



**BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN
EN TELECOMMUNICATIE**

B I P T

**VERTALING VAN DE NIET-VERTROUWELIJKE VERSIE VAN HET
BESLUIT VAN DE RAAD VAN HET BIPT VAN 30 MEI 2016
BETREFFENDE HET OPLEGGEN VAN EEN ADMINISTRATIEVE BOETE AAN
SKYPE COMMUNICATIONS SARL WEGENS NIET-NALEVING VAN ARTIKEL 9,
§ 1, VAN DE WET VAN 13 JUNI 2005 BETREFFENDE DE ELEKTRONISCHE
COMMUNICATIE**

INHOUDSOPGAVE

1. Betreft	3
2. Context en regelgevend kader	3
2.1. CONTEXT	3
2.2. REGELGEVEND KADER.....	3
3. Gevolgde procedure	4
4. Analyse van het BIPT	5
4.1. MEEGEDEELDE GRIEF	5
4.2. STANDPUNT VAN SKYPE TEN AANZIEN VAN DE MEEGEDEELDE GRIEF EN VAN HET ONTWERPBESLUIT	8
4.3. BEOORDELING DOOR HET BIPT	11
4.4. BESLUIT BETREFFENDE DE NALEVING VAN ARTIKEL 9, § 1, VAN DE WEC.....	15
5. Motivering van het BIPT betreffende het opleggen van de boete en de bepaling van het bedrag ervan	15
5.1. MOTIVERING BETREFFENDE HET OPLEGGEN VAN EEN BOETE	15
5.2. BEOOGD BEDRAG VAN DE ADMINISTRatieve BOETE MEEGEDEELD AAN SKYPE.....	15
5.2.1 <i>Standpunt van Skype ten aanzien van het opleggen van een administratieve boete en het beoogde bedrag ervan</i>	16
5.2.2 <i>Reactie van het BIPT op het standpunt van Skype betreffende het opleggen van een administratieve boete en het beoogde bedrag ervan</i>	17
5.3. BEREKENING VAN DE ADMINISTRatieve BOETE	19
5.3.1 <i>Algemeen</i>	19
5.3.2 <i>Bepaling van het basisbedrag</i>	19
A. Omzet op de betrokken markt.....	19
B. Duur van de inbreuk.....	20
C. Ernst van de inbreuk	20
D. Conclusie.....	21
5.3.3 <i>Boeteverhogende en boeteverlagende factoren</i>	21
A. Verzwarende omstandigheden.....	21
Opzettelijke inbreuk.....	21
Voortzetting van de inbreuk.....	22
Slechte medewerking van Skype.....	22
B. Verzachtende omstandigheden.....	22
C. Conclusie.....	22
5.3.4 <i>Noodzaak om de boete een afschrikkend karakter te geven</i>	22
5.3.5 <i>[weglating vertrouwelijke passage]</i>	23
6. Besluit	23
7. Samenwerkingsakkoord	23
8. Beroepsmogelijkheden	24

1. Betreft

1. Via dit besluit stelt het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (hierna "het BIPT") vast dat er in hoofde van Skype Communications SARL (hierna "Skype") een inbreuk bestaat wat betreft de niet-naleving van artikel 9, § 1, van de wet van 13 juni 2005 *betreffende de elektronische communicatie* (hierna "WEC") wegens de dienst "SkypeOut" en legt het een administratieve boete op, overeenkomstig artikel 21 van de wet van 17 januari 2003 *met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector* (hierna "statuutwet").

2. Context en regelgevend kader

2.1. Context

2. Met de brieven van 11 mei 2011 en 9 augustus 2011 heeft het BIPT Skype attent gemaakt op de verplichting tot kennisgeving zoals bepaald in artikel 9, § 1, van de WEC en Skype verzocht over te gaan tot deze kennisgeving. Skype heeft per brief van 24 augustus 2011 geantwoord niet verplicht te zijn tot deze kennisgeving aangezien het naar eigen zeggen geen elektronische-communicatiedienst (hierna "ECD") levert. Toen het eerste semester van 2013 voorbij was, heeft het BIPT vastgesteld dat Skype nog steeds geen kennisgeving gedaan had. Per brief van 14 augustus 2013 heeft het BIPT Skype opnieuw op zijn kennisgevingsverplichting gewezen. Skype heeft per brief van 13 december 2013 geantwoord dat het naar eigen mening nog steeds niet onder deze verplichting viel. Dit standpunt is Skype op het BIPT komen toelichten op 12 maart en 1 juli 2014. Op deze laatste vergadering heeft Skype een technische toelichting van de werking van zijn dienst gepresenteerd. Per e-mail van 3 juli 2014 heeft het BIPT de schriftelijke versie van deze toelichting gevraagd. Op 12 augustus 2014 heeft Skype deze schriftelijke versie opgestuurd.

2.2. Regelgevend kader

3. Artikel 21, §§ 1 tot 7, van de statuutwet, bepaalt:

"Art. 21. § 1. Indien de Raad over een reeks aanwijzingen beschikt die zouden kunnen wijzen op een overtreding van de wetgeving of reglementering waarvan de naleving door het Instituut wordt gecontroleerd of van de besluiten van het Instituut genomen ter uitvoering van die wetgeving of reglementering, deelt hij in voorkomend geval zijn grieven mee aan de betrokkene, alsook de beoogde maatregelen bedoeld in paragraaf 5 die toegepast zullen worden, indien de overtreding bevestigd wordt.

§ 2. De Raad stelt de termijn vast waarover de betrokkene beschikt om het dossier te raadplegen en zijn schriftelijke opmerkingen voor te leggen. Deze termijn mag niet korter zijn dan tien werkdagen.

§ 3. De betrokkene wordt uitgenodigd om te verschijnen op de datum die door de Raad wordt vastgesteld en per aangetekende brief wordt meegedeeld. Hij mag zich laten vertegenwoordigen door de raadsman van zijn keuze.

§ 4. De Raad kan elke persoon horen die een nuttige bijdrage kan leveren tot zijn informatie, hetzij ambtshalve, hetzij op verzoek van de betrokkene.

§ 5. Indien de Raad een overtreding constateert, kan hij in een of meer besluiten, een of meer van de volgende maatregelen aannemen:

1° het bevel om een eind te maken aan de overtreding, hetzij onmiddellijk, hetzij binnen de redelijke termijn die hij bepaalt, voor zover deze overtreding niet is stopgezet.

1°/1 voorschriften in verband met de manier waarop de overtreding ongedaan moet worden gemaakt;

2° de betaling binnen de termijn bepaald door de Raad van een administratieve boete die aan de Schatkist toekomt ten bedrage van maximaal 5.000 euro voor natuurlijke personen en van maximaal 5 % van de omzet van de overtreder gedurende het jongste volledige boekjaar in de sector voor elektronische communicatie of voor postdiensten in België of, indien de overtreder geen activiteiten ontwikkelt waarmee een omzet wordt behaald, ten bedrage van maximaal 1.000.000 euro voor rechtspersonen;

3° het bevel om de levering van een dienst of dienstenpakket die bij voortzetting zou leiden tot een aanzienlijke verstoring van de mededinging, te staken of op te schorten zolang de toegangsverplichtingen die na een marktanalyse uitgevoerd overeenkomstig de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie zijn opgelegd, niet worden nageleefd op de wijze bepaald door de Raad.

Bij gebrek aan gegevens over de in het tweede lid, 2°, bedoelde omzet, kan het Instituut een omzet bepalen op basis van gegevens verkregen van derden of op basis van de omzet van een vergelijkbare persoon.

§ 6. Indien de overeenkomstig paragraaf 5 genomen maatregelen niet hebben geleid tot de stopzetting van de overtreding, kan de Raad, na het volgen van de procedure bepaald in de paragrafen 1 tot 5, een administratieve boete opleggen waarvan het bedrag of het percentage maximaal het dubbele is van het bedrag of het percentage vermeld in paragraaf 5, tweede lid, 2°.

§ 7. Indien de maatregelen die overeenkomstig paragraaf 5 worden genomen, de overtreding niet hebben kunnen verhelpen en als het gaat om een ernstige of herhaalde overtreding kan de Raad bovendien:

1° de toegekende gebruiksrechten, waarvan de voorwaarden niet nageleefd werden, opschorten of intrekken of

2° de volledige of gedeeltelijke opschorting bevelen van de exploitatie van het netwerk of van de levering van de betrokken dienst, alsook van het te koop aanbieden of het gebruik van alle betreffende diensten of producten."

4. Dit besluit wordt genomen overeenkomstig artikel 21.

3. Gevolgde procedure

5. Per brief van 23 december 2014 heeft het BIPT aan Skype zijn grieven meegedeeld met betrekking tot de niet-naleving van artikel 9, § 1, van de WEC en de beoogde maatregelen in dit verband. De grieven hebben meer bepaald betrekking op de dienst SkypeOut¹. Tevens werd Skype uitgenodigd om zijn schriftelijke commentaar mee te delen en om te verschijnen op de hoorzitting met de Raad van het BIPT op 12 februari 2015. Skype heeft op 29 januari 2015 zijn schriftelijke commentaar aan het BIPT bezorgd en is verschenen op de hoorzitting van 12 februari 2015. Per brief van 1 februari 2016 werd een nieuw ontwerpbesluit aan Skype voorgelegd. Per brief van 23 februari 2016 heeft Skype zijn commentaar op dat nieuwe ontwerpbesluit overgezonden. Skype heeft bovendien opnieuw de gelegenheid gekregen om mondeling zijn standpunt uiteen te zetten op 7 maart 2016, wat het ook gedaan heeft. Aangezien de hoorzitting van 12 februari 2015 dateerde en er in het ontwerpbesluit een ander omzetcijfer vermeld werd dan in de aanvankelijke brief met grieven (van 23 december 2014) stond, heeft het BIPT er de voorkeur aan gegeven om Skype een nieuwe gelegenheid te geven om zijn standpunt uit te drukken, zowel mondeling als schriftelijk. De brief met grieven van 23

¹ Hiermee is het mogelijk naar vaste en mobiele nummers te bellen.

december 2014 bevatte immers enkel een schatting door het BIPT van de omzet van Skype voor België, aangezien Skype had geweigerd om deze omzet mee te delen aan het BIPT. Op basis van een nieuwe btw-wetgeving die in 2015 van kracht was, beschikte de btw-administratie evenwel daadwerkelijk over deze gegevens vanaf het verstrijken van het eerste kwartaal van 2015. Het feit dat dit omzetcijfer pas in december 2015 ter kennis kwam van het BIPT via de btw-administratie en niet via Skype, dat nog steeds weigerde dit mee te delen, verklaart de lange periode tussen de datum van het eerste en die van het tweede ontwerpbesluit van het BIPT (zie de punten 5.2 en 5.3.2.A voor meer informatie hierover).

6. In zijn brief van 23 februari 2016 verwijst Skype naar het ontwerp van rapport van oktober 2015 van het Orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (hierna "BEREC") over de OTT-diensten². Tijdens de hoorzitting op 7 maart 2016 heeft Skype gevraagd om bijkomende commentaar te mogen geven op het definitieve rapport van BEREC, dat ondertussen gepubliceerd werd. Het BIPT heeft met dat verzoek van Skype ingestemd en hiervoor een termijn van twee weken toegestaan. Per brief van 21 maart 2016 heeft Skype zijn commentaar overgezonden.

4. Analyse van het BIPT

4.1. Meegedeelde grief

7. De motivering op grond waarvan de grief werd meegedeeld, en die de basis van dit besluit vormt, is de volgende (*vrije vertaling uit het Frans*):

"2.1. De overtreden bepaling

Artikel 9, § 1, van de WEC bepaalt:

"Art. 9. § 1. Het aanbieden of het doorverkopen in eigen naam en voor eigen rekening van elektronische-communicatiediensten of -netwerken kan, onverminderd de bepalingen van artikel 39, pas aangevat worden na een kennisgeving aan het Instituut die de volgende elementen bevat :

- 1° de naam, het adres, het BTW- en handelsregisternummer van de aanbieder of een vergelijkbaar identificatienummer dat deze gegevens op een rechtsgeldige manier bundelt;*
 - 2° de contactpersoon met het Instituut;*
 - 3° een bondige en precieze beschrijving van zijn dienst of netwerk;*
 - 4° de datum waarop de activiteiten vermoedelijk van start gaan.*
- De kennisgeving geschiedt per aangetekende zending."*

Artikel 2, 3°, van de WEC bepaalt:

" 3° " elektronische-communicatienetwerk " : de transmissiesystemen en, in voorkomend geval, de schakel- of routeringsapparatuur en andere middelen, waaronder netwerkelementen die niet actief zijn, die het mogelijk maken signalen over te brengen via draad, radiogolven, optische of andere elektromagnetische middelen waaronder satellietnetwerken, vaste (circuit- en pakketgeschakelde, met inbegrip van internet) en mobiele terrestrische netwerken, elektriciteitsnetten, voorzover zij worden gebruikt voor de transmissie van andere signalen dan radio-omroep- en televisiesignalen;"

² Over-The-Top.

Artikel 2, 5°, van de WEC bepaalt:

“5° " elektronische-communicatiedienst " : een gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen, waaronder schakel- en routeringsverrichtingen, van signalen via elektronische communicatienetwerken, met uitzondering van (a) de diensten waarbij met behulp van elektronische communicatienetwerken en -diensten overgebrachte inhoud wordt geleverd of inhoudelijk wordt gecontroleerd, met uitzondering van (b) de diensten van de informatiemaatschappij zoals omschreven in artikel 2 van de wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, die niet geheel of hoofdzakelijk bestaan uit het overbrengen van signalen via elektronische communicatienetwerken en met uitzondering van (c) radio-omroep en televisie;”

2.2. Toepassing op Skype

2.2.1 Aanwezigheid van een elektronische-communicatiedienst

Het BIPT stelt vast dat er een elektronische-communicatiedienst wordt verstrekt in de zin van artikel 2, 5°, van de WEC. De verschillende elementen van de definitie van elektronische-communicatiedienst in de zin van dat artikel worden hieronder vermeld:

- 1) *“een gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst”*

SkypeOut wordt tegen vergoeding aangeboden.

- 2) *“die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen”*

SkypeOut maakt het mogelijk oproepen te doen naar nummers van een nummerplan zodat het gaat om het overbrengen van signalen.

Het feit dat VoIP³-aanbieders een elektronische-communicatiedienst kunnen aanbieden indien er toegang is tot het nummerplan (dus meer dan een webapplicatie die onder de uitzondering van inhoud valt) wordt bevestigd in een studie van de EC⁴ (het BIPT onderstreept):

“Indeed, many VoIP providers⁽⁵⁴⁾ can be classified as providers of publicly available electronic communications services (or of the subset of publicly available telephone services), and thus should currently already take the necessary measures to manage the risks posed to the security of their services. This is however not the case for VoIP services that offer machine-to-machine communications essentially only consisting of the provision of a product (in casu a software program), without having a genuine function in the transport of IP packets between its users. Indeed, these « do not consist wholly or mainly in the conveyance of signals on electronic communication networks », and are thus not considered to be an electronic communications service.

(54) Namely those providing services where there is access to and from numbers in a national or international telephone numbering plan”.

Vrije vertaling:

³ Voice over Internet Protocol.

⁴ Impact assessment of possible measures to enhance cooperation, coordination and information exchange in the area of Internet Security between Member States and stakeholders, including across sectors, in the EU, SMART n° 2012/0002, Final Study Report, November 20th, 2012.

" Veel VoIP-providers⁽⁵⁴⁾ kunnen immers worden gerangschikt bij de aanbieders van openbare elektronische-communicatiediensten (of van de subcategorie van openbare telefoondiensten), en zouden dus nu al de nodige maatregelen moeten nemen om de risico's voor de veiligheid van hun netwerken te beheren. Dat is echter niet het geval voor de VoIP-diensten die machine-to-machinecommunicatie mogelijk maken, die hoofdzakelijk bestaan uit de levering van een product (in casu een programma), zonder een echte functie te hebben in het transport van IP-pakketten tussen de gebruikers ervan. Zij "bestaan immers niet geheel of hoofdzakelijk in het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken" en worden dus niet beschouwd als elektronische-communicatiediensten.

(54) Met name zij die diensten verstrekken met toegang tot en vanuit nummers die uit een nationaal of internationaal telefoonnummerplan komen".

Skype geeft dit zelf aan in zijn brief van 13 december 2013:

"The fact that communications terminate (via third-party duly authorised electronic communications network operators) to numbers which are part of the Belgian numbering plan... "

"Transmission of signals is ensured... "

Vrije vertaling:

"Het feit dat de communicatie wordt afgegeven (via derde operatoren van behoorlijk vergunde elektronische-communicatienetwerken) op nummers uit het Belgische nummerplan ..."

"De overbrenging van de signalen wordt gegarandeerd ..."

3) *"via elektronische-communicatienetwerken"*

Skype geeft zelf aan dat er aan de dienst operatoren van openbare netwerken te pas komen voor de overbrenging van signalen (zie zijn brief van 13 december 2013): *"Transmission of signals is ensured by the Skype user's Internet access provider and by third-party operators of public electronic networks providers,..."*. Vrije vertaling: *"De overbrenging van de signalen wordt gegarandeerd door de internetprovider van de Skype-gebruiker en door derde operatoren van openbare elektronische netwerken, ..."*. Ook in de vergadering van 1 juli 2014 had het verklaard dat de communicatie verloopt via het PSTN⁵-netwerk.

De dienst aangeboden via SkypeOut voldoet dus aan de definitie van een elektronische-communicatiedienst. We bevinden ons ook niet in één van de genoemde uitzonderingsgevallen. Noch in het geval van het leveren van inhoud (uitzondering onder (a)), zoals Skype beweert⁶. Het BIPT erkent dat wanneer het gaat om een loutere applicatie die de gebruikers ervan in staat stelt om van computer tot computer te communiceren, er geen aangifte nodig is. In dat geval wordt geen gebruik gemaakt van een nummerplan. Het gaat om een netwerkapplicatie, d.w.z. software waarvan de toepassing niet gericht is op het tot stand brengen en in stand houden van netwerkverbindingen noch netwerktransport.

⁵ Public switched telephone network.

⁶ In zijn reactie op de brief met grieven heeft Skype laten weten dat het van oordeel was dat het niet onder de uitzondering van inhoud viel in de definitie van ECD in artikel 2, 5°, a) van de WEC, maar wel onder de uitzondering van diensten van de informatiemaatschappij volgens artikel 2, 5°, b) (zie verder in punt 4.2, 9).

2.2.2 Skype verstrekt de elektronische-communicatiedienst

Een argument van Skype om aan te tonen dat het geen elektronische-communicatiedienst levert is dat het de elementen van de elektronische-communicatiedienst (waarvan het dus wel toegeeft dat ze aanwezig zijn) niet zelf verstrekt, maar dat dit via derden gebeurt (zie zijn brief van 13 december 2013): *"Skype is simply software that an end user downloads over the Internet. Skype does not perform or provide the transmission of signals which is a necessary component of providing electronic communications services. Skype does not own or operate an electronic communications network. In no case does Skype provide Internet access or transport traffic on public electronic communications networks."*. Vrije vertaling: *"Skype is gewoon een programma dat een eindgebruiker downloadt van het internet. Skype voert de overbrenging van signalen niet uit of verstrekt die niet, hetgeen een noodzakelijk element is voor de verstrekking van elektronische-communicatiediensten. Skype bezit of exploiteert geen elektronische-communicatienetwerk. Skype verstrekt in geen geval de internettoegang, noch het transport via openbare elektronische-communicatienetwerken."*

Volgens artikel 9 van de WEC is de kennisgeving echter ook vereist voor het doorverkopen van een dienst indien dit in eigen naam en voor eigen rekening gebeurt aangezien dit doorverkopen op hetzelfde neerkomt als het aanbieden van de dienst. Uit de website van Skype (www.skype.com) blijkt duidelijk dat Skype de dienst in eigen naam en voor eigen rekening aanbiedt aangezien de klant Skype-tegoed kan kopen of een abonnement kan nemen. Er is sprake van *"overeenkomst met Skype/relatie met Skype"*, zie gebruiksvoorwaarden⁷. Skype is dus duidelijk verantwoordelijk voor het aanbieden van de dienst en is het aanspreekpunt voor de klant⁸. Het maakt dus weinig uit dat Skype een beroep doet op derden om op technisch vlak bepaalde elementen van de dienst te leveren.

2.2.3 De dienst wordt aangeboden in België

Personen die zich in België bevinden kunnen van de dienst gebruikmaken zodat deze in België wordt aangeboden.

2.3. Conclusie

Aangezien Skype in eigen naam en voor eigen rekening een elektronische-communicatiedienst aanbiedt in België, is het krachtens artikel 9, § 1, van de WEC verplicht een kennisgeving bij het BIPT te doen."

4.2. Standpunt van Skype ten aanzien van de meegedeelde grief en van het ontwerpbesluit

8. Het standpunt dat Skype naar voren bracht in zijn schriftelijke commentaar en op de hoorzittingen kan als volgt worden samengevat.

8. 1. Het standpunt van het BIPT verbaast Skype omdat het tot de ontvangst van de brief met grieven van het BIPT nooit een antwoord heeft ontvangen waarom het standpunt van Skype niet aanvaard wordt.

⁷ Versie geldig ten tijde van de brief met grieven; ondertussen is er een nieuwe versie gepubliceerd met gelijkaardige vermeldingen in punt 10 en punt 13, d, zie <https://www.microsoft.com/nl-be/servicesagreement/>.

⁸ Zie in dit verband ook het arrest van het Hof van Justitie (Tweede kamer) van 30 april 2014 in zaak C-475/12, punt 43: *"In dit verband zij opgemerkt dat de omstandigheid dat het signaal wordt overgebracht door middel van infrastructuur die niet aan UPC toebehoort, niet relevant is voor de beoordeling van de aard van de dienst. Dienaangaande is immers alleen van belang dat UPC jegens de eindgebruikers aansprakelijk is voor het overbrengen van het signaal waardoor die eindgebruikers de aanbieding wordt gewaarborgd van de dienst waarop zij zich hebben geabonneerd."*

8. 2. Skype is geen leverancier van een ECD omdat het geen signalen overbrengt. Oproepen uitvoeren naar nummers is geen bepalend element. Volgens een werkdocument van de Europese Commissie (hierna "EC") van 14 juni 2004 betreffende de behandeling van VoIP in het Europese regelgevingskader⁹ vallen VoIP-diensten onder het regelgevende kader met betrekking tot elektronische communicatie wanneer die toegang verschaffen tot of vanaf E.164-nummers (zie punt 3 van het document). Het document spreekt zich niet uit over het statuut van VoIP-diensten die enkel de toegang tot deze nummers verschaffen.

Skype geeft aan dat de geciteerde studie van de EC¹⁰ (punt 2.2.1 van de brief met grieven) geen rechtskracht heeft en dat Skype niet onder het begrip VoIP-leverancier valt omdat de applicatie van Skype niet in de overbrenging van signalen voorziet. Noch de Europese richtlijnen noch de Belgische wet spreken van gebruik van het nummerplan als bepalend element in de verstrekking van een ECD.

8. 3. Aan Skype zijn geen nummers van het Belgische nummerplan toegewezen.

8. 4. Skype brengt fysiek geen signalen over en kan daarom niet verantwoordelijk worden gesteld voor het overbrengen van de signalen.

De definitie van ECD in de Kaderrichtlijn¹¹ veronderstelt dat een leverancier van een ECD een fysieke infrastructuur exploiteert en houdt geen aspect van doorverkopen in. De toevoeging van doorverkoop in de Belgische wetgeving is een verkeerde interpretatie van de richtlijn. Met doorverkopen worden situaties zoals bij MVNO's¹² beoogd, maar niet de dienst SkypeOut, die door Skype wordt aangeboden. Zie voorbereidende werken van de WEC¹³, blz. 32: *"Doorverkopers bieden zelf geen eigen communicatiedienst of -netwerk aan, maar verkopen de dienst van een operator door aan eindgebruikers."*

Skype biedt een dienst aan waarbij derden zorgen voor de overbrenging van signalen en niet Skype zelf. Skype verwijst naar een artikel uit de New York Times¹⁴ alsook naar een persbericht van BEREK¹⁵.

8. 5. De voornoemde studie van de EC zegt dat het overbrengen een fysieke daad is. VoIP van machine tot machine houdt geen reële functie in van transport. Dat is ook zo bij SkypeOut.

8. 6. Volgens arrest C-475/12 van het Hof van Justitie van de Europese Unie (hierna "HvJEU")¹⁶ geciteerd in de brief met grieven kan een entiteit enkel maar beschouwd worden als signalen overbrengend als die entiteit tegenover de eindgebruikers verantwoordelijk is voor de overbrenging van het signaal (zie § 43: *"43. In dit verband zij opgemerkt dat de omstandigheid*

⁹ COMMISSION STAFF WORKING DOCUMENT on The treatment of Voice over Internet Protocol (VoIP) under the EU Regulatory Framework, 14 June 2004.

¹⁰ Impact assessment of possible measures to enhance cooperation, coordination and information exchange in the area of Internet Security between Member States and stakeholders, including across sectors, in the EU, SMART n° 2012/0002, Final Study Report, November 20th, 2012.

¹¹ Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten ("Kaderrichtlijn"), PB nr. L 108 van 24/04/2002, blz. 33.

¹² Mobile Virtual Network Operator.

¹³Zie www.dekamer.be, wetsontwerp van 4 november 2004 betreffende de elektronische communicatie, doc 51, 1425/001.

¹⁴ <http://www.nytimes.com/2010/02/18/technology/18voip.html?%20r=1&r=1>

¹⁵ http://berec.europa.eu/doc/2012/TMI_press_release.pdf

¹⁶ HvJEU, 30 april 2014, UPC DTH Sàrl tegen Nemzeti Média- és Hírközlési Hatóság Elnökhelyettese, C-475/12, nog niet gepubliceerd in de Jurispr.

dat het signaal wordt overgebracht door middel van infrastructuur die niet aan UPC¹⁷ toebehoort, niet relevant is voor de beoordeling van de aard van de dienst. Dienaangaande is immers alleen van belang dat UPC jegens de eindgebruikers aansprakelijk is voor het overbrengen van het signaal waardoor die eindgebruikers de aanbidding wordt gewaarborgd van de dienst waarop zij zich hebben geabonneerd.”).

Om te bepalen of een dienst een ECD uitmaakt, dient men te bekijken wie verantwoordelijk is t.a.v. de eindgebruiker voor het overbrengen van signalen. Skype verwerpt elke aansprakelijkheid voor de overbrenging van signalen, alsook de doorverkoop zoals het aangeeft in de Gebruiksvoorwaarden¹⁸ in § 12.2 (*"noch garandeert Skype enige verbinding met of overdracht vanaf internet, of kwaliteitsnormen voor gesprekken die worden gevoerd via de software"*) en § 5.9 (*"Skype aanvaardt geen verantwoordelijkheid voor verstoringen, onderbrekingen of vertragingen die worden veroorzaakt door falen van of tekortkomingen in genoemde zaken¹⁹ of andere zaken waarover wij geen controle hebben"*).

8. 7. Arrest C-475/12 dateert van april 2014 terwijl de brief met grieven aangeeft dat de inbreuk zou bestaan vanaf oktober 2013, dus voorafgaand aan het arrest.

8. 8. Skype levert geen dienst in België. Skype is de leverancier van een applicatie en is gevestigd in Luxemburg. Volgens het HvJEU betekent het eenvoudige gebruik van een website door een handelaar met als doel handel te drijven niet ipso facto dat de activiteit gericht is op de lidstaat vanuit dewelke men er toegang toe kan hebben. Skype verwijst daarbij naar het arrest van het HvJEU C-585/08 en C-144/09²⁰ en verordening 593/2008²¹. Ook uit het gebruik van de Nederlandse taal op de website van Skype kan niet worden afgeleid dat de activiteiten moeten worden beschouwd als zijnde op België gericht. Het HvJEU bevestigt uitdrukkelijk dat het criterium van de gebruikte taal geen bepalende rol zou kunnen spelen om het land vast te stellen waarop een activiteit gericht is. Skype onderstreept dat het HvJEU daarentegen vermeldt: *"De gebruikte taal of munteenheid is volgens de in punt 11 van het onderhavige arrest genoemde gezamenlijke verklaring van de Raad en de Commissie, die is overgenomen in punt 24 van de considerans van verordening nr. 593/2008, niet relevant voor de beoordeling van de vraag of een activiteit op één of meerdere andere lidstaten gericht is."* Bovendien komt het Nederlands dat op de site van Skype wordt gebruikt niet overeen met het klassieke Vlaamse Nederlands. De naam "Janneke" (als voornaam van een fictieve persoon) is bijvoorbeeld een naam die typisch is voor Nederland, maar niet voor Vlaanderen. Bovendien gebruikt de website van Skype de term "alarmnummers" terwijl de typische Vlaamse term "noodoproepen" zou zijn. Het BIPT past dus, volgens Skype, de wetgeving te breed toe door ervan uit te gaan dat Skype diensten aanbiedt in België.

8. 9. Skype wil niet gezegd hebben dat het onder de uitzondering van inhoud valt van ECD (art. 2, 5°, a) van de WEC) maar wel onder de uitzondering van diensten van de informatiemaatschappij (art. 2, 5°, b) van de WEC).

¹⁷ UPC DTH Sàrl.

¹⁸ Versie geldig ten tijde van de brief met grieven; ondertussen is er een nieuwe versie gepubliceerd.

¹⁹ Genoemde zaken (in de voorgaande zin) zijn: "uw lokale netwerk, uw firewall, uw internetprovider, het openbare internet, het openbare telefoonnetwerk en uw stroomvoorziening".

²⁰ HvJEU, 7 december 2010, Peter Pammer tegen Reederei Karl Schlüter GmbH & Co. KG en Hotel Alpenhof GesmbH tegen Oliver Heller, C-585/08 en C-144/09, Jur. HvJEU 2010 I-12527.

²¹ Verordening (EG) nr. 593/2008 van het Europees Parlement en de Raad van 17 juni 2008 inzake het recht dat van toepassing is op verbintenissen uit overeenkomst (Rome I), PB L 177, blz. 6.

8. 10. Skype verwijst naar het “Report on OTT services” van BEREC van januari 2016²². Volgens Skype erkent het rapport van BEREC het bestaan van een ambiguïteit met betrekking tot de toepasselijkheid van het huidige regelgevende kader betreffende ECD op aanbiedingen zoals die van Skype en stelt het met bezorgdheid vast dat daarover uiteenlopende interpretaties zijn tussen de lidstaten. Het samen lezen van de definitie van ECD met de jurisprudentie van het HvJEU waarin deze definitie wordt verduidelijkt, maakt het niet mogelijk om de vraag van de toepasselijkheid daarvan op specifieke diensten op te lossen (blz. 21 van het rapport). BEREC erkent tevens dat er uiteenlopende interpretaties en benaderingen blijven bestaan over de OTT-diensten waarmee oproepen kunnen worden gedaan naar de openbare telefoondienst - PATS²³ - (blz. 20). Gelet op die ambiguïteit beveelt BEREC daarom als algemene oplossing, die bevorderlijk is voor het ultieme doel van harmonisatie, aan dat de definitie van ECD wordt herbekeken of op zijn minst verduidelijkt door de Europese medewetgevers in het kader van de herziening van het Europese regelgevingskader betreffende de elektronische communicatie (blz. 37).

Omwille van de harmonisatie spoort Skype het BIPT onder andere aan om het tegen Skype gerichte besluit niet aan te nemen. Een efficiëntere oplossing voor België zou erin bestaan samen met de andere lidstaten te werken aan de herziening en de verduidelijking van het huidige Europese regelgevingskader dat van toepassing is op elektronische communicatie. Op die manier zou Skype op dezelfde manier behandeld worden als zijn concurrenten. Deze aanpak zou de voorkeur moeten krijgen boven de aanpak waarbij men zich enkel op Skype richt, met uitsluiting van zijn concurrenten.

4.3. Beoordeling door het BIPT

9. Hieronder volgt de beoordeling door het BIPT van de argumenten van Skype. Op elk element dat is aangehaald in punt 4.2 antwoordt het BIPT als volgt²⁴.

9. 1. In tegenstelling tot wat Skype beweert, heeft het BIPT wel degelijk de redenen vermeld waarom het de argumentatie van Skype niet kon aanvaarden. Het BIPT heeft aldus in een brief van 14 augustus 2013 de redenen uiteengezet waarom Skype verplicht was een kennisgeving als operator te doen bij het BIPT. Het BIPT heeft overigens in die brief, alsook in de brieven van 5 februari 2014 en 28 juli 2014 de mogelijkheid vermeld dat het een inbreukprocedure zou starten.

9. 2. Skype voorziet misschien zelf niet in de overbrenging van signalen, maar het verkoopt een dienst door die dit wel doet, wat inhoudt dat het ook de dienst aanbiedt, en is dus evenzeer tot kennisgeving verplicht.

Als het nummerplan gebruikt wordt, staat het vast dat het om het overbrengen van signalen gaat, zoals de definitie van ECD dat aangeeft, aangezien dit eigen is aan de klassieke telefoondienst, die zonder twijfel een ECD is. Het feit dat het werkdocument van de Commissie zich niet uitspreekt over een dienst die enkel toegang tot nummers geeft, wil niet zeggen dat deze dienst geen ECD zou kunnen uitmaken volgens de definitie van het Europese en Belgische regelgevingskader.

²² Body of European Regulators for Electronic Communications (BEREC), *Report on OTT services*, January 2016, BoR (16) 35.

²³ Publicly Available Telephone Service.

²⁴ Gemakshalve wordt op de argumenten van Skype geantwoord in dezelfde volgorde als die waarin ze hierboven zijn voorgesteld. De nummers van de punten die volgen, komen dus overeen met de nummers van de punten van de argumentatie van Skype.

9. 3. Het is het gebruik van nummers van een nummerplan dat het bestaan van een ECD uitmaakt, maar niet noodzakelijk van het Belgische nummerplan zoals aangegeven in punt 2.2.1 van de brief met grieven. In elk geval is het mogelijk om door de dienst van Skype te gebruiken oproepen te doen naar nummers van het Belgische nummerplan, zoals Skype zelf heeft verklaard in zijn brief van 13 december 2013 (zie punt 4.1 hierboven).

9. 4. De aanbieder hoeft niet over een eigen netwerk te beschikken om een kennisgeving te moeten doen. Het doorverkopen in eigen naam en voor eigen rekening van de dienst komt in feite neer op het zelf aanbieden van de dienst. Ook al staat in de Belgische wet explicieter "doorverkopen" dan in de Europese richtlijnen, in beide gevallen is de intentie van de wetgever dezelfde geweest. De Belgische wet houdt gewoon een verduidelijking in. In de memorie van toelichting bij artikel 9 van de WEC wordt vermeld: "Met de omzetting van de machtigingsrichtlijn wordt een einde gemaakt aan het systeem waarbij het verrichten van een telecommunicatieactiviteit onderworpen was aan een vergunning of een aangifte. Voortaan volstaat het voor een onderneming om een relatief summiere kennisgeving te doen aan het Instituut om van start te mogen gaan met de betreffende activiteit. Personen die elektronische communicatiediensten herverkopen (resellers) in eigen naam en voor eigen rekening dienen dus eveneens een kennisgeving te doen." Skype biedt de dienst dus aan, ook al zorgen derden voor het overbrengen van de signalen. Het gaat dus wel degelijk om het aanbod van een ECD.

9. 5. In de brief met grieven van het BIPT wordt aangegeven dat VoIP van computer naar computer geen ECD vormt. Die dienst van Skype wordt niet gevisieerd door het BIPT. SkypeOut is een andere dienst waarbij er juist wel een transportfunctie is.

9. 6. Het is niet omdat Skype in zijn algemene contractvoorwaarden zijn aansprakelijkheid voor bepaalde gebreken in de dienstverlening beperkt, dat het op zich niet verantwoordelijk zou zijn voor de waarborging van de dienst waarop de eindgebruikers zich hebben geabonneerd. Het is wel degelijk Skype dat de dienst aan de eindgebruiker aanbiedt (zie hierover ook punt 2.2.2 hierboven), zoals blijkt uit de "Voorwaarden" voor de dienst gepubliceerd op zijn website²⁵, onder meer in punt 10:

"10. Aanbestedende dienst en rechtskeuze.

a. Voor Services van het merk Skype. Voor gebruik van gratis consumentensoftware en Services van het merk Skype hebt u een overeenkomst met, en wordt onder alle verwijzingen naar "Microsoft" in deze Voorwaarden verstaan, Skype Software S.à.r.l, 23 – 29 Rives de Clausen, L-2165 Luxembourg, en voor betaalde consumentenservices van het merk Skype hebt u een overeenkomst met, en wordt onder alle verwijzingen naar "Microsoft" in deze Voorwaarden verstaan, Skype Communications S.à.r.l, 23 – 29 Rives de Clausen, L-2165 Luxembourg."

Uit de punten 11 en 12 van de algemene voorwaarden blijkt ook geen algemene beperking van de aansprakelijkheid. Bepaalde producten van Skype worden zelfs uitgesloten van de levering van de dienst "met alle gebreken" (het BIPT onderstreept):

"11. Garanties. *Als u een consument bent, hebt u bepaalde rechten uit hoofde van de wetgeving. Deze rechten omvatten een verplichting voor Microsoft om de Services met redelijke zorg en vakmanschap te verlenen. Niets in deze voorwaarden is bedoeld om onze aansprakelijkheid voor schending hiervan door Microsoft te beperken of uit te sluiten. BEHALVE IN GEVALLEN WAARIN WE TE KWADER TROUW GEBREKEN HEBBEN VERBORGEN OF WAARIN GEBREKEN HET GEBRUIK VAN DE SERVICES ONMOGELIJK HEBBEN GEMAAKT, EN BEHALVE VOOR BETAALDE PRODUCTEN VAN SKYPE, VERLENEN WE DE SERVICES "ALS ZODANIG", "MET ALLE GEBREKEN" EN "ZOALS BESCHIKBAAR". WE BIEDEN GEEN GARANTIE OMTRENT DE NAUWKEURIGHEID OF*

²⁵ <https://www.microsoft.com/nl-be/servicesagreement/>

ACTUALITEIT VAN BESCHIKBARE INFORMATIE OVER DE SERVICES. U ERKENT EN GAAT ERMEE AKKOORD DAT COMPUTER- EN TELECOMMUNICATIESYSTEMEN NIET FOUTLOOS ZIJN EN DAT PERIODEN VAN ONBESCHIKBAARHEID KUNNEN VOORKOMEN. WE KUNNEN NIET GARANDEREN DAT DE SERVICES ZONDER ONDERBREKINGEN, OP TIJD, VEILIG OF FOUTLOOS KUNNEN WORDEN UITGEVOERD. WIJ EN ONZE PARTNERS, WEDERVERKOPERS, DISTRIBUTEURS EN LEVERANCIERS GEVEN GEEN CONTRACTUELE GARANTIES OF VOORWAARDEN. U HEBT ALLE WETTELIJK VERPLICHTE GARANTIES, MAAR WE VERLENEN GEEN ANDERE GARANTIES. WE SLUITEN IMPLICIETE VERPLICHTE GARANTIES UIT, MET INBEGRIJ VAN DE GARANTIES VAN VERKOOPBAARHEID, GESCHIKTHEID VOOR EEN BEPAALD DOEL, VAKMANSCHAP EN NIET-SCHENDING VOOR ZOVER MAXIMAAL TOEGESTAAN DOOR DE TOEPASSELIJKE WETGEVING.

12. Aansprakelijkheidsbeperking.

a. Microsoft is niet aansprakelijk voor Uw inhoud, materiaal of ander materiaal van derden, met inbegrip van links naar websites van derden en activiteiten aangeboden door gebruikers. Dergelijke inhoud en activiteiten zijn niet toe te rekenen aan Microsoft of vertegenwoordigen niet de mening van Microsoft.

b. Microsoft is enkel aansprakelijk als materiële verplichtingen van de Overeenkomst niet zijn nagekomen.

c. Microsoft, zijn medewerkers en/of zijn wettelijke vertegenwoordigers zijn niet aansprakelijk voor onrechtstreekse schade, met inbegrip van financieel verlies, zoals gederfde inkomsten, tenzij Microsoft, zijn medewerkers en/of zijn wettelijke vertegenwoordigers op zijn minst nalatig hebben gehandeld of de schade met opzet hebben veroorzaakt.

d. Elke wettelijke aansprakelijkheid buiten schuld van Microsoft, met inbegrip van, zonder beperking, aansprakelijkheid krachtens de wet op de productaansprakelijkheid, blijft onverlet door de aansprakelijkheidsbeperking. Hetzelfde geldt voor de aansprakelijkheid van Microsoft, zijn medewerkers en/of zijn wettelijke vertegenwoordigers in geval van fraude of hun nalatigheid met persoonlijk letsel of overlijden tot gevolg.

e. Microsoft is niet verantwoordelijk of aansprakelijk voor het niet nakomen of de vertraging in het nakomen van zijn verplichtingen onder deze Voorwaarden voor zover het niet nakomen of de vertraging wordt veroorzaakt door omstandigheden die buiten de redelijke controle van Microsoft liggen (zoals arbeidsconflicten, overmacht, oorlog of terroristische activiteiten, kwaadwillige beschadiging, ongevallen of naleving van de toepasselijke wetgeving of overheidsmaatregelen). Microsoft streeft ernaar de gevolgen van deze gebeurtenissen zo beperkt mogelijk te houden en de verplichtingen na te komen waaraan niet wordt geraakt.”

9. 7. Het feit dat het arrest van het HvJEU in de zaak C-475/12 dateert van na het begin van de inbreuk, belet het BIPT niet om er rekening mee te houden bij de beoordeling van de inbreuk. Dit arrest ondersteunt trouwens de positie van het BIPT maar het is zeker niet de rechtsbasis voor de vastgestelde inbreuk. Daarenboven heeft Skype ook na het arrest nog de mogelijkheid gehad om zijn standpunt kenbaar te maken aangezien het ontwerp van het huidige besluit aan Skype werd toegestuurd op 1 februari 2016 waarna Skype nogmaals uitgenodigd werd om zijn standpunt kenbaar te maken.

9. 8. Het arrest gewezen door het HvJEU in de gevoegde zaken C-585/08 en C-144/09 stelt in punt 95, 2) het volgende: “Om vast te stellen of een ondernemer wiens activiteit op zijn

internetsite of die van een tussenpersoon wordt voorgesteld, kan worden geacht zijn activiteit te „richten” op de lidstaat waar de consument woonplaats heeft in de zin van artikel 15, lid 1, sub c, van verordening nr. 44/2001, dient te worden nagegaan of vóór de eventuele sluiting van een overeenkomst met de consument uit deze internetsites en de algemene activiteit van de ondernemer blijkt dat deze van plan was om handel te drijven met consumenten die woonplaats hebben in één of meerdere lidstaten, waaronder die waar deze consument woonplaats heeft, in die zin dat hij bereid was om met deze consumenten een overeenkomst te sluiten.

De volgende factoren, waarvan de lijst niet uitputtend is, kunnen aanwijzingen vormen dat de activiteit van de ondernemer is gericht op de lidstaat waar de consument woonplaats heeft: (...) het gebruik van een andere taal of munteenheid dan die welke gewoonlijk worden gebruikt in de lidstaat waar de ondernemer gevestigd is (...). Het staat aan de nationale rechter om na te gaan of deze aanwijzingen voorhanden zijn.

De loutere toegankelijkheid van de internetsite van de ondernemer of de tussenpersoon in de lidstaat waar de consument woonplaats heeft is daarentegen onvoldoende. Hetzelfde geldt voor de vermelding van een e-mailadres en andere contactgegevens of voor het gebruik van een taal of een munteenheid wanneer deze taal en/of munteenheid gewoonlijk worden gebruikt in de lidstaat waar de ondernemer gevestigd is.” (het BIPT onderstreept).

Skype biedt een dienst aan die verder gaat dan enkel het gebruik van een website. Het gaat om een ECD waarvan men in België gebruik kan maken. Het voormelde arrest van het HvJEU heeft het over het voorstellen van de activiteiten van een ondernemer op zijn website. Skype stelt niet alleen zijn activiteiten voor, maar biedt ze ook werkelijk aan voor gebruik in België. Het gaat er hier dus niet om of een activiteit “gericht” is op een bepaalde lidstaat, aangezien ze er gewoon plaatsvindt. Bovendien zou de activiteit van Skype onder toepassing van het arrest ook gericht zijn op België in acht genomen dat die ook in het Nederlands wordt aangeboden (dus in een andere taal dan die van het land waar Skype gevestigd is). Dit wordt geenszins weerlegd door het HvJEU zoals Skype beweert. Het door Skype aangehaalde citaat van het HvJEU ter zake, maakt in feite het **standpunt van de Raad en de Commissie** uit, dat echter in de navolgende zinnen **weerlegd wordt door het HvJEU**. Dit blijkt uit het geheel van punt 84 waaruit het volgende citaat komt:

“84. De gebruikte taal of munteenheid is volgens de in punt 11 van het onderhavige arrest genoemde gezamenlijke verklaring van de Raad en de Commissie, die is overgenomen in punt 24 van de considerans van verordening nr. 593/2008, niet relevant voor de beoordeling van de vraag of een activiteit op één of meerdere andere lidstaten gericht is. Deze elementen zijn inderdaad niet relevant indien de betrokken taal overeenstemt met de taal die gewoonlijk wordt gebruikt in de lidstaat vanwaar de ondernemer zijn activiteit ontplooit en indien de betrokken munteenheid overeenstemt met de munteenheid van deze lidstaat. Indien de internetsite de consumenten daarentegen de mogelijkheid biedt om een andere taal of een andere munteenheid te gebruiken, kunnen de taal en/of de munteenheid in aanmerking worden genomen en een aanwijzing vormen dat de activiteit van de ondernemer op andere lidstaten gericht is.” (het BIPT onderstreept):

De opmerking van Skype dat het Nederlands dat wordt gebruikt op zijn website, geen klassiek "Vlaams" is, overtuigt het BIPT er niet van dat het aanbod van Skype enkel tot de Nederlandse en niet ook tot de Belgische markt gericht zou zijn. Het spreekt vanzelf dat het Nederlands, ook al gaat het niet om klassiek "Vlaams", ook verstaan wordt in België.

9. 9. Aangezien Skype er in zijn briefwisseling altijd de nadruk op heeft gelegd enkel een computerprogramma te leveren heeft het BIPT dit inderdaad beschouwd als de opvatting van een inhoudsdienst door Skype. Het BIPT noteert dat Skype zijn dienst ziet als een dienst van de informatiemaatschappij zoals bedoeld in de uitzondering onder artikel 2, 5°, b) van de WEC.

Het BIPT is echter van mening dat de door Skype aangeboden dienst hoe dan ook onder geen enkele uitzonderingsgrond van de definitie valt en dus wel een ECD uitmaakt.

9. 10. Op het vlak van OTT-diensten waarmee het mogelijk is te bellen naar de openbare telefoondienst (PATS), geeft het BEREC-rapport helemaal niet het beeld van grote verdeeldheid hierover onder de lidstaten, zoals Skype wil laten uitschijnen. Er blijkt integendeel een grote eensgezindheid te bestaan onder de lidstaten dat dergelijke diensten als een ECD te beschouwen zijn, zoals vermeld in punt 4.2.1, tweede alinea van het rapport: *“most NRAs have the view that OTT voice services with the possibility to make outgoing calls to PATS are an ECS.”* (Vrije vertaling: *“de meeste NRI's zijn van mening dat OTT-spraakdiensten met de mogelijkheid om te bellen naar het PATS een ECD zijn.”*) Dit blijkt ook uit de conclusies (blz. 37): *“The general interpretation of NRAs is that some of OTT services qualify as ECS, for example OTT voice services that have the possibility to make outgoing and/or incoming calls to the PATS.”* (Vrije vertaling: *“De algemene interpretatie van de NRI's is dat sommige OTT-diensten als ECD kunnen worden beschouwd, bijvoorbeeld OTT-spraakdiensten waarmee het mogelijk is om naar het PATS te bellen en/of van daar uit gebeld te worden.”*

10. Het is dus in lijn met de huidige definitie van een ECD om een dienst als SkypeOut te kwalificeren als een ECD. Het BIPT acht het opportuun om dat nu reeds vast te stellen.

4.4. Besluit betreffende de naleving van artikel 9, § 1, van de WEC

11. Het BIPT behoudt de grief meegedeeld per brief van 23 december 2014 aan Skype en is van oordeel dat, gelet op de weigering om de kennisgeving te doen waarvan sprake in artikel 9, § 1, van de WEC, Skype artikel 9, § 1, van de WEC niet naleeft.

5. Motivering van het BIPT betreffende het opleggen van de boete en de bepaling van het bedrag ervan

5.1. Motivering betreffende het opleggen van een boete

12. De inbreuk van Skype doet in ernstige mate afbreuk aan de verschillende streefdoelen van de wet, omdat het ontbreken van een kennisgeving als operator aan het BIPT een potentiële niet-naleving van de WEC en van de verschillende uitvoeringsbesluiten ervan, met zich brengt. Omdat de formaliteit van kennisgeving als operator betrekkelijk eenvoudig is, wil Skype in werkelijkheid aan de volledige WEC ontsnappen (zie in verband hiermee verder het punt “Ernst van de inbreuk”). Gezien het belang van de kennisgevingsverplichting waarrond de wetgeving is opgebouwd, acht het BIPT het noodzakelijk om een administratieve boete op te leggen.

5.2. Beoogd bedrag van de administratieve boete meegedeeld aan Skype

13. Op basis van de redenering opgenomen in punt 3.2 van de brief met grieven van het BIPT van 23 december 2014 heeft het BIPT aan Skype een beoogd bedrag van de administratieve geldboete meegedeeld van *[weglating vertrouwelijk cijfer]* euro. Zoals aangegeven in punt 3.2.2.A van de brief met grieven was dit bedrag gebaseerd op een schatting door het BIPT van de omzet van Skype in België, aangezien Skype had geweigerd aan het BIPT gegevens te verstrekken over deze omzet (vrije vertaling uit het Frans):

« Per brief van 5 februari 2014 heeft het BIPT Skype verzocht om zijn omzet mee te delen, bedoeld in art. 21, § 5, van de statuutwet. Per brief van 19 maart 2014 heeft Skype geantwoord dat het geen elektronische-communicatiediensten aanbood in België en dat de gevraagde omzet dus nul bedroeg. Per brief van 28 juli 2014 heeft het BIPT aan Skype gevraagd om zijn inkomsten mee te

delen die in de loop van 2013 waren gegenereerd door de klanten die de dienst SkypeOut in België gebruiken, of, indien dat niet mogelijk was, de inkomsten van de Belgische SkypeOut-accounts, zoals vermeld tijdens de vergadering van 1 juli 2014 met het BIPT. Op 29 augustus 2014 heeft Skype geantwoord dat het deze gegevens niet kon verstrekken.

Skype deelt dus geen omzet mee voor België. Het biedt zijn diensten aan via het internet en beschouwt dat als verkoop via het internet die niet aan een specifiek land verbonden is. Bij gebrek aan gegevens over de omzet voor België, kan het BIPT overeenkomstig art. 21, § 5, derde lid, van de statutwet een omzet bepalen op basis van de gegevens die verkregen zijn van derden of op basis van de omzet van een vergelijkbare rechtspersoon. In België is er geen VoIP-aanbieder die bij het grote publiek zo bekend is als Skype. Daarom bepaalt het BIPT een omzet op basis van de gegevens die verkregen zijn van derden."

14. De schatting van het BIPT in de brief met grieven van de omzet van Skype was gebaseerd op de omzet meegedeeld in de jaarrekening neergelegd door Skype bij het Luxemburgse "Registre de Commerce et des Sociétés" » in combinatie met een schatting van de gebruikers in België op basis van gegevens beschikbaar op het internet.

15. Na verzending door de btw-administratie van meer gedetailleerde gegevens m.b.t. de omzet van Skype wordt in dit besluit een administratieve boete van 223 454 euro vastgesteld²⁶. Dat bedrag is berekend op basis van de redenering die is beschreven in punt 5.3.

5.2.1 Standpunt van Skype ten aanzien van het opleggen van een administratieve boete en het beoogde bedrag ervan

16. In zijn schriftelijke opmerkingen op de brief met grieven heeft Skype laten weten dat de schatting door het BIPT van de omzet voor België niet verdedigbaar was. Ook met de in het ontwerpbesluit voorgestelde boete op basis van het omzetcijfer verkregen van de btw-administratie is Skype het niet eens. Skype vindt dat het BIPT geen boete hoeft op te leggen, gezien dat in dit geval voorbarig zou zijn. Het BIPT zou immers kunnen volstaan met te bevelen een einde te maken aan de vermeende inbreuk.

17. Skype is van mening dat er geen maatregelen tegen Skype nodig zijn omdat het geen ECD levert. Het onterecht opleggen van regels aan een innovatieve onderneming als Skype zou kunnen leiden tot een onnodige versnippering van het globale aanbod van Skype. Dit zou een "anticonsumentenmaatregel" kunnen zijn (terwijl er geen klachten van consumenten zijn) die ook de vernieuwing afremt, wat in niemands belang is.

18. In elk geval is de aangegeven duur van de inbreuk te lang. In mei-juni 2014 werd een openbare raadpleging georganiseerd door het BIPT aangaande een ontwerp van mededeling betreffende de verplichting tot kennisgeving. Omdat ten tijde van de brief met grieven de procedure met betrekking tot dit ontwerp van mededeling nog liep, kon Skype nog niet als in overtreding zijnde worden beschouwd. Bovendien heeft de EC in 2015 een studie besteld over het regelgevende statuut van de producten op het internet²⁷, waarvan de resultaten nog dit jaar zouden moeten worden onthuld.

19. In het kader van de openbare raadpleging over de herziening van het regelgevende stelsel voor elektronische communicatie van 11 september 2015 tot 7 december 2015²⁸, wordt de

²⁶ Ter herinnering, het ontwerp van dit besluit is aan Skype voorgelegd op 1 februari 2016.

²⁷ Study on future trends and business models in communications services and their regulatory impact (OTT study), SMART 2013/0019.

²⁸ <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/public-consultation-evaluation-and-review-regulatory-framework-electronic-communications>.

vraag gesteld of het kader herzien moet worden t.a.v. OTT's. Ook uit het rapport van BEREC over de OTT-diensten blijkt dat het regelgevend kader nog steeds onzeker is (zie punt 4.2, 10 hierboven). Er is dus nog altijd een debat aan de gang en het zou van het BIPT onverantwoordelijk zijn om eenzijdig te beslissen over het statuut van Skype.

20. De aanmaning tot kennisgeving van augustus 2013 kan niet als het begin van de inbreuk gelden aangezien ze gebaseerd is op een slechte interpretatie van de wet en niet antwoordt op de argumenten van Skype. Uit die aanmaning blijkt enkel de noodzaak tot discussie.

21. In de brief met grieven en het ontwerpbesluit werd de verzwarende omstandigheid van slechte medewerking in acht genomen wat betreft het beoogde bedrag van de administratieve boete²⁹. Skype is van mening dat deze verzwarende omstandigheid niet terecht is. Skype heeft geen kantoor in België en is niet onderworpen aan het gezag van het BIPT. Toch heeft het informatie verstrekt die het wettelijk gezien niet moest verstrekken en het BIPT ontmoet. Meer in detail stipt Skype hierbij de volgende punten aan:

21. 1. In zijn brief van 5 februari 2014 vroeg het BIPT een antwoord in de loop van de volgende maand. Het antwoord van 19 maart was dus op tijd gegeven.

21. 2. Het feit dat er maanden overgingen om een datum voor een vergadering af te spreken, ligt niet alleen aan Skype maar ook aan het BIPT. Bovendien vond er een herstructurering plaats bij Skype en werd de contactpersoon voor het BIPT vervangen.

21. 3. Het verzoek per e-mail van 3 juli 2014 om het schema te kunnen bekomen dat door Skype was voorgesteld tijdens de vergadering van 1 juli, vermeldde geen deadline. Dit verzoek is verstuurd op een feestdag in de Verenigde Staten en werd beantwoord na het verlengde vakantiewekend. Skype heeft een teleconferentie voorgesteld, wat getuigt van zijn goede medewerking. Het verzoek om het schema te krijgen was ongewoon omdat de mondelinge toelichting al op de vergadering gegeven was. Omdat het om een schriftelijke verspreiding van vertrouwelijke en gevoelige informatie ging, duurde het bij Skype enige tijd om toestemming te krijgen.

21. 4. Uit het voorgaande blijkt dat Skype bijzonder goed meegewerkt heeft met het BIPT zodat dit een verzachtende omstandigheid zou moeten zijn.

22. Door in het ontwerpbesluit *[weglating vertrouwelijk cijfer]*% van de omzet en *[weglating vertrouwelijk cijfer]*% verhoging bij de berekening van de boete in acht te nemen vanwege de vermeende ernst van de inbreuk, wordt hetzelfde element twee keer in rekening gebracht. Welnu, artikel 21, § 5, van de statutwet maakt het niet mogelijk om de boete om enige reden te verhogen.

5.2.2 Reactie van het BIPT op het standpunt van Skype betreffende het opleggen van een administratieve boete en het beoogde bedrag ervan

23. Wat betreft de opportuniteit van het opleggen van een administratieve boete: zie punt 5.1 hierboven. Skype biedt een dienst aan die evenzeer een ECD is, dus het is in het belang van een eerlijke mededinging dat Skype de regels naleeft die daaraan verbonden zijn.

24. Het ontwerp van mededeling m.b.t. kennisgevingsverplichtingen werd door het BIPT aan het publiek voorgelegd om het eventueel te kunnen aanvullen of verbeteren. Dit wil niet zeggen dat een aantal principes hierin al niet vaststonden vóór de raadpleging. De ondertussen gepubliceerde mededeling is bedoeld als verduidelijking van de wet en wil niet zeggen dat het

²⁹ Deze werd beschreven zoals hier overgenomen in punt 5.3.3.A (zie verder).

BIPT voordien geen standpunt had. De vaststelling van het begin van de inbreuk door Skype heeft dus niets te maken met het al dan niet gepubliceerd zijn van deze tekst. Dat er in het algemeen nog een debat aan de gang was, neemt niet weg dat bepaalde diensten al konden worden gekwalificeerd als ECD onder het huidige regelgevend kader.

25. De aanmaning tot kennisgeving van augustus 2013 geeft inhoudelijk wel aan waarom een kennisgeving nodig is. Aangezien Skype nu nog altijd vindt dat er geen inbreuk is, kan er volgens Skype dus nooit een begin van de inbreuk zijn, maar dat is er wel degelijk.

26. Wat betreft de punten aangestipt door Skype i.v.m. de verzwarende omstandigheid van slechte medewerking, moet worden benadrukt dat deze niet van die aard zijn om de verzwarende omstandigheid niet meer in acht te nemen om de onderstaande redenen (de verschillende punten hebben betrekking op de overeenkomstige punten aangehaald hierboven onder 5.2.1):

26. 1. In de brief van 5 februari 2014 werd een antwoord gevraagd binnen de maand na ontvangst ervan. De brief werd door Skype op 7 februari ontvangen en moest dus binnen een maand na 7 februari worden beantwoord. Skype heeft erop geantwoord op 19 maart, dus later dan de uiterste datum.

26. 2. Uit het e-mailverkeer blijkt duidelijk dat alle datavoorstellen van het BIPT voor een vergadering afgeblokt werden door Skype van half maart tot einde mei. Het feit dat er bij Skype een herstructurering of vervanging van personen plaatsvond, rechtvaardigt geenszins het gebrek aan medewerking.

26. 3. Het antwoord van Skype van 10 juli 2014 op de e-mail van het BIPT van 3 juli met het verzoek om het in de vergadering van 1 juli overeengekomen schema te krijgen, vermeldde dat Skype met plezier het schema zou meedelen maar deelde dit schema zelf niet mee. In die e-mail werd inderdaad een teleconferentie aangeboden maar dat was de vraag niet. Het BIPT antwoordde op 10 juli en meldde nogmaals dat het dit schema wenste te ontvangen. Het schema in kwestie werd uiteindelijk pas doorgestuurd op 13 augustus (na nog een herinnering door het BIPT). Ook al vermeldde de e-mail geen deadline, elke redelijke antwoordtermijn was overschreden, wat getuigt van een slechte medewerking. Het is toch niet ongebruikelijk om een kopie te vragen van op een vergadering gepresenteerde documentatie. De bedoeling daarvan was dat het BIPT het dossier goed zou begrijpen. Zelfs indien extra toestemming nodig was, duurde dit een onredelijke tijd aangezien de documentatie zelf al bestond van in de vergadering.

In zijn reactie op het ontwerp van dit besluit heeft Skype aangegeven dat het aspect van het aanbod van teleconferentie door Skype niet vermeld wordt. Dit kwam echter wel reeds aan bod in de punten 5.2.1, 3 en 5.2.2, 3 in de versie van het ontwerpbesluit zoals voorgelegd aan Skype (zie de huidige tekst in verband met deze punten aangezien ze ongewijzigd opgenomen zijn in het definitieve besluit).

26. 4. De door Skype aangehaalde omstandigheden kunnen niet worden aanvaard als vergoelijking van de stoeve medewerking, laat staan als bewijs van de goede medewerking.

[weglating vertrouwelijk cijfer]% van de omzet wordt in aanmerking genomen vanwege de ernst van de inbreuk op zich; *[weglating vertrouwelijk cijfer]*% verhoging wordt in aanmerking genomen vanwege de verzwarende omstandigheden die met de inbreuk gepaard gaan, wat niet hetzelfde is. Ook al staat dit niet uitdrukkelijk in de statutwet, het getuigt van een zorgvuldig en genuanceerd handelen om verzachtende en verzwarende omstandigheden in rekening te brengen bij het opleggen van een boete.

5.3. Berekening van de administratieve boete

5.3.1 Algemeen

27. Het BIPT vindt het passend en evenredig dat er bij het bepalen van een administratieve boete uitgegaan wordt van een basisbedrag, dat gebaseerd is op de duur en de ernst van de inbreuk. Bijgevolg is het gepast en evenredig om dit bedrag aan te passen op basis van de concrete gedragingen van de overtreder in het dossier, door het in rekening brengen van boeteverhogende en -verlagende factoren. Doorheen deze oefening past het te overwegen of het boetebedrag aangepast moet worden om prikkels te creëren met het oog op disciplineren of ontmoediging van het gedrag van de overtreder en desgevallend van andere overtreders die een soortgelijke gedraging zouden kunnen aannemen. Ten slotte gaat het BIPT na of het bedrag het wettelijk bepaalde maximumbedrag niet overschrijdt.

5.3.2 Bepaling van het basisbedrag

28. Bij het vaststellen van het basisbedrag van de administratieve boete houdt het BIPT rekening met de onderstaande elementen:

A. Omzet op de betrokken markt

29. In zijn brief van 29 augustus 2014 gaf Skype het volgende aan: *"Skype currently is working on a reliable method to define Skype revenues by EU member state in order to comply with upcoming changes to VAT reporting and payment resulting from the 2008 VAT Package. We expect to have such a mechanism in place by January 2015."* » (Vrije vertaling: *"Skype werkt momenteel aan een betrouwbare methode om de inkomsten van Skype per EU-lidstaat te bepalen, om te voldoen aan de op handen zijnde veranderingen in btw-aangifte en -betaling die voortvloeien uit het btw-pakket van 2008. Wij verwachten dat dit mechanisme tegen januari 2015 ingevoerd zal zijn."*). Op de hoorzitting van 12 februari 2015 heeft het BIPT aan Skype gevraagd of het op basis hiervan ondertussen zijn omzet voor België kon meedelen. Skype zou dit bekijken. Per brief van 26 februari 2015 liet Skype hierover het volgende weten: *« gelet op de vrij gevoelige aard van de informatie over de inkomsten en de gebruikers, maar ook omdat het BIPT tot op heden zijn gezag over Skype niet heeft aangetoond, waardoor het wettelijk zou kunnen eisen dat Skype dergelijke informatie onthult, is Skype niet bereid om aan het BIPT de inkomsten van SkypeOut die worden gegenereerd door de Belgische gebruikers, noch het aantal Belgische Skype-accounts kenbaar te maken. De omzet van Skype is in elk geval niet relevant voor de bepaling van zijn regelgevende statuut."*

30. Skype weigerde dus nogmaals zijn omzetcijfer mee te delen. Op 1 januari 2015 is de nieuwe btw-wetgeving waarnaar Skype verwees, in werking getreden. Deze bepaalt onder andere dat voor telecommunicatiediensten de btw-aangifte niet langer dient te gebeuren voor het land van vestiging van de dienstverlener, maar wel voor elk land waar de afnemers van de dienst gevestigd zijn (zie website van de FOD Financiën³⁰). Er is dus een opsplitsing per land vereist zodat Skype zijn omzet vanaf 1 januari 2015 voor België dient mee te delen aan de btw-administratie. Daarom richtte het BIPT zich in maart 2015 tot de belastingadministratie om het omzetcijfer van Skype voor België te verkrijgen, zodra dit voor het eerste kwartaal van 2015 beschikbaar zou zijn. Uiteindelijk ontving het BIPT in december 2015 het omzetcijfer van Skype voor België voor de eerste 10 maanden van het jaar 2015. Dit ziet er als volgt uit:

Januari: € [weglating vertrouwelijk cijfer]

Februari: € [weglating vertrouwelijk cijfer]

Maart: € [weglating vertrouwelijk cijfer]

³⁰ <http://financien.belgium.be/nl/ondernemingen/btw/intracomunautaire/elektronische-diensten-telecommunicatiediensten-en-radio-en-televisie-omroepdiensten>

April: € [weglating vertrouwelijk cijfer]
Mei: € [weglating vertrouwelijk cijfer]
Juni: € [weglating vertrouwelijk cijfer]
Juli: € [weglating vertrouwelijk cijfer]
Augustus: € [weglating vertrouwelijk cijfer]
September: € [weglating vertrouwelijk cijfer]
Oktober: € [weglating vertrouwelijk cijfer]
Totaal: € [weglating vertrouwelijk cijfer]

31. Het voornoemde artikel 21, § 5, 2°, van de statutwet spreekt van een omzet van de overtreder "gedurende het jongste volledige boekjaar in de sector voor elektronische communicatie". Aangezien de cijfers voor het volledige boekjaar geen deel uitmaakten van de informatie die het BIPT van de belastingadministratie heeft ontvangen, kan men voor de twee ontbrekende maanden werken met het gemiddelde van de maanden waarvan de cijfers bekend zijn. Dit gemiddelde bedraagt [weglating vertrouwelijk cijfer]. Wanneer men dit twee keer optelt bij het reeds bekende totaal van [weglating vertrouwelijk cijfer] krijgt men [weglating vertrouwelijk cijfer] als jaaronzet. Nu er dankzij de nieuwe btw-wetgeving sinds 2015 bijkomende gegevens beschikbaar zijn, neemt het BIPT dit omzetcijfer in aanmerking voor de berekening van de administratieve boete voor Skype.

B. Duur van de inbreuk

32. Per brief van 14 augustus 2013 heeft het BIPT uitgebreid gerechtvaardigd waarom Skype een kennisgeving moest doen en verklaard dat het een inbreukprocedure zou starten bij het ontbreken daarvan. Skype kreeg een maand tijd na ontvangst van de brief om een kennisgeving te doen. De inbreuk is tot op vandaag niet stopgezet. Het BIPT stelt de duur van de inbreuk vast op tweeënhalf jaar (sedert 1 oktober 2013), aangezien de inbreuk op dit moment nog niet is stopgezet.

C. Ernst van de inbreuk

33. De ernst van de inbreuk kan worden beoordeeld rekening houdend met de manier waarop deze een invloed heeft op de verwezenlijking van de hoofddoelstellingen die door het regelgevingskader worden beoogd, zoals de bevordering van de concurrentie en de bescherming van de belangen van de gebruikers.

34. De inbreuk van Skype doet in ernstige mate afbreuk aan de verschillende streefdoelen van de wet, omdat het ontbreken van een kennisgeving als operator aan het BIPT een potentiële niet-naleving van de WEC en van de verschillende uitvoeringsbesluiten ervan, met zich brengt. Omdat de formaliteit van kennisgeving als operator betrekkelijk eenvoudig is, wil Skype zich in werkelijkheid aan de volledige WEC onttrekken.

35. Door geen kennisgeving te doen en niet te erkennen dat het een elektronische-communicatiedienst aanbiedt, onttrekt Skype zich aan de regels van de WEC en de uitvoeringsbesluiten ervan. Dit leidt tot een oneerlijke concurrentie met ondernemingen die ook een ECD aanbieden en die wel een kennisgeving hebben gedaan en de WEC en de uitvoeringsbesluiten ervan naleven.

36. De inbreuk van Skype schaadt ook de belangen van de gebruikers door zich te onttrekken aan de toepassing van de volgende bepalingen (die als voorbeeld worden vermeld):

- de regels inzake netwerkveiligheid opgelegd aan ondernemingen die openbare elektronische-communicatiediensten aanbieden in artikel 113 e.v. van de WEC, met name inzake melding van elke inbreuk op de veiligheid of elk verlies van integriteit die een belangrijke impact heeft op de exploitatie van netwerken of diensten (artikel 114/1, § 2, van de WEC);
- de regels inzake bescherming van persoonsgegevens en melding van datalekken (artikel 114, § 2, en 114/1, §§ 3 en 4 van de WEC);
- de regels aangaande de informatie die het contract tussen een operator en een abonnee dient te bevatten, duidelijke tarifiering, eventuele alternatieve gunstigere tariefplannen, verandering van operator, opzeg van het contract en kostenbeheersing (art. 108 e.v. van de WEC);
- de regels inzake toegang tot de nooddiensten: overeenkomstig artikel 107 § 1/1, vijfde lid, van de WEC dienen ondernemingen die eindgebruikers een elektronische-communicatiedienst aanbieden voor uitgaande nationale gesprekken naar een of meer nummers uit het nationale telefoonnummerplan, toegang te verschaffen tot de nooddiensten. De belangen van de gebruikers worden geschaad doordat ze bij gebruik van de dienst van Skype geen toegang hebben tot de nooddiensten. Dat wordt door Skype zelf verklaard op de homepage van zijn website: *“Geen alarmnummers via Skype - Skype is geen vervanging voor uw telefoon en kan niet worden gebruikt voor het bellen van alarmnummers.”*

37. De inbreuk gepleegd door Skype tast ook de goede werking van de overheid aan, zoals de volgende voorbeelden illustreren:

- door zich niet aan te geven als operator kan Skype ten onrechte menen dat het niet verplicht is om de eindgebruikers van zijn diensten te identificeren (zie artikel 127 van de WEC);
- door zich niet aan te geven als operator kan Skype ten onrechte menen dat het geen gegevens moet bewaren overeenkomstig artikel 126 van de WEC;
- Skype heeft tot op heden de contactgegevens van zijn Coördinatieceel Justitie niet meegedeeld aan het BIPT (art. 2, § 5, van het koninklijk besluit van 9 januari 2003 houdende modaliteiten voor de wettelijke medewerkingsplicht bij gerechtelijke vorderingen met betrekking tot elektronische communicatie);
- geen rechten betaald aan het BIPT.

38. Rekening houdende met de voorgaande elementen gaat het hier om een ernstige inbreuk. Daarom vindt het BIPT het proportioneel om een percentage in aanmerking te nemen van *[weglating vertrouwelijk cijfer]*% van de omzet wat betreft de ernst van de overtreding.

D. Conclusie

39. Het BIPT neemt een basisbedrag in aanmerking van *[weglating vertrouwelijk cijfer]* euro (*[weglating vertrouwelijk cijfer]*% x *[weglating vertrouwelijk cijfer]* euro x 2,5 jaar).

5.3.3 Boeteverhogende en boeteverlagende factoren

A. Verzwarende omstandigheden

Opzettelijke inbreuk

40. Zoals aangehaald onder punt 2.1 heeft het BIPT Skype uitdrukkelijk gevraagd om een kennisgeving te doen. De inbreuk gebeurt dus niet per vergissing maar wetens en willens.

Voortzetting van de inbreuk

41. Skype weigert een einde te maken aan de inbreuk, hoewel het BIPT het uitdrukkelijk gevraagd heeft om een kennisgeving te doen.

Slechte medewerking van Skype

42. De communicatie met Skype verloopt stroef omdat het niet binnen de gevraagde of een redelijke termijn antwoordt. Zo vroeg het BIPT in zijn brief van 5 februari 2014 ontvangen door Skype op 7 februari antwoord binnen de maand na ontvangst van de brief en antwoordde Skype pas op 19 maart.

43. Tijdens de vergadering van 12 maart 2014 werd afgesproken dat Skype tegen einde april nog een technische toelichting van zijn dienst zou geven aan het BIPT. Uiteindelijk kon deze vergadering pas plaatsvinden op 1 juli door de tijd die Skype nam om zijn beschikbaarheid mee te delen. Een e-mail van het BIPT van 25 maart 2014 met enkele voorstellen van data voor de vergadering bijvoorbeeld werd door Skype pas beantwoord op 22 april en dan nog zonder informatie over de beschikbaarheid van Skype op de voorgestelde data, maar enkel met de mededeling dat een andere persoon dossierbeheerder zou worden. Op 13 mei had de nieuwe dossierbeheerder al een paar e-mails gestuurd maar nog steeds geen antwoord gegeven wat betreft de beschikbaarheid van Skype m.b.t. de door het BIPT op 25 maart voorgestelde tijdstippen. Pas op 29 mei stelde het zelf een datum voor (voor meer dan een maand later dan de door het BIPT voorgestelde data aangezien deze ondertussen al voorbij waren). Als het maanden duurt om alleen al maar een datum voor een vergadering te kunnen afspreken, is er toch wel duidelijk sprake van overschrijding van een redelijke termijn, zelfs het feit in acht genomen dat Skype niet in België gevestigd is.

44. Nadat de vergadering dan eindelijk had kunnen plaatsvinden op 1 juli, vroeg het BIPT per e-mail van 3 juli 2014 aan Skype om de in de vergadering getoonde schetsen van technische toelichting op papier te kunnen krijgen. Skype stuurde deze toelichting pas op 13 augustus 2014 (na een herinnering door het BIPT).

45. Ook het feit dat Skype verschillende keren heeft geweigerd zijn omzetcijfer voor België aan het BIPT mee te delen, getuigt van een slechte medewerking. Hierdoor moest het BIPT deze gegevens op een andere manier zien te verkrijgen, wat veel tijd gekost heeft.

B. Verzachtende omstandigheden

46. Er zijn in dit geval geen verzachtende omstandigheden.

C. Conclusie

47. Op basis van de verschillende verzwarende omstandigheden, beslist het BIPT het basisbedrag te verhogen met *[weglating vertrouwelijk cijfer]*%. De voortzetting van een overtreding is immers een zeer zware verzwarende omstandigheid. Het BIPT stelt aldus een definitief bedrag vast van *[weglating vertrouwelijk cijfer]* euro (*[weglating vertrouwelijk cijfer]*+*[weglating vertrouwelijk cijfer]*).

5.3.4 Noodzaak om de boete een afschrikkend karakter te geven

48. Eén van de functies van een boete bestaat erin de overtreder ertoe aan te zetten om een eind te maken aan de overtreding en om anderen te ontraden eenzelfde gedrag aan te nemen. In dit geval is er een grote noodzaak de boete een afschrikkend karakter te geven aangezien de inbreuk nog steeds voortduurt en andere ondernemingen dienen te worden aangespoord een

kennisgeving te doen indien dit wettelijk vereist is aangezien dit belangrijke gevolgen heeft op het vlak van na te leven regels zoals aangegeven onder punt 5.3.2 C.

49. Het BIPT vindt dat het bedrag van *[weglating vertrouwelijk cijfer]* euro een afschrikkend karakter heeft.

5.3.5 *[weglating vertrouwelijke passage]*

50. *[weglating vertrouwelijke passage]*.

51. *[weglating vertrouwelijke passage]*.

6. Besluit

52. Gelet op artikel 9, § 1, van de WEC en artikel 21 van de statuutwet, na Skype naar behoren, schriftelijk en mondeling te hebben gehoord:

- stelt het BIPT de niet-naleving door Skype van artikel 9, § 1, van de WEC vast, wegens het leveren van een elektronische-communicatiedienst, zonder daarvan kennis te hebben gegeven aan het BIPT;
- beveelt het BIPT Skype een eind te stellen aan de inbreuk binnen een termijn van ten hoogste 1 maand;
- legt het BIPT Skype een boete op van 223 454 euro wat betreft de inbreuk op artikel 9, § 1, van de WEC. De boete wordt gestort in de schatkist;
- beveelt het BIPT dat Skype dit bedrag binnen 60 dagen na de ontvangst van dit besluit betaalt via overschrijving op het rekeningnummer met IBAN-code: BE63 6792 0058 7108 - BIC: PCHQBEBB op naam van de FOD Economie - Algemene ontvangstenrekening, met als mededeling "Boete BIPT aan Skype - niet-naleving van 9, § 1, van de WEC".

7. Samenwerkingsakkoord

53. Het BIPT heeft overeenkomstig de procedure beschreven in lid 1 en 2 van artikel 3 van het samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 het ontwerp van dit besluit overgezonden aan de gemeenschapsregulators:

"Art. 3. Elke ontwerpbeslissing van een regulerende instantie die betrekking heeft op elektronische communicatienetwerken wordt door de desbetreffende instantie overgemaakt aan de andere regulerende instanties die zijn opgesomd in artikel 2, 2°, van dit samenwerkingsakkoord.

De regulerende instanties die geconsulteerd worden bezorgen binnen de 14 kalenderdagen hun opmerkingen aan de regulerende instantie die de ontwerpbeslissing heeft overgemaakt."

54. De CSA heeft per brief van 18 mei 2016 laten weten geen opmerkingen te hebben. Hetzelfde geldt voor de VRM, die gereageerd heeft met een brief van 23 mei 2016. Ten slotte heeft ook de Medienrat het BIPT met twee brieven van 19 en 23 mei 2016 laten weten geen opmerkingen te

hebben over het ontwerpbesluit. De brief van 23 mei van de Medienrat bevat evenwel een voorstel tot tekstwijziging³¹, waarmee het BIPT rekening heeft gehouden.

8. Beroepsmogelijkheden

Overeenkomstig artikel 2, § 1 van de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector hebt u de mogelijkheid om tegen dit besluit beroep in te stellen bij het hof van beroep van Brussel, Poelaertplein 1, B-1000 Brussel. Het beroep wordt, op straffe van nietigheid die ambtshalve wordt uitgesproken, ingesteld door middel van een ondertekend verzoekschrift dat wordt ingediend ter griffie van het hof van beroep van Brussel binnen een termijn van zestig dagen na de kennisgeving van het besluit of bij gebreke aan een kennisgeving, na de publicatie van het besluit of bij gebreke aan een publicatie, na de kennisname van het besluit.

Het verzoekschrift bevat op straffe van nietigheid de vermeldingen vereist door artikel 2, § 2, van de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector. Indien het verzoekschrift elementen bevat die u als vertrouwelijk beschouwt, dan moet u dat uitdrukkelijk aangeven en op straffe van nietigheid, een niet-vertrouwelijke versie van dat verzoekschrift indienen. Het Instituut publiceert op zijn website het verzoekschrift dat door de griffie van het gerecht genotificeerd is. Elke belanghebbende partij kan in de zaak tussenkomen binnen dertig dagen na deze publicatie.

Charles Cuvelliez
Lid van de Raad

Axel Desmedt
Lid van de Raad

Luc Vanfleteren
Lid van de Raad

Jack Hamande
Voorzitter van de Raad

³¹ De Medienrat stelt omwille van de duidelijkheid voor de vermelding "*wegens de dienst 'SkypeOut'*" toe te voegen in de eerste paragraaf van dit besluit.