangen oproep. Het prijsplafond voor geïnitieerde oproepen wordt verlaagd tot 0,46 EUR en 0,43 EUR, en voor ontvangen oproepen tot 0,22 EUR en 0,19 EUR, op respectievelijk 30 augustus 2008 en op 1 juli 2009. Het prijsplafond voor geïnitieerde oproepen wordt verder verlaagd tot 0,39 EUR en 0,35 EUR, en voor ontvangen oproepen tot 0,15 EUR en 0,11 EUR, op respectievelijk 1 juli 2010 en 1 juli 2011.

Met ingang van 1 juli 2010 mogen thuisaanbieders hun roamende klanten geen kosten aanrekenen wanneer deze een roaming voice-mailbericht ontvangen. Dit laat onverlet de aanrekening van andere kosten, zoals het beluisteren van dergelijke berichten.

Met ingang van 1 juli 2009 factureert elke thuisaanbieder zijn roamende klanten per seconde voor de levering van elk aan een Eurotarief onderworpen gereguleerd roaminggesprek dat wordt geïnitieerd of ontvangen. (...)

Besluit Openbaar

5/31

4.2 Handhavingsbevoegdheden

18. Artikel 5:11 Awb luidt als volgt:

“Onder toezichthouder wordt verstaan: een persoon, bij of krachtens wettelijk voorschrift belast met het houden van toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.”

19. Met het toezicht op de naleving van het bepaalde bij of krachtens de bepalingen van de Verordening zijn op grond van artikel 15.1, derde lid, van de Telecommunicatiewet (hierna: Tw) belast de bij besluit van de Autoriteit Consument en Markt aangewezen ambtenaren.

20. Bij ‘Besluit aanwijzing toezichthouders ACM’¹¹ worden ambtenaren die bij ACM zijn aangesteld in en specifieke functie, aangewezen als toezichthouder in de zin van artikel 15.1, derde lid, Tw juncto artikel 5:11 Awb.

21. Artikel 5:1, eerste en tweede lid, Awb luiden als volgt:

1. “In deze wet wordt verstaan onder overtreding: een gedraging die in strijd is met het bepaalde bij of krachtens enig wettelijk voorschrift.
2. In deze wet wordt verstaan onder overtreder: degene die de overtreding pleegt of medepleegt.”

22. Artikel 5:48 Awb, voor zover relevant, luidt als volgt:

1. “Het bestuursorgaan en de voor de overtreding bevoegde toezichthouder kunnen van de overtreding een rapport opmaken.”
2. “Het rapport is gedagtekend en vermeldt:
 - a. De naam van de overtreder;
 - b. De overtreding alsmede het overtreden voorschrift;
 - c. Zo nodig een aanduiding van de plaats waar en het tijdstip waarop de overtreding is geconstateerd.”

23. Artikel 15.4, tweede lid, Tw, voor zover relevant, luidt als volgt:

“De Autoriteit Consument en Markt kan aan een onderneming een bestuurlijke boete opleggen van ten hoogste € 450 000, of, indien dat meer is, 10% van de relevante omzet van de onderneming in Nederland, ter zake van:

- a. overtreding van (...) de bij de roamingverordening gestelde voorschriften; (...)”

¹¹ Besluit van de Autoriteit Consument en Markt van 2 april 2013, ACM/DJZ/2013/200834, tot aanwijzing van toezichthouders van de Autoriteit Consument en Markt, *Stc.* 2013 nr. 9716. Vóór 2 april 2013 gold het Besluit van het college van de Onafhankelijke Post en Telecommunicatie Autoriteit van 6 april 2009, *Stb.* 2009,129.

Besluit Openbaar

24. Op grond van artikel 5:53, eerste en tweede lid, Awb dient in het geval sprake is van een overtreding waarvoor een bestuurlijke boete van meer dan € 340 kan worden opgelegd, in afwijking van artikel 5:48 Awb, steeds een rapport of proces-verbaal te worden opgemaakt.

5 De betrokken onderneming / overtreder

25. In de onderhavige sanctieprocedure is betrokken de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid KPN B.V. (in het voorgaande en hierna ook weer: KPN).
26. Uitgangspunt is dat een bestuurlijke boete of een last onder dwangsom kan worden opgelegd aan degene die een overtreding pleegt of medepleegt.¹²
27. De normen inzake tarifiering voor roamingdiensten die zijn neergelegd in artikel 4, tweede lid, van de Verordening richten zich tot thuisaanbieders in de zin van artikel 2, tweede lid, onderdeel b, van Verordening 2007, welke aanbieders worden gedefinieerd als onderneming die een roamende klant terrestrische openbare mobiele communicatiediensten aanbiedt, hetzij over zijn eigen netwerk, hetzij als exploitant van een virtueel mobiel netwerk, hetzij als wederverkoper.
28. Ingevolge artikel 2, tweede lid, onderdeel f, van Verordening 2007 is een roamende klant een klant van een aanbieder van terrestrische openbare mobiele telefoondiensten, middels een terrestrisch openbaar mobiel netwerk dat zich in de Gemeenschap bevindt, die op grond van een contract of regeling met zijn thuisaanbieder een mobiele telefoon of ander toestel mag gebruiken om oproepen te initiëren of te ontvangen op een bezocht netwerk, door middel van regelingen tussen de exploitant van het thuisnetwerk en de exploitant van het bezochte netwerk.
29. Vast staat dat KPN de aanbieder is van de SympacSelect-dienst, in het kader waarvan KPN – naar oordeel van ACM in strijd met de Verordening (zie ook het vervolg van dit besluit) – een groep zakelijke eindgebruikers van 1 juli 2010 tot en met 20 februari 2012 ten onrechte kosten in rekening heeft gebracht voor het ontvangen van voicemailberichten in roamingsituaties en van 1 juli 2011 tot en met 31 december 2011 tarieven in rekening heeft gebracht voor (roaming)gesprekken die hoger waren dan maximaal was toegestaan.
30. Gelet op het voorgaande kwalificeert KPN in dit geval als thuisaanbieder als bedoeld in artikel 2, tweede lid, onderdeel b, van Verordening 2007.
31. Naar het oordeel van ACM diende KPN – en dit wordt door KPN op zichzelf overigens ook niet betwist – het bepaalde in artikel 4, tweede lid, van de Verordening in acht te nemen. Uit de navolgende paragrafen blijkt dat deze norm in twee opzichten (zoals ook kort omschreven in

¹² Artikel 5:1 Awb juncto artikel 15.4 Tw.

Besluit Openbaar

randnummer 29) door KPN niet is nageleefd. Gelet op het vorenstaande wordt KPN in dit geval door ACM aangemerkt als overtreder van artikel 4, tweede lid, van de Verordening.

6 Feiten en omstandigheden

32. Op grond van het Rapport, het dossier en de zienswijze van KPN stelt ACM de volgende feiten en omstandigheden vast.

6.1 Issue 164

33. De Europese Commissie heeft in de Verordening vastgelegd dat exploitanten met ingang van 1 juli 2010 geen kosten meer in rekening mogen brengen voor het ontvangen van voicemailberichten tijdens roaming.
34. KPN is de aanbieder van de Sympac(Select)-dienst.¹³
35. In oktober 2010 heeft een medewerker van KPN gesignaleerd dat de wijziging van de tarieven met betrekking tot het ontvangen van voicemailberichten tijdens roaming ten onrechte niet in het systeem is doorgevoerd.¹⁴ Op 6 oktober 2010 is een rapport van het incident opgemaakt door de leverancier van het facturatiesysteem dat KPN gebruikte voor eindgebruikers met Sympac¹⁵-aansluitingen.¹⁶ In dit incidentrapport wordt geconstateerd dat kosten in rekening werden gebracht voor het ontvangen van voicemailberichten.¹⁷ Aan dit incidentrapport is toen geen gevolg gegeven door KPN.¹⁸
36. Op 22 juni 2011 werd het incident herontdekt tijdens de implementatie van de nieuwe roamingtarieven.¹⁹

¹³ Nr. 23 Rapportdossier, E-mail KPN van 22 oktober 2013 inzake Naam dienstenaanbieder.

¹⁴ Nr. 1 Rapportdossier, Brief KPN van 21 februari 2012 inzake Meldingenlijst roaming issues: feitencomplex, met kenmerk R/12/U/022.

¹⁵ De SympacSelect-dienst is een SIM-only dienst, gericht op de mobiele communicatiebehoeftes van zakelijke eindgebruikers. De dienst bestaat uit verschillende modules die de eindgebruiker op maat kan samenstellen op basis van de behoefte van het bedrijf of individuele medewerkers (Nr. 13 Rapportdossier, Brief KPN van 12 juni 2013 inzake Reactie op vragenbrief, met kenmerk KPN_R_13_GCR_U_18).

¹⁶ Nr. 1 Rapportdossier, Brief KPN van 21 februari 2012 inzake Meldingenlijst roaming issues: feitencomplex, met kenmerk R/12/U/022 en Nr. 13 Rapportdossier, Brief KPN van 12 juni 2013 inzake Reactie op vragenbrief, met kenmerk KPN_R_13_GCR_U_18.

¹⁷ Nr. 13 Rapportdossier, Brief KPN van 12 juni 2013 inzake Reactie op vragenbrief, met kenmerk KPN_R_13_GCR_U_18.

¹⁸ Nr. 1 Rapportdossier, Brief KPN van 21 februari 2012 inzake Meldingenlijst roaming issues: feitencomplex, met kenmerk R/12/U/022.

¹⁹ Nr. 1 Rapportdossier, Brief KPN van 21 februari 2012 inzake Meldingenlijst roaming issues: feitencomplex, met kenmerk R/12/U/022 en Nr. 13 Rapportdossier, Brief KPN van 12 juni 2013 inzake Reactie op vragenbrief, met kenmerk KPN_R_13_GCR_U_18.

Besluit Openbaar

8/31

37. Op 10 januari 2012 heeft KPN een en ander (als issue 164) als volgt bij ACM gemeld: *“Bij KPN MMS klanten zijn sinds 1 juli 2010 ten onrechte kosten in rekening gebracht voor het ontvangen van voicemail terwijl zij in de EU aan het roamen waren. Voor de Nederlandse Sympac-aansluitingen is dit op 24 augustus 2011 hersteld. KPN heeft deze klanten inmiddels gecrediteerd voor de roamingkosten en de wettelijke rente. Voor de Belgische en Engelse Sympac-aansluitingen wordt op dit moment gewerkt aan het herstel. Als duidelijk is welke aansluitingen het betreft en welke kosten ten onrechte in rekening zijn gebracht zullen deze klanten eveneens worden gecrediteerd.”*²⁰ KPN geeft aan niet te kunnen achterhalen of het incident is veroorzaakt door een verkeerde interpretatie van de wettelijke regeling of door een onjuiste verwerking in het systeem.²¹
38. Via de Sympac(Select)-dienst worden zowel Nederlandse als Belgische en Engelse Sympac-aansluitingen geleverd. Issue 164 heeft [vertrouwelijk] grootzakelijke eindgebruikers met enkel Nederlandse Sympac-aansluitingen geraakt, en heeft [vertrouwelijk] grootzakelijke eindgebruikers met zowel Nederlandse als een Belgische en/of Engelse Sympac-aansluitingen geraakt.²²
39. Voor de Nederlandse Sympac-aansluitingen heeft KPN op 24 augustus 2011 een correctie in de systemen doorgevoerd.²³ In december 2011 en januari 2012 heeft KPN de van 1 juli 2010 tot en met 24 augustus 2011 onterecht in rekening gebrachte kosten, inclusief wettelijke rente, aan eindgebruikers met enkel Nederlandse Sympac-aansluitingen gecrediteerd.²⁴ Exclusief de wettelijke rente is door KPN € [vertrouwelijk] gecrediteerd.²⁵
40. De correctie voor de Belgische en Engelse Sympac-aansluitingen was op 20 februari 2012 gereed in de systemen van KPN. KPN heeft eindgebruikers met Belgische en/of Engelse Sympac-aansluitingen in de periode van 1 juli 2010²⁶ tot en met 20 februari 2012²⁷ onterecht kosten in rekening gebracht. Op 6 maart 2012 heeft KPN eindgebruikers met zowel Nederlandse als Belgische en/of Engelse Sympac-aansluitingen een creditfactuur gestuurd, met de

²⁰ Nr. 19 Rapportdossier, E-mail KPN van 10 januari 2012 inzake Meldingenlijst (roaming) issues.

²¹ Nr. 1 Rapportdossier, Brief KPN van 21 februari 2012 inzake Meldingenlijst roaming issues: feitencomplex, met kenmerk R/12/U/022.

²² Nr. 1 Rapportdossier, Brief KPN van 21 februari 2012 inzake Meldingenlijst roaming issues: feitencomplex, met kenmerk R/12/U/022 en Nr. 2 Rapportdossier, Brief KPN van 7 september 2012 inzake Aanvulling feitencomplexen issues 164 en 171, met kenmerk KPN_R_12_GCR_U_025.

²³ Nr. 1 Rapportdossier, Brief KPN van 21 februari 2012 inzake Meldingenlijst roaming issues: feitencomplex, met kenmerk R/12/U/022.

²⁴ Nr. 1 Rapportdossier, Brief KPN van 21 februari 2012 inzake Meldingenlijst roaming issues: feitencomplex, met kenmerk R/12/U/022 en Nr. 2 Rapportdossier, Brief KPN van 7 september 2012 inzake Aanvulling feitencomplexen issues 164 en 171, met kenmerk KPN_R_12_GCR_U_025.

²⁵ Nr. 2 Rapportdossier, Brief KPN van 7 september 2012 inzake Aanvulling feitencomplexen issues 164 en 171, met kenmerk KPN_R_12_GCR_U_025 en Nr. 12 Rapportdossier, E-mail KPN van 12 juni 2013 inzake Creditnota's.

²⁶ Nr. 1 Rapportdossier, Brief KPN van 21 februari 2012 inzake Meldingenlijst roaming issues: feitencomplex, met kenmerk R/12/U/022.

²⁷ Nr. 13 Rapportdossier, Brief KPN van 12 juni 2013 inzake Reactie op vragenbrief, met kenmerk KPN_R_13_GCR_U_18.

Besluit Openbaar

mededeling dat de onterecht in rekening gebrachte kosten, inclusief wettelijke rente, worden vergoed.²⁸ Door KPN is exclusief wettelijke rente een bedrag van € [vertrouwelijk] gecrediteerd.²⁹

41. KPN heeft van 1 juli 2010 tot en met 20 februari 2012 onterecht kosten in rekening gebracht aan eindgebruikers met Sympac-aansluitingen voor het ontvangen van voicemailberichten tijdens roaming. De bij issue 164 betrokken omzet bedroeg € [vertrouwelijk]. Het betreft de totale omzet van alle bij issue 164 betrokken eindgebruikers met betrekking tot het ontvangen van voicemailberichten tijdens roaming.
42. Naar aanleiding van het incident heeft KPN een tweede controle aan haar implementatietraject van nieuwe of gewijzigde mobiele diensten toegevoegd en heeft zij het incident met het betrokken team geëvalueerd.³⁰

6.2 Issue 171

43. Op 1 juli 2011 is krachtens de Verordening een verlaging van de maximumtarieven in werking getreden, die voor roamingdiensten in rekening gebracht mogen worden. Voor uitgaande oproepen binnen de EU is het maximumtarief vastgesteld op € 0,35 exclusief BTW per minuut, en voor inkomende oproepen binnen de EU is het maximumtarief € 0,11 exclusief BTW per minuut.³¹
44. KPN is de aanbieder van de Sympac(Select)-dienst.³²
45. Naar aanleiding van de nieuwe roamingtarieven heeft KPN Commercieel Product Management op 8 juni 2011 een verzoek tot tariefaanpassing gedaan aan KPN Managed Mobile Solutions Billing Support (MMS BS).³³ KPN stelt daarover het volgende: "*Dit verzoek is wel ontvangen, maar de procedure voor het wijzigen van prijzen is door een fout van een medewerker niet gestart en dus niet verwerkt.*"³⁴ Hierdoor zijn verkeerde roamingtarieven van € 0,39 exclusief BTW per minuut voor uitgaande oproepen en € 0,15 exclusief BTW per minuut voor inkomende

²⁸ Idem.

²⁹ Nr. 2 Rapportdossier, Brief KPN van 7 september 2012 inzake Aanvulling feitencomplexen issues 164 en 171, met kenmerk KPN_R_12_GCR_U_025 en Nr. 12 Rapportdossier, E-mail KPN van 12 juni 2013 inzake Creditnota's.

³⁰ Nr. 13 Rapportdossier, Brief KPN van 12 juni 2013 inzake Reactie op vragenbrief, met kenmerk KPN_R_13_GCR_U_18.

³¹ Zie artikel 1, vijfde lid, onderdeel a, van de Verordening.

³² Nr. 23 Rapportdossier, E-mail KPN van 22 oktober 2013 inzake Naam dienstenaanbieder.

³³ Nr. 1 Rapportdossier, Brief KPN van 21 februari 2012 inzake Meldingenlijst roaming issues: feitencomplex, met kenmerk R/12/U/022 en Nr. 13 Rapportdossier, Brief KPN van 12 juni 2013 inzake Reactie op vragenbrief, met kenmerk KPN_R_13_GCR_U_18.

³⁴ Nr. 1 Rapportdossier, Brief KPN van 21 februari 2012 inzake Meldingenlijst roaming issues: feitencomplex, met kenmerk R/12/U/022.

Besluit Openbaar

oproepen vanaf 1 juli 2011 aan zeven grootzakelijke Sympac(Select)-klanten in rekening gebracht.³⁵

46. Op 10 januari 2012 is de afwijkende implementatie van de nieuwe roamingtarieven door KPN ontdekt bij een review voor het corrigeren van de Sympac(Select)-tarieven voor inflatie.³⁶
47. Op 8 februari 2012 heeft KPN een en ander als issue 171 als volgt bij ACM gemeld: *“De aanpassing van de EU roaming tarieven per 1 juli 2011 voor spraak is niet doorgevoerd in het SympacSelect tariefplan. In de periode van 1 juli 2011 t/m 31 december 2011 zijn bij zeven klanten de tarieven van € 0,39/min en € 0,15/min voor respectievelijk bellen in de EU zone en gebeld worden in de EU zone gebruikt. Dit had respectievelijk € 0,35 en € 0,11 moeten zijn.”*³⁷
48. Op 19 januari 2012 heeft KPN de roamingtarieven aangepast en per 1 januari 2012 zijn de tarieven conform de Verordening, namelijk € 0,35 exclusief BTW voor uitgaande oproepen en € 0,11 exclusief BTW voor inkomende oproepen, in rekening gebracht.³⁸
49. Op 6 februari 2012 heeft KPN het teveel in rekening gebrachte ten bedrage van € [vertrouwelijk] , plus wettelijke rente ten bedrage van € [vertrouwelijk] aan haar eindgebruikers gecrediteerd.³⁹
50. De door KPN opgeleverde betrokken omzet voor de periode van 1 juli 2011 tot 1 januari 2012 bedraagt € [vertrouwelijk].⁴⁰ Het betreft de totale omzet van uitgaande en inkomende oproepen tijdens roaming van alle bij issue 171 betrokken eindgebruikers.
51. Naar aanleiding van het incident heeft KPN een controle ingebouwd in het facturatieproces waarbij na de facturatie alle ingevoerde prijswijzigingen worden gecontroleerd op uitvoering. Daarnaast controleert KPN sinds het incident voor elk wijzigingsverzoek tien dagen voor de facturatedatum de status van het verzoek, en heeft KPN het incident geëvalueerd met de betrokken medewerkers.⁴¹

³⁵ Nr. 1 Rapportdossier, Brief KPN van 21 februari 2012 inzake Meldingenlijst roaming issues: feitencomplex, met kenmerk R/12/U/022 en Nr. 2 Rapportdossier, Brief KPN van 7 september 2012 inzake Aanvulling feitencomplexen issues 164 en 171, met kenmerk KPN_R_12_GCR_U_025.

³⁶ Nr. 1 Rapportdossier, Brief KPN van 21 februari 2012 inzake Meldingenlijst roaming issues: feitencomplex, met kenmerk R/12/U/022.

³⁷ Nr. 4 Rapportdossier, E-mail KPN van 8 februari 2012 inzake Bijgewerkte meldingenlijst (roaming) issues.

³⁸ Nr. 1 Rapportdossier, Brief KPN van 21 februari 2012 inzake Meldingenlijst roaming issues: feitencomplex, met kenmerk R/12/U/022 en Nr. 13 Rapportdossier, Brief KPN van 12 juni 2013 inzake Reactie op vragenbrief, met kenmerk KPN_R_13_GCR_U_18.

³⁹ Nr. 7 Rapportdossier, E-mail KPN van 28 februari 2013 inzake Antwoorden op aanvullende vragen en Nr. 13 Rapportdossier, Brief KPN van 12 juni 2013 inzake Reactie op vragenbrief, met kenmerk KPN_R_13_GCR_U_18.

⁴⁰ Nr. 13 Rapportdossier, Brief KPN van 12 juni 2013 inzake Reactie op vragenbrief, met kenmerk KPN_R_13_GCR_U_18.

⁴¹ Nr. 2 Rapportdossier, Brief KPN van 7 september 2012 inzake Aanvulling feitencomplexen issues 164 en 171, met kenmerk KPN_R_12_GCR_U_025.

Besluit Openbaar

7 Zienswijze KPN

52. In haar zienswijze betwist KPN bovenstaande feiten als zodanig niet. Wel plaatst zij de vaststaande feiten in een andere context, waardoor er naar haar oordeel geen sprake kan zijn van (een) overtreding(en) van de Verordening, althans niet van gedragingen die behoren te worden beboet. Er is volgens KPN in deze zaak in elk geval slechts sprake van boeteverlagende omstandigheden (en dus niet van boeteverhogende omstandigheden). Gelet hierop kan ACM niet overgaan tot het opleggen van een sanctie, althans enkel tot het opleggen van verlaagde boete, aldus KPN. Verkort en zakelijk weergegeven komt de zienswijze van KPN op het volgende neer.
53. KPN meent dat uit de feiten en wordingsgeschiedenis van Verordening 2007 en de Verordening blijkt dat het gaat om een oude en zeer kleine zaak. Wat KPN betreft is het, mede in het licht van de doelstellingen van de Verordening, ook een buitengewoon irrelevante kwestie in het grote schema der dingen. De feiten die ten grondslag liggen aan het onderhavige boeterapport stammen uit 2010/2011, en het door ACM uitgevoerde onderzoek heeft lang geduurd en heeft soms ook stilgelegen. Er zijn door OPTA/ACM al meerdere meldingen van KPN inzake roaming afgedaan zonder dat die hebben geleid tot het opstellen van een boeterapport. Verder is de economische impact van de betreffende gedragingen nihil.
54. Er is in dit geval sprake geweest van een operationele fout, en dat constitueert op zich, aldus KPN, nog geen overtreding – en zeker geen verwijtbare gedraging. Wat KPN betreft, beoogt de Verordening ook helemaal niet te reguleren dat een organisatie foutloos werkt. De extra door KPN gegenereerde omzet is – zeker op klantniveau beschouwd – minimaal, en bovendien zijn alle ten onrechte ontvangen gelden (vermeerderd met wettelijke rente) weer terugbetaald. Verder is de door de gemaakte fouten ontstane reputatieschade voor KPN al straf genoeg.
55. KPN meent dat in casu in elk geval geen boete zou moeten worden opgelegd. Hoewel dit niet onverwijd is geschied, zijn de feiten door KPN zelf gemeld in het kader van de afspraken die daarover zijn gemaakt in het “Compliance Handvest KPN en OPTA” van 24 april 2008. Ook is de vermeende overtreding door KPN uit eigen beweging beëindigd. KPN heeft verder besloten om de fout te corrigeren door het ten onrechte in rekening gebrachte terug te betalen (vermeerderd met wettelijke rente), zodat er geen economische impact aanwezig was of is geweest. Dit blijkt ook uit het feit dat geen van de betrokken klanten zich heeft beklaagd over hetgeen KPN ten onrechte in rekening heeft gebracht voor roamingdiensten. De gehanteerde tarieven waren – hoewel hoger dan het door de Verordening voorgeschreven maximum – ook niet buitensporig hoog.
56. KPN heeft bezwaar tegen het gebruikmaken van elementen die tot verzwarende zouden moeten leiden bij een eventuele boeteberekening, mede omdat het vertrouwen in de Verordening niet wordt geschaad door een operationele fout bij een van de providers (waarna bovendien schadeloosstelling van de betrokken klanten heeft plaatsgevonden).

Besluit Openbaar

De boetebeleidsregels voorzien, aldus KPN, niet in regels ter zake van overtredingen van Europese verordeningen, zodat ACM niet de onjuiste en arbitraire keuze mag maken om via een soort ‘analoge toepassing’ te concluderen dat hier sprake zou zijn van de categorie ‘zeer zwaar’. Een operationele fout zoals in casu, is niet hetzelfde als een verwijtbare gedraging (hetgeen een bewuste en verwijtbare actie/gedraging impliceert). De Verordening beoogt niet de inrichting van de organisatie van KPN en het daarin gehanteerde controlesysteem te reguleren. Omdat KPN de feiten zelf eerst heeft moeten onderzoeken kan het niet zo zijn dat, omdat haar meldingen niet onverwijld zijn gedaan, dit leidt tot het aannemen van een boeteverzwarend element.

8 Beoordeling

57. Dit hoofdstuk bevat een analyse van de geschonden norm alsmede een juridische beoordeling van de feiten, waarop vervolgens een conclusie wordt gebaseerd.

8.1 Analyse van de geschonden norm

8.1.1 Oorsprong: Verordening 2007

58. Door middel van roamingdiensten kunnen eindgebruikers gebruik blijven maken van mobiele communicatiediensten wanneer zij zich in het buitenland bevinden. Volgens de Uniewetgever verschaftte het Europese regelgevingskader voor elektronische communicatie van 2002 de nationale regelgevende instanties niet voldoende middelen om doeltreffend en beslissend in te grijpen in de prijszetting voor roamingdiensten. Met het doel om de roamingtarieven te reguleren is Verordening 2007 ingevoerd.
59. Op de markt voor roamingdiensten is volgens Verordening 2007 sprake van buitensporige retailtarieven. Deze buitensporige tarieven zijn een gevolg van zowel de hoge wholesaletarieven die door de exploitant van het buitenlandse gastnetwerk in rekening worden gebracht als, in veel gevallen, van de hoge marges op de retailtarieven die door de exploitant van het eigen netwerk van de eindgebruiker in rekening worden gebracht.⁴²
60. Verordening 2007 heeft als uitgangspunt het beschermen van de belangen van roamende eindgebruikers door middel van regulering op zowel wholesale- als retailniveau.⁴³ Deze regulering moet ervoor zorgen dat de retailtarieven voor roaming de onderliggende kosten voor de levering van deze diensten in een hogere mate weerspiegelen dan in de afwezigheid van regulering het geval is.⁴⁴ Daarnaast beoogt Verordening 2007 om binnen de EU een interne markt voor elektronische communicatie tot stand te brengen, waarbinnen concurrentie leidt tot

⁴² Overweging 1 van Verordening 2007.

⁴³ Overweging 14 van Verordening 2007.

⁴⁴ Overweging 19 van Verordening 2007.

Besluit Openbaar

een hoge mate van bescherming van eindgebruikers en zowel prikkels voor innovatie als keuzemogelijkheden voor eindgebruikers biedt.

61. Voorts stelt Verordening 2007 dat de meest doeltreffende en evenredige wijze van regulering is, regulering via de vaststelling van een maximaal gemiddeld tarief op wholesaleniveau en via tariefplafonds op retailniveau door invoering van een zogenoemd 'Eurotarief'.⁴⁵ Het op retailniveau toepasselijke Eurotarief moet roamende eindgebruikers de zekerheid bieden dat zij geen buitensporig hoge tarieven betalen wanneer zij een gereguleerd roaminggesprek initiëren of ontvangen.⁴⁶

8.1.2 Wijzigingen: Verordening in 2009

62. Verordening 2007 is per 18 juni 2009 gewijzigd door de (voor dit besluit relevante) Verordening. De eerdergenoemde uitgangspunten zijn nog steeds van kracht. Volgens de Verordening dienen de plafonds voor het Eurotarief jaarlijks te blijven dalen om te waarborgen dat de voortdurende daling van de kosten van levering van roamingdiensten zich vertalen in lagere retailtarieven.⁴⁷ Met dit oogmerk zijn in de Verordening de maximumtarieven neerwaarts aangepast.
63. In Verordening 2007 en de wijziging daarvan in 2009 zijn tariefplafonds opgelegd voor spraak en sms op zowel retail- als wholesaleniveau, voor datadiensten op wholesaleniveau en voor het ontvangen van voicemailberichten op retailniveau. Uitgangspunt van deze tariefplafonds is dat deze tarieven zijn vastgesteld op een niveau waarop er voldoende marge overblijft voor de mobiele aanbieders, en waardoor er voldoende mogelijkheden zijn voor de mobiele aanbieders om concurrerende aanbiedingen te doen onder het gereguleerde plafond. Met ingang van 1 juli 2010 mogen thuisaanbieders hun roamende eindgebruikers bovendien geen kosten aanrekenen wanneer deze een voicemailbericht ontvangen tijdens het roamen.
64. Om de transparantie van de retailtarieven voor roamingdiensten te vergroten dienen mobiele aanbieders eindgebruikers kosteloos te voorzien van informatie over de voor hen geldende tarieven wanneer zij de grens overgaan. Hiermee kunnen zij een weloverwogen keuze maken over de wijze waarop zij hun mobiele telefoon in het buitenland willen gebruiken.
65. De voor dit besluit relevante verplichtingen die ingevolge de Verordening gedurende de onderzochte periode op KPN rustten, bestaan uit de tarifiering van de ontvangst van voicemailberichten tijdens roaming en de bovengrens van de retailtarieven voor gereguleerde roaminggesprekken op grond van artikel 4 van de Verordening.

⁴⁵ Overweging 17 van Verordening 2007.

⁴⁶ Overweging 22 van Verordening 2007.

⁴⁷ Overweging 15 van de Verordening.

Besluit Openbaar

8.2 Beoordeling van de feiten

66. Op grond van de Verordening was KPN vanaf 1 juli 2010 verplicht tot het niet in rekening brengen van kosten voor het ontvangen van voicemailberichten tijdens roaming. KPN was tevens op grond van de Verordening vanaf 1 juli 2011 verplicht voor uitgaande en inkomende oproepen binnen de EU tarieven in rekening te brengen van maximaal € 0,35 per minuut respectievelijk € 0,11 per minuut.
67. Blijkens de feiten zoals omschreven in hoofdstuk 6 van dit besluit – die blijkens haar zienswijze als zodanig door KPN niet worden bestreden – heeft KPN van 1 juli 2010 tot en met 20 februari 2012 kosten in rekening gebracht voor het ontvangen van voicemailberichten tijdens roaming. De daarbij betrokken omzet bedraagt € [vertrouwelijk]. Tevens heeft KPN van 1 juli 2011 tot 1 januari 2012 tarieven in rekening gebracht voor uitgaande en inkomende oproepen binnen de EU die hoger waren dan de per 1 juli 2011 geldende maximumtarieven. De daarbij betrokken omzet bedraagt € [vertrouwelijk].
68. Op grond van het voorgaande stelt ACM vast dat KPN de verplichting opgenomen in artikel 4, tweede lid, van de Verordening niet heeft nageleefd, en daarmee in strijd handelde met de Verordening.

8.3 Overwegingen naar aanleiding van de zienswijze van KPN

69. Dat de feiten die ten grondslag liggen aan het onderhavige boeterapport stammen uit de jaren 2010 en 2011, en het door ACM uitgevoerde onderzoek enige tijd in beslag heeft genomen, ontnemt ACM niet de bevoegdheid (in dit geval) over te gaan tot opleggen van een boete. In dit verband verwijst ACM naar artikel 5:45 Awb, waarin is bepaald dat indien artikel 5:53 Awb van toepassing is⁴⁸ pas vijf jaren nadat een overtreding heeft plaatsgevonden de bevoegdheid vervalt tot het opleggen van een bestuurlijke boete.
70. Verder wijst ACM er op dat haar als bestuursorgaan in beginsel een ruime mate van beleidsvrijheid toekomt bij de uitoefening van haar bevoegdheid een boete op te leggen ter zake van overtredingen als bedoeld in artikel 15.4, tweede lid Tw. Mede gelet op de boodschap en afschrikwekkende werking die daarvan uit dient te gaan (zie ook randnummer 2), acht ACM het in beginsel geboden, ook voor overtredingen – zoals de onderhavige – die hebben geleid tot een relatief geringe betrokken omzet, een bestuurlijke boete op te leggen.
71. Het (met de betrokken omzet samenhangende) gegeven dat de economische impact van de in dit besluit vastgestelde overtredingen relatief gering zou zijn, leidt ACM evenmin tot een andere conclusie. In dit verband wijst ACM er volledigheidshalve op dat zij overtredingen van de Verordening als zeer zwaar kan kwalificeren, aangezien het maximumtarief een kernverplichting

⁴⁸ Hiervan is in casu sprake, omdat voor de geconstateerde overtredingen een boete kan worden opgelegd van meer dan € 340.

Besluit Openbaar

van die verordening is, die direct ziet op de bescherming van de belangen van eindgebruikers.⁴⁹ Dat de onverschuldigd betaalde gelden uiteindelijk aan de betreffende eindgebruikers zijn terugbetaald, doet hieraan ten principale niet af.

72. KPN heeft gesteld dat door OPTA/ACM al meerdere meldingen van KPN inzake roaming zijn afgedaan zonder dat die hebben geleid tot het opstellen van een boeterapport. KPN heeft het echter nagelaten deze stelling (nader) te specificeren, ondanks het feit dat haar vertegenwoordigers daartoe nog wel in gelegenheid zijn gesteld tijdens de hoorzitting die op 5 december 2013 heeft plaatsgevonden ten kantore van ACM. De meldingen die KPN bij OPTA/ACM heeft ingediend betreffende overtredingen van de Verordening (2007) die nog niet zijn afgedaan, betreffen lopende zaken die nog kunnen leiden tot het opstellen van een boeterapport door ACM. Voor de reeds afgedane meldingen geldt dat die niet op één lijn zijn te stellen met de onderhavige (door KPN gemelde) 'issues'. Bedoelde meldingen zijn – deels omdat er andere bepalingen zijn overtreden en deels omdat daaraan een onvergelijkbaar feitencomplex ten grondslag ligt – anders van aard en daarom niet vergelijkbaar met de gedragingen waarvoor bij dit besluit aan KPN (een) boete(s) wordt/worden opgelegd.
73. KPN benadrukt verder dat slechts sprake zou zijn geweest van een operationele fout binnen haar organisatie, en niet van het bewust ten onrechte in rekening brengen van te hoge tarieven, hetgeen niet constitueert als een (verwijtbare) overtreding. Dit zou volgens KPN ook geen verzwarend element mogen opleveren in het kader van de boeteberekening. ACM volgt KPN niet in dit betoog. Allereerst is bewustheid geen bestanddeel van de in artikel 4, tweede lid, van de Verordening neergelegde rechtsnormen. Verder is ACM van oordeel dat de overtreding aan KPN verwijtbaar is in die zin dat KPN blijkbaar een niet naar behoren functionerend controlesysteem hanteert om fouten in de tariefaanpassingen te voorkomen of tijdig op te sporen en te herstellen. Door geen systematische controle en nacontrole uit te voeren bij het doorvoeren van tariefwijzingen heeft KPN onvoldoende voorzorgsmaatregelen genomen om te waarborgen dat zij de juiste tariefstelling hanteert, terwijl de aard van de uit de Verordening voortvloeiende tariefaanpassingen een zorgvuldige uitvoering vereisen. Daarbij komt dat de eindgebruiker door de aard van het product een onjuist tarief niet snel opmerkt, zodat KPN er niet op kan rekenen dat zij (snel) door signalen vanuit haar klantenkring opmerkzaam wordt gemaakt op een verkeerde tariefstelling.⁵⁰ Het niet in acht nemen van de benodigde zorgvuldigheid bij de implementatie van de juiste tariefstellingen is verwijtbaar, zodat de verkeerde tariefstelling volledig aan KPN kan worden verweten.⁵¹ Op het voorgaande stuit dan ook het door KPN aangevoerde verweer af dat de Verordening niet beoogt te reguleren dat een organisatie foutloos werkt.

⁴⁹ Vgl. Rb. Rotterdam 24 mei 2012, *ECLI:NL:RBROT:2012:BW6593*, r.o. 18-19 (*Tele2 Nederland B.V./OPTA*).

⁵⁰ KPN heeft tijdens de hoorzitting die op 5 december 2013 heeft plaatsgevonden ook erkend dat de betrokken klanten blijkbaar niet hebben geklaagd over de verkeerde tariefstelling.

⁵¹ Vgl. Rb. Rotterdam 24 mei 2012, *ECLI:NL:RBROT:2012:BW6593*, r.o. 11 (*Tele2 Nederland B.V./OPTA*).

Besluit Openbaar

74. In het niet nader onderbouwde betoog van KPN dat de door de gemaakte fouten ontstane reputatieschade voor haar al straf genoeg is, ziet ACM – mede gelet op het niet-objectiveerbare karakter daarvan – geen aanleiding aan KPN geen (of een lagere) boete op te leggen. De stelling dat de gehanteerde tarieven – hoewel hoger dan het door de Verordening voorgeschreven maximum – ook niet buitensporig hoog waren, plaatst deze zaak evenmin in een ander daglicht. De (door KPN gesuggereerde) eis dat de gehanteerde tarieven als buitensporig kunnen worden gekenschetst, is in elk geval geen bestanddeel van de in artikel 4, tweede lid, van de Verordening neergelegde rechtsnormen. De aanwezigheid van deze omstandigheid is dan ook geen (constituerende) voorwaarde om kunnen concluderen dat die normen zijn overtreden. De Verordening (2007) beoogt slechts te voorkomen dat geen buitensporig hoge tarieven hoeven te worden betaald voor het initiëren of ontvangen van gereguleerde roaminggesprekken, welk streven – onder meer – is vertaald in concrete normen inzake tarifiering. Het bepaalde in artikel 4, tweede lid, van de Verordening, welke bepaling door KPN in casu niet is gerespecteerd, is daarvan een voorbeeld.
75. ACM ziet geen aanleiding KPN te volgen in haar betoog dat in dit geval niet de keuze mag worden gemaakt om via analoge toepassing te concluderen dat in casu sprake zou zijn van overtredingen van de categorie ‘zeer zwaar’, gelet op de feit dat de in dit geval toepasselijke (boete)beleidsregels⁵² (hierna: de Boetebeleidsregels) niet expliciet voorzien in regels ter zake van overtredingen van Europese verordeningen. Allereerst geldt dat uit de toelichting op de Boetebeleidsregels blijkt dat overtredingen van de Verordening (2007) in abstracto als zeer zwaar kunnen worden aangemerkt. Als voorbeeld van zeer zware overtredingen wordt immers uitdrukkelijk genoemd “Overtreding van de diverse verplichtingen die voortvloeien uit de Verordening (EG) nr. 544/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 717/2007”.⁵³ Verder wijst ACM er in dit verband nog op dat de Rechtbank Rotterdam in een vergelijkbare zaak reeds heeft beslist dat de door KPN bedoelde analoge toepassing van de Boetebeleidsregels niet in strijd is met het rechtszekerheids- en legaliteitsbeginsel.⁵⁴ De rechtbank overwoog dat de overtredingen die zijn genoemd (in de boetebeleidsregels die OPTA hanteerde)⁵⁵ bij de verschillende categorieën van zwaarte van de overtreding, een niet limitatieve opsomming betreffen en als voorbeeld dienen van een bij de betreffende zwaartecategorie passende overtreding.
76. De omstandigheid dat in artikel 3.4 van de Boetebeleidsregels een overtreding van de Verordening, zoals begaan door KPN, niet uitdrukkelijk wordt genoemd als voorbeeld van een zeer zware overtreding, heeft dan ook geen consequenties voor de rechtszekerheid en de legaliteit. Verder was de rechtbank van oordeel dat de overtreding van de onderhavige tariefverplichtingen door OPTA terecht als zeer zwaar was gekwalificeerd, onder meer omdat

⁵² “Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM”, *Stcrt.* 2013, 11214, p. 11-13.

⁵³ Zie “Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM”, (*Stcrt.* 2013, 11214, p. 11), Toelichting bij art. 3.4, onder I, negende bullet (idem, m.n. p. 52).

⁵⁴ Idem, r.o. 13 t/m 20.

⁵⁵ “Boetebeleidsregels OPTA”, *Stcrt.* 2008, 50.

Besluit Openbaar

het maximumtarief een kernverplichting van de Verordening is die direct ziet op de bescherming van de belangen van eindgebruikers. Mede omdat de voor het onderhavige geval relevante boetebeleidsregels⁵⁶ (vrijwel) gelijklopend zijn aan die van OPTA waarnaar in het voorgaande wordt verwezen, concludeert ACM dat zij tot het oordeel kan komen dat in casu sprake is van overtredingen in de categorie 'zeer zwaar'.

77. ACM is van oordeel dat de enkele omstandigheid dat KPN de overtredingen uiteindelijk zelf heeft gesignaleerd en uit eigen beweging stappen heeft ondernomen om de overtreding te beëindigen en de getroffen eindgebruikers schadeloos te stellen, niet rechtvaardigt dat in dit geval van het opleggen van een boete wordt afgezien. Wel ziet ACM hierin aanleiding om hieronder (zie paragraaf 9.4.2) te bezien of deze omstandigheden tot verlaging van de eventueel op te leggen boete(s) kunnen leiden.
78. Anderzijds komt ACM tot de conclusie dat er in dit geval evenzeer aanleiding is te concluderen dat sprake is van een boeteverhogende omstandigheid. Sinds het signaleren van de feiten die hebben geleid tot issue 164, zijn immers vijftien maanden verstreken totdat daarvan melding is gedaan aan OPTA, en is het incident pas zeven maanden nadien hersteld. Daarbij neemt ACM in aanmerking dat een en ander – zoals reeds in het voorgaande is overwogen – aan KPN verwijtbaar is in die zin dat KPN blijkbaar een niet naar behoren functionerend controlesysteem heeft gehanteerd om fouten in de tariefaanpassingen te voorkomen of tijdig op te sporen en te herstellen.
79. Bovendien is KPN op grond van een in het op 24 april 2008 vastgestelde "Compliance Handvest KPN en OPTA" neergelegde afspraak gehouden (potentiële) overtredingen, nadat deze intern zijn gesignaleerd, *onverwijld* te beëindigen. Omdat KPN dit ten aanzien van issue 164 klaarblijkelijk heeft nagelaten, is deze afspraak in casu geschonden. Dit gegeven kwalificeert naar oordeel van ACM als additionele boeteverzwarende omstandigheid (zie ook paragraaf 9.4.2.2).

8.4 Conclusie

80. ACM stelt vast dat KPN de verplichtingen ex artikel 4, tweede lid, van de Verordening niet heeft nageleefd. Het betreft de verplichting inzake het niet aanrekenen van kosten voor het ontvangen van voicemailberichten aan roamende eindgebruikers alsmede de verplichting inzake het in acht nemen van de tariefplafonds voor uitgaande en inkomende oproepen binnen de EU.
81. KPN heeft in de periode van 1 juli 2010 tot en met 20 februari 2012 ten onrechte kosten in rekening gebracht voor het ontvangen van voicemailberichten tijdens roaming. Tevens heeft KPN in de periode van 1 juli 2011 tot en met 31 december 2011 hogere tarieven in rekening

⁵⁶ Beleidsregels van de Minister van Economische Zaken voor het opleggen van bestuurlijke boetes door de ACM", *Stcrt.* 2013, 11214.

Besluit Openbaar

gebracht voor uitgaande en inkomende roamingoproepen dan op grond van de Verordening was toegestaan.

82. De bij de overtredingen betrokken omzet bedraagt in totaal € [vertrouwelijk].

9 Sanctie

83. In de eerste paragraaf van dit hoofdstuk zullen enkele algemene overwegingen worden gewijd aan de in deze toepasselijke boetebeleidsregels. Verder stelt ACM in paragraaf 9.2 de zwaarte van de overtreding in abstracto vast. Vervolgens bepaalt ACM in paragraaf 9.3 de ernst van de overtreding in het concrete geval. In paragraaf 9.4 beoordeelt ACM of er boeteverhogende of -verlagende omstandigheden zijn en stelt uiteindelijk de hoogte van de boete vast. Dit hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie.

9.1 Algemeen / boetebeleidsregels

84. Bij de vaststelling van de hoogte van de boete houdt ACM op grond van artikel 5:46, tweede lid, Awb in ieder geval rekening met de ernst van de overtreding alsmede met de mate van verwijtbaarheid van de overtreder. ACM houdt daarbij, indien daartoe aanleiding bestaat, rekening met andere omstandigheden, zoals de duur van de overtreding. Bij ieder boetebesluit moet worden afgewogen hoe hoog de boete in dat concrete geval moet zijn.

85. De hoogte van de boete dient, behalve te worden afgestemd op de bijzondere omstandigheden van het geval ("maatwerk"), ook bij te dragen aan een doeltreffende toepassing van de Tw. Daarbij geldt als algemene maatstaf dat de hoogte van de boete in ieder geval zodanig dient te zijn dat deze de overtreder(s) weerhoudt van nieuwe overtredingen (speciale preventie) en ook in algemene termen een afschrikkende werking heeft (generale preventie).

86. De Minister van Economische Zaken heeft de Boetebeleidsregels op 24 april 2013 gepubliceerd.⁵⁷ Daarin is geregeld hoe ACM met toepassing van artikel 15.4, tweede lid, Tw de hoogte van een boete dient te bepalen. Volgens de Boetebeleidsregels bepaalt ACM de ernst van de overtreding door eerst de zwaarte van de overtreding in abstracto vast te stellen en deze daarna te bezien in samenhang met de economische context waarin deze heeft plaatsgevonden alsmede met de bijzondere omstandigheden van het geval. Deze 'optelsom' bepaalt de definitieve kwalificatie van de overtreding: zeer ernstig, ernstig of minder ernstig.

⁵⁷ Krachtens art. 6.3 van de Boetebeleidsregels, zijn deze in werking getreden met ingang van de dag na de datum van uitgifte van de Staatscourant waarin zijn werden geplaatst. Deze regels zijn geplaatst in de Staatscourant van 24 april 2013. Het Rapport in deze zaak is opgemaakt op 7 november 2013, dat wil zeggen ná de inwerkingtreding van de Boetebeleidsregels. Gelet op artikel 6.1 van de Boetebeleidsregels zijn die beleidsregels in casu derhalve van toepassing.

Besluit Openbaar

87. In geval van overtredingen als bedoeld in artikel 15.4, tweede lid, Tw, waar dit besluit op ziet, wordt volgens de Boetebeleidsregels het boetebedrag vervolgens vastgesteld volgens de formule:

Boetegrondslag x ernstfactor (E) + verhoging/verlaging voor bijkomende omstandigheden.

88. Op grond van de Boetebeleidsregels hanteert ACM als boetegrondslag 10% van de betrokken omzet. Afhankelijk van de zwaarte van de overtreding in abstracto en de ernst van de overtreding (o.a. de omvang, de mate van verwijtbaarheid en de duur) in concreto wordt de boetegrondslag vermenigvuldigd met een factor.
89. Vervolgens kan het boetebedrag dan nog worden verhoogd of verlaagd vanwege bijkomende omstandigheden.

9.2 Zwaarte van de overtredingen in abstracto

90. De overtreding van artikel 4, tweede lid, van de Verordening is niet expliciet genoemd in de Boetebeleidsregels. De genoemde overtredingen per categorie zijn echter slechts (niet-limitatieve) voorbeelden. De overtreding van artikel 4, tweede lid, van de Verordening behoort dus impliciet tot een van de drie onderscheiden categorieën:
- I. Zeer zware overtredingen; dit zijn overtredingen waarbij de concurrentie in aanzienlijke mate wordt belemmerd of overtredingen waarbij de belangen van eindgebruikers in aanzienlijke mate worden geschaad;
 - II. Zware overtredingen; dit zijn overtredingen waardoor de concurrentie wordt belemmerd of de belangen van de eindgebruiker worden geschaad, maar niet in die (aanzienlijke) mate dat deze als een zeer zware overtreding kunnen worden aangemerkt;
 - III. Minder zware overtredingen; dit zijn in de eerste plaats overtredingen van verplichtingen waarbij in het algemeen de concurrentie in beperkte mate wordt belemmerd of de belangen van eindgebruikers in beperkte mate worden geschaad.
91. Verordening 2007 is vastgesteld op grond van de conclusie dat het regelgevingskader voor elektronische communicatie van 2002 onvoldoende mogelijkheden bood aan de nationaal regelgevende instanties om in te grijpen op de markt voor roamingdiensten.⁵⁸

⁵⁸ Overweging 4 van Verordening 2007.

“4. Deze verordening is geen op zichzelf staande maatregel, maar vormt, voor wat betreft de roaming in de Gemeenschap, een aanvulling op en een ondersteuning van de regels waarin het regelgevingskader voor elektronische communicatie van 2002 voorziet. Dit kader heeft de nationale regelgevende instanties niet voldoende middelen verschaft om doeltreffend en beslissend in te grijpen in de prijszetting voor roamingdiensten binnen de Gemeenschap, en blijkt dus niet geschikt om een soepele werking van de interne markt voor roamingdiensten te verzekeren. Deze verordening vormt een adequaat middel om deze situatie bij te sturen.”

Besluit Openbaar

92. In overwegingen 5 t/m 9 behorend bij Verordening 2007 motiveert de Commissie de overwegingen dat het grensoverschrijdende karakter van roamingdiensten ten grondslag ligt aan het probleem dat het nationale regelgevende instanties nog niet mogelijk is gebleken dominantie te bepalen en diens gevolge ex-ante regelgeving op te leggen.
93. De Commissie motiveert in overweging 1 behorend bij Verordening 2007 dat er in de roamingmarkt sprake is van buitensporige tarieven welke hebben kunnen ontstaan door een onvolledig concurrerende markt. Ondanks eerder door aanbieders al doorgevoerde verlagingen bleven de tarieven aantoonbaar anders dan zij op een volledige concurrerende markt zouden zijn.
94. In overweging 14 behorend bij Verordening 2007 motiveert de Commissie dat gemeenschappelijk ingrijpen noodzakelijk is om de belangen van eindgebruikers te beschermen; zij ondervinden immers schade van buitensporig hoge roamingtarieven.
95. Hiertoe zijn in Verordening 2007 onder meer tariefplafonds opgelegd voor spraak op zowel retail- als wholesaleniveau. Uitgangspunt bij deze tariefplafonds is dat het niveau hoog genoeg is om een redelijke marge over te houden voor de aanbieders.⁵⁹
96. In de Verordening heeft de Commissie aanleiding gezien om haar ingrijpen uit te breiden tot meer diensten dan alleen spraak. Regulering in de vorm van tariefplafonds voor spraak bleef gehandhaafd, het niveau van de tariefplafonds wordt jaarlijks verder verlaagd.⁶⁰
97. De overwegingen van de Commissie om de buitensporige tarieven te reguleren middels tariefplafonds komen overeen met de overwegingen van ACM om bepaalde gedragingen als 'zeer zware overtredingen' aan te duiden. In het geval van de roamingtarieven is door de Commissie geconcludeerd dat de markt onvolledig concurrerend is en dat eindgebruikers door buitensporig hoge tarieven worden geschaad. Dit komt overeen met de in de Boetebeleidsregels neergelegde zwaartecategorie van overtredingen waarbij de concurrentie in aanzienlijke mate wordt belemmerd of overtredingen waarbij de belangen van eindgebruikers in aanzienlijke mate worden geschaad. Deze overtredingen kwalificeren als 'zeer zwaar'.
98. In beginsel gaat het bij de 'zeer zware overtredingen' om overtredingen van verplichtingen waaraan ondernemingen die zijn aangewezen als aanbieder die over aanmerkelijke marktmacht beschikt, zijn onderworpen. OPTA/ACM heeft geen aanbieders met aanmerkelijke marktmacht kunnen aanwijzen op de roamingmarkt. De redenen hiervoor zijn hierboven in de randnummers 91 en 92 genoemd. De Commissie achtte de problemen ernstig genoeg om op gemeenschappelijk niveau aanbieders ex-ante toch verplichtingen, waaronder een tariefverplichting, op te leggen als waren het aanbieders met aanmerkelijke marktmacht.

⁵⁹ Overwegingen 18 en 19 van Verordening 2007.

⁶⁰ Overweging 15 van de Verordening 2009.

Besluit Openbaar

99. ACM concludeert dan ook dat het overtreden van artikel 4, tweede lid, van de Verordening in abstracto dient te worden gekwalificeerd als zeer zwaar. Zoals gezegd, bevestigt de toelichting op de Boetebeleidsregels ook dat overtredingen van de Verordening (2007) in abstracto als zeer zwaar dienen te worden aangemerkt.⁶¹ Tevens heeft de Rechtbank Rotterdam recentelijk bevestigd dat een overtreding van de onderhavige tariefverplichtingen terecht door OPTA (als rechtsvoorganger van ACM) als zeer zwaar is gekwalificeerd. De rechtbank overwoog in dit verband dat het maximumtarief een kernverplichting is van de Verordening die direct ziet op de bescherming van de belangen van eindgebruikers.⁶² Ook overigens onderschreef de rechtbank de overwegingen, die ook van toepassing zijn in deze zaak en daarom hierboven zijn weergegeven, op grond waarvan deze overtredingen als zeer zwaar moeten worden aangemerkt.

9.3 Ernst van de overtredingen in concreto; economische context

100. Afhankelijk van de ernst van de overtreding wordt de boetegrondslag vermenigvuldigd met een factor. Bij minder ernstige overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde van ten hoogste 1. Bij een ernstige overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde van ten hoogste 2. Bij een zeer ernstige overtreding wordt deze factor gesteld op een waarde tussen 1,5 en 5.

101. De vaststelling van de ernst van de overtreding is in belangrijke mate afhankelijk van de economische omstandigheden in concreto, mede in het licht van de daadwerkelijke gevolgen van de overtreding. Het zijn onder meer de volgende omstandigheden die in samenhang met de hiervoor vastgestelde zwaarte van de overtreding een rol kunnen spelen bij de uiteindelijke vaststelling van de ernst van de overtreding:⁶³

- a. De mate waarin de overtreding de concurrentie of de belangen van eindgebruikers feitelijk heeft geschaad. Hierbij wordt, voor zover van toepassing, rekening gehouden met de omvang van de markt waarin de overtreding heeft plaatsgevonden;
- b. In dit verband kunnen ook andere omstandigheden (mede) een rol spelen zoals de levensfase waarin de markt op het moment van de overtreding verkeerde of het aantal eindgebruikers dat door de overtreding is getroffen;
- c. De daadwerkelijke marktmacht van de overtreeders om andere marktdeelnemers schade te berokkenen alsmede het aantal concurrenten;
- d. Andere omstandigheden zoals de aard van de betrokken producten of diensten;

⁶¹ Zie Boetebeleidsregels, Toelichting bij art. 3.4, onder I, negende bullet (*Stcrf.* 2013, 11214, p. 11, m.n. p. 52).

⁶² Rb. Rotterdam 24 mei 2012, *ECLI:NL:RBROT:2012:BW6593*, r.o. 19 (*Tele2 Nederland B.V./OPTA*).

⁶³ Zie Boetebeleidsregels, Toelichting bij art. 3.5 (*Stcrf.* 2013, 11214, p. 11, m.n. p. 53).

Besluit Openbaar

- e. De onomkeerbaarheid van de gevolgen van de overtreding;
 - f. In principe zal de financiële positie van de overtreder geen rol spelen bij het vaststellen van de hoogte van de boete;
 - g. De omstandigheid dat door de verboden gedraging een aanzienlijk voordeel dan wel schade is berokkend.
102. In dit concrete geval overweegt ACM het volgende ten aanzien van bovengenoemde criteria (zie paragraaf 9.3.1 tot en met 9.3.5).

9.3.1 De mate waarin de overtredingen de concurrentie of de belangen van eindgebruikers feitelijk hebben geschaad

103. Allereerst wijst ACM er op dat zij van oordeel is dat de onderhavige overtredingen het vertrouwen van de eindgebruiker in de effectiviteit van de Verordening schaden (zie ook paragraaf 9.3.5). Deze schade is niet zonder meer omkeerbaar door de financiële gevolgen van de overtredingen weg te nemen. Aan de (directe) financiële gevolgen van de door KPN begane overtredingen wijdt ACM de volgende overwegingen.
104. KPN heeft ten aanzien van issue 164 van 1 juli 2010 tot en met 20 februari 2012 € 48.365,70 te veel in rekening gebracht aan eindgebruikers met Sympac-aansluitingen voor het ontvangen van voicemailberichten tijdens roaming. KPN heeft ten aanzien van issue 171 voor de periode van 1 juli 2011 tot 1 januari 2012 € 4.715,17 te veel in rekening gebracht ten gevolge van het hanteren van te hoge tarieven voor het bellen en het opgebeld worden tijdens roaming. ACM constateert dat de feitelijke schade aan de belangen van eindgebruikers grotendeels is weggenomen doordat KPN het teveel gefactureerde aan haar klanten heeft gecrediteerd.
105. KPN heeft de getroffen eindgebruikers in opeenvolgende factuurperiodes te veel laten betalen, zodat sprake is van zogenaamde onverschuldigde betalingen, waardoor – zoals ook in het Rapport wordt opgemerkt – deze klanten die onverschuldigd betaalde gelden niet voor andere doelen in konden zetten gedurende de onderhavige overtredingsperiodes. ACM rekent KPN dit echter niet zwaar aan, aangezien zij de onverschuldigd betaalde bedragen heeft terugbetaald vermeerderd met wettelijke rente.
106. Bij de mate waarin de overtreding de concurrentie of de belangen van eindgebruikers feitelijk heeft geschaad, wordt, voor zover van toepassing, rekening gehouden met de omvang van de markt waarin de overtreding heeft plaatsgevonden. ACM acht de omvang van de onderhavige markt voor internationale roaminggesprekken in de EU-zone niet van invloed op de ernst van de overtreding en licht dit als volgt toe.

Besluit Openbaar

107. Wat betreft de omvang van de markt overweegt ACM dat eindgebruikers beperkte keuzevrijheid hebben voor de roamingdiensten door de extra inspanningen die gepaard gaan met het afnemen van roamingdiensten bij een andere aanbieder. Indien een eindgebruiker kiest voor een andere aanbieder, dient deze eindgebruiker een extra abonnement af te sluiten in de te bezoeken EU-lidstaat dan wel in het land van herkomst. Voor zover eindgebruikers slechts gedurende een korte periode (vakantie, zakenreis) in het buitenland verblijven is het niet waarschijnlijk dat een aanvullend abonnement wordt afgesloten met uitsluitend tot doel lagere roamingtarieven.
108. ACM concludeert dat de belangen van eindgebruikers feitelijk zijn geschaad doordat de onderhavige overtredingen afbreuk doen aan het vertrouwen van de eindgebruiker in de effectiviteit van de Verordening. Deze omstandigheid kan bijdragen aan de conclusie dat die overtredingen ernstig zijn. De door eindgebruikers geleden financiële is in dit geval waarschijnlijk verwaarloosbaar, hetgeen weer meer in de richting wijst van overtredingen van een mindere ernst.

9.3.2 De levensfase waarin de markt op het moment van de overtredingen verkeerde of het aantal eindgebruikers dat door de overtredingen is getroffen

109. ACM merkt op dat de levensfase van de markt in het onderhavige geval niet relevant is. Het aantal eindgebruikers dat geraakt is door de onderhavige overtredingen is gering.
110. Derhalve concludeert ACM dat deze factor niet van invloed is, hetgeen wijst op minder ernstige overtredingen.

9.3.3 De daadwerkelijk marktmacht van de overtreder(s) om andere marktdeelnemers schade te berokkenen alsmede het aantal concurrenten

111. Deze omstandigheid acht ACM in de huidige weging niet van toepassing. De aard van het product maakt immers dat ACM het voorshands niet aannemelijk acht dat KPN met ten onrechte in rekening gebrachte roamingkosten of het hanteren van een te hoog roamingtarief in staat zal zijn om enige marktdeelnemer of een groep van marktdeelnemers schade te berokkenen.
112. ACM concludeert derhalve dat deze factor niet van invloed is, hetgeen wijst op minder ernstige overtredingen.

9.3.4 Andere omstandigheden zoals de aard van de betrokken producten of diensten

113. De aard van het product heeft ACM al gedeeltelijk hierboven belicht. Voor de meeste eindgebruikers wordt er slechts gedurende een relatief korte periode, namelijk een vakantie of

Besluit Openbaar

een zakenreis, gebruik gemaakt van de roamingdienst. In het algemeen krijgen de roamingdienst en de daarbij behorende tarieven dan ook geen speciale aandacht bij de keuze voor een mobiele aanbieder. De relatief kleine groep van zakelijke reizigers die veel in het buitenland verblijft zal mogelijk de keuze voor een mobiele aanbieder mede bepalen op grond van roamingtarieven. Echter, deze groep is relatief klein ten opzichte van de overige afnemers.

114. ACM concludeert dat de invloed van deze factor verwaarloosbaar is, en daarom wijst op minder ernstige overtredingen.

9.3.5 De onomkeerbaarheid van de gevolgen van de overtredingen

115. ACM acht de directe financiële gevolgen van de onderhavige overtredingen van artikel 4, tweede lid van de Verordening in beginsel omkeerbaar. Omdat KPN de schade – in casu het teveel gefactureerde – heeft gecrediteerd, is de schade ook in de praktijk omkeerbaar gebleken.
116. Zoals gezegd, schaden de onderhavige overtredingen naar het oordeel van ACM echter wel het vertrouwen van de eindgebruiker in de effectiviteit van de Verordening. Deze schade is niet zonder meer omkeerbaar door financiële compensatie aan te bieden. Het doel van de Verordening is om eindgebruikers te beschermen tegen (buitensporige) kosten voor het ontvangen van voicemailberichten, alsmede voor bellen en gebeld worden in het buitenland. Hierdoor mogen eindgebruikers er op vertrouwen dat ze, wanneer zij binnen de EU gebruik maken van roamingdiensten, beschermd zijn door de maximale tarieven die zijn vastgelegd in de Verordening. Juist dit vertrouwen in de werking van de Verordening wordt geschaad door het feit dat KPN bij haar eindgebruikers hogere tarieven in rekening heeft gebracht dan maximaal is toegestaan op basis van de Verordening (en ook kosten in rekening heeft gebracht voor het ontvangen van voicemailberichten terwijl dit ingevolge de Verordening in het geheel niet is toegestaan).
117. Volledigheidshalve wijst ACM erop dat met het in dit geval door KPN restitueren van onverschuldigd betaalde bedragen de door eindgebruikers geleden schade weliswaar is weggenomen, maar dat daarmee nog niet noodzakelijkerwijs het vertrouwen in de Verordening onaangetaast is gebleven. Dat het nodig was tot terugbetaling over te gaan, is immers een bevestiging van het feit dat naleving van de Verordening geen vanzelfsprekendheid is. Daarbij moet worden bedacht dat de aangerichte schade in het vertrouwen in de effectiviteit van de Verordening zich niet noodzakelijkerwijs beperkt tot de direct betrokken eindgebruikers.
118. ACM is daarom van oordeel dat deze factoren de onderhavige overtredingen (per saldo) ernstig maken.

Besluit Openbaar

9.3.6 Verwijtbaarheid

119. KPN heeft betoogd dat in dit geval door een operationele fout aan de betreffende zakelijke gebruikers ten onrechte (te hoge) roamingkosten in rekening zijn gebracht, en dat er geen sprake was van het bewust verkeerd hanteren van niet-toegestane tarieven. ACM is van oordeel dat gelet op de aard van de regelgeving en de terugkerende (jaarlijkse) tariefwijzigingen een deugdelijke controle om die regelgeving na te leven niet zou mogen ontbreken. ACM verwijt KPN in die zin dat zij de Verordening heeft overtreden.
120. ACM meent dat, naast het ontbreken van een controlesysteem, ook de aard van het product heeft bijgedragen aan de duur van de overtreding. Immers, door het gebrek aan controle bij eindgebruikers wordt een eventuele overtreding door hen niet snel opgemerkt. ACM is derhalve van oordeel dat de aard van het product in dit geval ook met zich meebrengt dat van KPN mag worden verlangd dat zij een deugdelijk controlesysteem hanteert om te voorkomen dat onjuiste roamingtarieven bij haar klanten in rekening worden gebracht.
121. Gelet hierop meent ACM dat de onderhavige overtredingen volledig aan KPN verwijtbaar zijn en dat deze omstandigheid voldoende zwaarwegend is om deze overtredingen – alles in ogenschouw nemende – uiteindelijk te beschouwen als ernstig.
122. ACM wijst er volledigheidshalve op dat het voorgaande in lijn is met de recente uitspraak van de Rechtbank Rotterdam waarnaar in randnummer 99 wordt verwezen. Daarin wordt geoordeeld dat het ontbreken van een werkend controlesysteem om de juistheid van de tarieven te waarborgen de aan de orde zijnde overtreding (van – net zoals in dit geval – artikel 4, tweede lid, van de Verordening) niet alleen verwijtbaar,⁶⁴ maar ook ernstig⁶⁵ maakt. Door de aard van het product wordt een onjuiste tariefstelling immers niet snel opgemerkt, zodat er vanuit de eindgebruikers nauwelijks signalen worden afgegeven om de thuisaanbieder opmerkzaam te maken op eventuele fouten. Dergelijke aanbieders dienen zelf op te letten dat de tarieven de door de Verordening gestelde maxima niet worden overschreden en daarvoor voorzorgsmaatregelen te treffen, aldus de rechtbank.

9.3.7 Conclusie ten aanzien van de ernst van de overtredingen in concreto

123. ACM concludeert op grond van het bovenstaande dat er in concreto sprake is van ernstige overtredingen. Bij een ernstige overtreding wordt de boetegrondslag vermenigvuldigd met een ernstfactor welke een waarde heeft van ten hoogste 2. ACM is vanwege de uiteindelijk minder ernstige economische gevolgen van de overtreding van oordeel dat in deze concrete situatie de ernstfactor 0,8 dient te zijn.

⁶⁴ Rb. Rotterdam 24 mei 2012, *ECLI:NL:RBROT:2012:BW6593*, r.o. 11 (*Tele2 Nederland B.V./OPTA*).

⁶⁵ *Idem*, r.o. 20.

Besluit Openbaar

9.4 Hoogte van de boete / boeteverhogende en -verlagende omstandigheden

124. Op grond van de boetebeleidsregels wordt de vaststelling van de hoogte van de boete in geval van een overtreding in de zin van artikel 15.4, tweede lid, van de Tw vastgesteld middels de volgende formule:

Boetegrondslag x ernstfactor + verhoging/verlaging voor bijkomende omstandigheden.

125. ACM hanteert een boetegrondslag van 10% van de bij de overtreding betrokken omzet van de desbetreffende onderneming.

9.4.1 Basisboete

9.4.1.1 Issue 164

126. De omzet die KPN heeft behaald in het kader van issue 164 van 1 juli 2010 tot en met 20 februari 2012 bedraagt € [vertrouwelijk]. 10% van deze omzet bedraagt € [vertrouwelijk]. Deze boetegrondslag wordt in de formule vermenigvuldigd met de ernstfactor; het product is de basisboete. In dit geval bedraagt de ernstfactor 0,8. Deze berekening leidt tot een bedrag van € [vertrouwelijk] als basisboete.

127. Met de Boetebeleidsregels heeft de minister van Economische Zaken niet alleen beoogd om geconstateerde overtredingen te bestraffen, maar bovendien ook om nieuwe overtredingen te voorkomen. Dat blijkt (onder meer) uit artikel 1.2 van de Boetebeleidsregels, waarin nadrukkelijk is bepaald dat de hoogte van de op te leggen boete toereikend moet zijn om volgende overtredingen door dezelfde overtreder te voorkomen (speciale preventie), alsmede om potentiële overtreeders te weerhouden van nieuwe, soortgelijke overtredingen (generale preventie).

128. Op grond van artikel 3.8, eerste lid, van de Boetebeleidsregels kan uit het oogpunt van de gewenste specifieke preventieve werking de basisboete worden aangepast in verband met het gewicht van de onderneming. Dit kan leiden tot een vereenvoudiging van het resultaat dat op basis van (een berekening) van de betrokken omzet en de factor wordt bereikt.

129. Om van de boete voldoende preventieve werking uit te laten gaan acht ACM het, gezien het gewicht van de bij de overtreding betrokken onderneming (in dit geval KPN), passend dat deze boete de hoogte van de betrokken omzet (meer) benadert. ACM past daarom de basisboete aan met een factor 2. Dit betekent dat de basisboete ter zake van issue 164 door ACM zal worden vastgesteld op € [vertrouwelijk].

Besluit Openbaar

9.4.1.2 Issue 171

130. De omzet die KPN heeft behaald in het kader van issue 171 in de periode van 1 juli 2011 tot 1 januari 2012 bedraagt € [vertrouwelijk]. 10% van deze omzet bedraagt € [vertrouwelijk]. Deze boetegrondslag wordt in de formule vermenigvuldigd met de ernstfactor. In dit geval bedraagt de ernstfactor 0,8. Deze berekening leidt tot een basisboete van € [vertrouwelijk].

131. Gelet op bovenstaande overwegingen inzake issue 164 acht ACM het eveneens passend de basisboete ter zake van issue 171 te vermenigvuldigen met een factor 2. Dit betekent dat de daarvoor te hanteren basisboete door ACM zal worden vastgesteld op € [vertrouwelijk].

9.4.2 Boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden

132. Na vaststelling van de basisboete, kan ACM bij de vaststelling van de boete boeteverhogende of -verlagende omstandigheden betrekken. De toepasselijkheid van een boeteverhogende of -verlagende omstandigheid kan leiden tot overschrijding van de bandbreedte van de toepasselijke boetecategorie in geval onverkorte handhaving van de boetemaxima onvoldoende recht doet aan het gewicht van de betrokken omstandigheid.

133. Hieronder zal ACM nader ingaan op de concrete boeteverhogende en boeteverlagende omstandigheden van dit geval.

9.4.2.1 Medewerking onderzoek

134. Naar het oordeel van ACM heeft KPN weliswaar haar medewerking verleend aan het onderzoek, maar is deze niet verder gegaan dan waartoe zij reeds was gehouden. ACM weegt de wijze waarop KPN aan het onderzoek heeft meegewerkt daarom noch als boeteverhogende noch als boeteverlagende omstandigheid mee.

9.4.2.2 Compliance Handvest

135. KPN en ACM hebben in het Compliance Handvest van 24 april 2008 een aantal basisafspraken opgenomen met betrekking tot de wijze waarop KPN daadwerkelijk en effectief invulling geeft aan haar eigen verantwoordelijkheid om de Tw na te leven. Hieronder valt mede de afspraak dat door KPN zelf geconstateerde overtredingen onverwijld en op eigen initiatief aan ACM worden gemeld en beëindigd en dat vermoedens van overtredingen onverwijld worden gemeld.

– *Issues 164 en 171: basisboeteverhoging met 20% wegens niet borging naleving regelgeving*

136. ACM merkt allereerst op dat compliance inhoudt dat de betreffende organisatie intern zodanig is ingericht dat de naleving van de bij en krachtens de regelgeving gestelde verplichtingen wordt bevorderd en geborgd. In het geval van KPN is dit streven – uitgewerkt in concrete afspraken –

Besluit Openbaar

ook vastgelegd in het Compliance Handvest. ACM stelt vast dat in het voorliggende geval de beheersmaatregelen van het (in het Compliance Handvest neergelegde) complianceprogramma van KPN blijkbaar niet naar behoren zijn geïmplementeerd, en er in elk geval niet toe hebben geleid dat KPN de in artikel 4, tweede lid van de Verordening neergelegde tariefverplichtingen effectief heeft nageleefd.

137. Gelet op het vorenstaande ziet ACM dan ook aanleiding om de omstandigheid dat KPN het Compliance Handvest onvoldoende heeft nageleefd, dan wel dat de daarin neergelegde afspraken in de praktijk onvoldoende zijn toegepast en derhalve in het voorliggende geval in onvoldoende mate effectief zijn gebleken, als een boeteverhogende omstandigheid mee te wegen. ACM past vanwege deze feiten (ten aanzien van beide issues) een verhoging van de basisboete met 20% toe.

– *Issue 164: basisboeteverhoging met 20% wegens (zeer) late melding*

138. Ter zake van issue 164 wordt de hierboven beschreven boeteverhogende omstandigheid KPN extra zwaar aangerekend, omdat dit issue ook nog eens veel te laat is gemeld aan OPTA/ACM. Issue 164 is immers reeds in het begin van oktober 2010 door een medewerker van KPN gesignaleerd (op 6 oktober 2010 is ook een rapport van het incident opgemaakt). Om onduidelijke redenen heeft KPN echter geen gevolg gegeven aan het incidentrapport, en is het incident niet gemeld bij ACM. Toen het incident op 22 juni 2011 opnieuw werd gesignaleerd, heeft het bijna een half jaar (tot 10 januari 2012) geduurd voor KPN het incident aan ACM meldde, en heeft het zeven maanden (tot en met 6 maart 2012) geduurd voor het incident volledig is hersteld. Daarbij komt dat de benodigde correctie in de billing systemen pas op 20 februari 2012 volledig is doorgevoerd.

139. ACM heeft begrip voor het feit dat er – zoals KPN ook betoogt – enige tijd mee is gemoed onderzoek te doen naar de feiten die ten grondslag liggen aan een issue. ACM ziet echter niet in waarom dit gegeven zou rechtvaardigen dat de melding van de overtreding in dit geval 15 maanden na het constateren daarvan heeft plaatsgevonden, en het herstel van de misstand 7 tot 16 maanden na ontdekking in beslag heeft genomen.

140. ACM past, gelet op het veel te laat melden van issue 164, ter zake van die overtreding een verhoging van de basisboete met 20% toe.

– *Issue 171: basisboeteverhoging met 20% wegens niet voorkomen issue 171, terwijl KPN al wist van issue 164*

141. Aangezien op 6 oktober 2010 en 22 juni 2011 reeds is gebleken dat in strijd met artikel 4, tweede lid, van de Verordening kosten in rekening werden gebracht aan een groep zakelijke klanten voor het ontvangen van voicemailberichten (tijdens roaming), had dit KPN extra alert moeten maken op het correct instellen – en nadien controleren – van (andere) roamingtarieven in haar billing systemen. Desalniettemin heeft KPN niet weten te voorkomen dat na 1 juli 2011

Besluit Openbaar

bij meerdere zakelijke klanten kosten in rekening worden gebracht voor inkomende en uitgaande roaminggesprekken die hoger waren dan toegestaan op grond van artikel 4, tweede lid, van de Verordening. Het feit dat KPN issue 171 – gelet op het voorgaande – niet heeft weten te voorkomen, vormt een omstandigheid op grond waarvan ACM het KPN in dit geval eveneens extra zwaar aanrekenet dat de beheersmaatregelen van het complianceprogramma niet effectief zijn geweest.

142. ACM past, gelet op het verwijtbaar niet voorkomen van issue 171, terwijl (het gelijksoortige) issue 164 reeds binnen de organisatie van KPN bekend was, ter zake van die overtreding een verhoging van de basisboete van 20% toe.

– *Tussenconclusie*

143. Gelet op het voorgaande past ACM ter zake van zowel issue 164 als issue 171 een boeteverhoging van (in totaal) 40% toe.

9.4.2.3 Zelfsignalering

144. KPN heeft de overtredingen uiteindelijk zelf gesignaleerd en op grond van het Compliance Handvest gemeld bij ACM. Deze melding heeft echter niet onverwijld plaatsgevonden. Issue 164 werd begin oktober 2010 ontdekt. Vervolgens werd dit issue herontdekt op 22 juli 2011. Het issue werd echter pas gemeld aan ACM op 10 januari 2012. Issue 171 werd ontdekt op 10 januari 2012 en niet aan ACM gemeld vóór 7 februari 2012. Het op deze wijze zelf signaleren en melden van overtredingen kan derhalve niet tot een boeteverlaging leiden, noch bij issue 164, noch bij issue 171.

9.4.2.4 Beëindiging van de overtredingen

145. KPN heeft zelf de overtredingen van de Verordening ontdekt. KPN heeft stappen genomen om de overtredingen te beëindigen.

– *Issue 164*

146. De beëindiging van issue 164 heeft 7 tot 16 maanden na ontdekking in beslag genomen. De beëindiging van issue 164 heeft derhalve niet onverwijld plaatsgevonden en leidt derhalve niet tot een boeteverlaging.

– *Issue 171*

147. Issue 171 is ontdekt op 10 januari 2012. Op 19 januari 2012 heeft KPN de roamingtarieven aangepast. Deze omstandigheid levert voor issue 171 naar het oordeel van ACM een boeteverlaging op van 20%.

Besluit Openbaar

9.4.2.5 Schadeloosstelling eindgebruikers

148. KPN heeft uit eigen beweging eindgebruikers schadeloos gesteld. KPN heeft haar eindgebruikers het te veel in rekening gebrachte gecrediteerd, vermeerderd met de daarover verschuldigde wettelijke rente. Er is geen sprake van andere schade aan derden, zoals bijvoorbeeld concurrenten, die KPN eventueel had kunnen schadeloosstellen.
149. ACM is daarom van oordeel dat de hierboven beschreven omstandigheden als boetematigende factor meegewogen moet worden en (ten aanzien van zowel issue 164 als issue 171) tot een boeteverlaging van 20% moet leiden.

9.5 Conclusie

150. ACM neemt het feit dat het Compliance Handvest door KPN in dit geval niet naar behoren is nageleefd in aanmerking als boeteverhogende omstandigheid. Dat overtreding issue 171 door KPN onverwijld is beëindigd, en dat de getroffen klanten voor zowel issue 164 als issue 171 schadeloos zijn gesteld, neemt ACM in aanmerking als boeteverlagende omstandigheid.
151. Op grond van het bovenstaande acht ACM het redelijk dat de totale hoogte van de boete zoals hierboven berekend, zijnde € 12.732,59 (€ [vertrouwelijk] voor issue 164 plus € [vertrouwelijk] voor issue 171), als gevolg van de boeteverlagende en boeteverhogende omstandigheden per saldo voor issue 164 met 20% wordt verhoogd en voor issue 171 noch wordt verlaagd, noch wordt verhoogd. In totaal bedraagt de op te leggen boete derhalve € [vertrouwelijk] 14.280,29 (€ [vertrouwelijk] voor issue 164 plus € [vertrouwelijk] voor issue 171). Na afronding ingevolge artikel 1.4 van de Boetebeleidsregels bedraagt de totale boete € 14.000.

Besluit Openbaar

10 Besluit

152. De Autoriteit Consument en Markt:

- I. stelt vast dat KPN B.V. artikel 4, tweede lid, van de Verordening nr. 544/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 (Roaming Verordening) heeft overtreden, door in strijd met die bepaling:
 - in de periode van 1 juli 2010 tot en met 20 februari 2012 aan zakelijke klanten kosten in rekening te brengen voor het ontvangen van voicemailberichten tijdens roaming;
 - in de periode van 1 juli 2011 tot en met 31 december 2011 aan zakelijke klanten hogere tarieven dan toegestaan in rekening te brengen voor uitgaande en inkomende roamingoproepen;
- II. rekent de onder I. genoemde overtreding(en) volledig toe aan KPN B.V.;
- III. legt voor de onder I. onder a vermelde overtreding(en) aan KPN B.V. een boete op van in totaal EUR 14.000.

Datum: 19 maart 2014

Autoriteit Consument en Markt,
namens deze,

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

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, Directie 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 administratieve rechter.

31/31