



B I P T

**BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN
EN TELECOMMUNICATIE**

**BESLUIT VAN DE RAAD VAN HET BIPT
VAN 17 OKTOBER 2017
TOT HET OPLEGGEN VAN EEN ADMINISTRatieve BOETE AAN
LYCAMOBILE WEGENS HET NIET NALEVEN VAN ARTIKELEN 6BIS EN
6SEXIES, LID 3 VAN DE ROAMINGVERORDENING**

Publieke versie

INHOUDSOPGAVE

1. VOORWERP.....	3
2. FEITEN, JURIDISCHE CONTEXT EN RETROACTA.....	3
2.1. Feiten.....	3
2.2. Juridische context	6
2.2.1. ALGEMEEN.....	6
2.2.2. TEN GRONDE	6
2.3. GEVOLGDE PROCEDURE.....	8
3. WETTELIJKE BASIS.....	8
4. ANALYSE VAN HET BIPT	9
4.1. MEEGEDEELDE GRIEF	9
4.2. STANDPUNT VAN LYCAMOBILE TEN AANZIEN VAN DE MEEGEDEELDE GRIEVEN EN BEOORDELING DOOR HET BIPT.....	9
4.2.1. <i>Motivering van de meegedeelde grieven.....</i>	9
4.2.2. <i>Standpunt van Lycamobile.....</i>	12
4.2.2.1. <i>Wat betreft het verschil tussen de bundels en PAYG.....</i>	12
4.2.2.2. <i>Wat betreft de vermeende toeslag voor roaming.....</i>	13
4.2.2.3. <i>Wat betreft het aanbieden van een daadwerkelijk alternatief.....</i>	14
4.2.3. <i>Beoordeling door het BIPT.....</i>	14
4.2.3.1. <i>Wat betreft de toepasselijkheid van de Roamingverordening op Lycamobile.....</i>	14
4.2.3.2. <i>Wat betreft de toepasselijkheid van de Roamingverordening op de prepaid-bundels van Lycamobile.....</i>	15
4.2.3.3. <i>Wat betreft de levensvatbaarheid van RLAH voor Lycamobile</i>	17
4.2.3.4. <i>Wat betreft de toeslag voor roaming.....</i>	18
4.2.3.5. <i>WAT BETREFT DE PAYG ALS ALTERNATIEF AANBOD</i>	19
4.3. <i>BESLUIT BETREFFENDE DE NALEVING VAN ARTIKELEN 6BIS EN 6SEXIES, LID 3 VAN DE ROAMINGVERORDENING.....</i>	20
5. MOTIVERING VAN HET BIPT BETREFFENDE HET OPLEGGEN VAN DE BOETE EN DE BEPALING VAN HET BEDRAG ERVAN	20
5.1. BEOOGD BEDRAG VAN DE ADMINISTRATIEVE BOETE MEEGEDEELD AAN LYCAMOBILE	20
5.2. STANDPUNT VAN LYCAMOBILE TEN AANZIEN VAN HET BEOOGD BEDRAG VAN DE ADMINISTRATIEVE BOETE.....	20
5.3. MOTIVERING BETREFFENDE HET OPLEGGEN VAN EEN BOETE	20
5.4. MOTIVERING BETREFFENDE HET BEDRAG VAN DE BOETE.....	21
5.4.1. <i>Bepaling van het basisbedrag</i>	22
5.4.1.1. <i>Principe van proportionaliteit en omzet op de betrokken markt.....</i>	22
5.4.1.2. <i>Ernst van de overtreding</i>	23
5.4.1.3. <i>Met betrekking tot de overtreding van artikelen 6bis en 6sexies, lid 3 van de Roamingverordening.....</i>	23
5.4.1.3. <i>Relatieve omvang van de onderneming.....</i>	23
5.4.1.4. <i>Duur</i>	24
5.4.1.5. <i>Conclusie.....</i>	24
5.4.2. <i>Boeteverhogende en -verlagende factoren.....</i>	25
5.4.2.1. <i>Verzwarende omstandigheden.....</i>	25
5.4.2.2. <i>Verzachtende omstandigheden.....</i>	25
5.4.2.3. <i>Noodzaak om de boete een afschrikkend karakter te geven.....</i>	25
5.5. <i>BESLUIT BETREFFENDE DE BOETE</i>	26
5.6. <i>SLOTOPMERKING</i>	26
6. <i>BESLUIT.....</i>	26
7. <i>KENNISGEVING EN PUBLICATIE VAN HET BESLUIT</i>	27
8. <i>BEROEPSMOGELIJKHEDEN.....</i>	27

1. VOORWERP

1. Dit besluit heeft tot doel te bepalen of de grieven die op 7 augustus 2017 door het BIPT aan Lycamobile werden meegedeeld, definitief kunnen worden weerhouden. Deze grieven betreffen de niet-naleving van artikelen 6bis en 6sexies, lid 3 van de Roamingverordening¹. Indien deze grieven worden weerhouden zal bepaald worden of 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 genoemd : “de BIPT-wet”) een administratieve boete opgelegd moet worden aan Lycamobile.

2. FEITEN, JURIDISCHE CONTEXT EN RETROACTA

2.1. Feiten

2. Vanaf 15 juni 2017 is het operatoren niet langer toegestaan om binnen de EU roamingtarieven aan te rekenen². Met ieder bestaand of nieuw contract waarin roaming is inbegrepen, kan de klant automatisch roamen tegen thuisstarief (“roaming like at home”). De nieuwe EU-regels gelden voor dataverbindingen, telefoongesprekken en sms-berichten.
3. In de praktijk rekent de provider de roaming binnen de EU aan op het binnenlandse tariefplan of wordt de roaming in mindering gebracht van de bundel, net alsof de klant thuis is gebleven.
4. Het BIPT stelt vast dat klanten van Lycamobile die beschikten over een bundel, wanneer zij roamden niet getarifeerd worden aan de hand van de voor deze bundel gangbare tarieven, maar wel volgens de tarieven die Lycamobile hanteert voor Pay As You Go³ (hierna : “PAYG”). Het BIPT stelt zodoende vast dat klanten van de Lycamobile die beschikten over een bundel, derhalve niet konden genieten van roaming like at home (“RLAH”) : het tarief dat gebruikers met een bundel moesten betalen voor roaming, stemde immers niet overeen met de tarieven die zij zouden betalen voor communicaties in het eigen land, maar week daar zelfs zeer sterk van af zoals verder zal blijken⁴.

¹ Deze Europese verordening draagt voluit de volgende titel : de Verordening (EU) 531/2012 van het Europees Parlement en de Raad van 13 juni 2012 betreffende roaming op openbare mobiele communicatienetwerken binnen de Unie dewelke gewijzigd is door Verordening 2015/2120 van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2015 tot vaststelling van maatregelen betreffende open-internettoegang en tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en -diensten en Verordening nr. 531/2012 betreffende roaming op openbare mobiele communicatienetwerken binnen de Unie en door Verordening 2017/920 van het Europees Parlement en de Raad van 17 mei 2017 tot wijziging van Verordening nr. 531/2012 wat betreft de voorschriften voor wholesaleroamingmarkten. Omwille van de leesbaarheid zal in dit besluit de term “Roamingverordening” worden gebruikt.

² Behoudens specifieke gevallen die verband houden met fair use policy en vrijstelling – zie verder.

³ Cf. <http://www.lycamobile.be/nl/eu-roaming-verandert>

⁴ Het is belangrijk op te merken dat dit besluit betrekking heeft op de aanbiedingen van Lycamobile tot midden september 2017. Naderhand is Lycamobile prepaid-bundels gaan aanbieden met RLAH.

5. Op 19/6 stuurde het BIPT een korte mail naar Lycamobile met de vraag of Lycamobile de nieuwe roamingregeling al dan niet toepaste. Lycamobile reageerde hierop niet waarop het BIPT op 22/6/2017 de volgende mail aan Lycamobile stuurde :

“Op 19/6/2017 hebben wij u twee mails gestuurd met een concrete vraag naar de toepassing van roaming door Lycamobile. Geen van deze mails werd door u beantwoord. Meer specifiek gaat het om de zgn. nationale bundels van Lycamobile. De vraag stelt zich of deze bundels al dan niet gebruikt kunnen worden binnen Europa. Indien niet, wordt dan de mogelijkheid om op te bellen of te internetten in het buitenland voor gebruikers van deze bundels geblokkeerd ? Indien deze bundels wel bruikbaar zijn in het buitenland, wordt het evt. gebruik dan afgetrokken van het nationale forfait ?

Wij willen u er op wijzen dat art. 111/, § 1, WEC operatoren verplicht om op transparante en duidelijke wijze te communiceren over hun tarieven. Gelieve daarom bovenstaande vragen zo spoedig mogelijk, bij voorkeur nog in de loop van vandaag, te beantwoorden.”

6. Op deze mail kwam geen reactie vanwege Lycamobile. Op 5/7/2017 bezorgde het BIPT een mailbericht aan Lycamobile waarin werd gesteld :

7. *“Na overleg met de Europese Commissie moeten wij vaststellen dat het pay as you go-systeem (cf. <http://www.lycamobile.be/nl/eu-roaming-verandert>) niet in overeenstemming is met roaming like at home zoals vastgelegd in de verordeningen 531/2012 en 2015/2120 : de klanten van Lycamobile met een bundel wordt immers de mogelijkheid ontzegd tot roaming like at home (d.w.z. dat een gebruiker in alle Europese lidstaten belt, sms't en surft aan de tarieven die hij in het thuisland betaalt). Het standaardtarief dat gebruikers met een bundel moeten betalen voor roaming, stemt niet overeen met de tarieven die zij binnen hun bundel betalen maar wijkt daar zelfs zeer sterk van af : een gebruiker met een bundel van 20€ (cf. <http://www.lycamobile.be/nl/bundle>) beschikt binnen België voor dat bedrag over onbepaalde belminuten en sms'en en over 7 GB data. In het kader van pay as you go betaalt die klant echter 0,12€ per MB, d.w.z. meer dan 120€ per GB.*

(...)

We willen u dan ook met aandrang vragen om uiterlijk op 10/7/2017 uw website aan te passen en pay as you go te vervangen door roaming like at home, (...).”

8. Nog dezelfde dag ontving het BIPT twee mails van Lycamobile waarin werd gevraagd of dat dit het officiële standpunt is van het BIPT en of dit antwoord volgt uit de discussies met BEREC. Het BIPT antwoordde op 6/7/2017 met een mail waarin werd gesteld dat het BIPT ter zake contact heeft opgenomen met de Europese Commissie en dat het mailbericht het standpunt weergeeft van de Dienst Gebruikers van het BIPT. Hieraan werd toegevoegd dat dit standpunt kan voorafgaan aan een formele procedure.

9. Op 7/7/2017 ontving het BIPT een mail vanwege Lycamobile waarin zij stelden dat de bundels van Lycamobile contracten zijn van 30 dagen. In voorbereiding van RLAH had Lycamobile een studie gemaakt over de mogelijke financiële impact hiervan. Op basis daarvan verwachtte Lycamobile ernstige verliezen. Om die reden, aldus Lycamobile, werd beslist om de *Terms & Conditions* aan te passen en roamingdiensten daaruit te verwijderen. Op 14 mei werden de websites van Lycamobile in die zin aangepast en ontvingen de klanten een sms met de betreffende informatie. Bijgevolg bevatten de bundels van Lycamobile geen roaming. Lycamobile is van oordeel dat de Roamingverordening operatoren niet verplicht om roaming aan te bieden. Volgens Lycamobile hebben andere regulatoren dit aanvaard en dit standpunt zag Lycamobile door juridische analyse bevestigd : de Roamingverordening laat operatoren toe om producten met en zonder roaming aan te bieden. Bijgevolg acht Lycamobile de bundels zonder roaming conform met de toepasselijke regelgeving. Lycamobile wijst er nog op dat klanten die wensen te roamen dit kunnen doen met Pay As You Go (PAYG). Deze klanten betalen dan hetzelfde tarief voor roaming binnen Europa als in het eigen land. Ook dit is volgens Lycamobile in overeenstemming met de Roamingverordening .
10. In een mail van 10/7/2017 stelde het BIPT Lycamobile de vraag wat precies gebeurt wanneer een klant met een bundel probeert te roamen in een ander EU-land : wordt de dienst geblokkeerd ? Wordt er automatisch overgeschakeld op PAYG ? Tevens werd gevraagd om te specificeren welke regulatoren PAYG reeds hebben geaccepteerd.
11. Lycamobile bevestigde in een mail van 13/7/2017 dat een klant met een bundel deze sinds 15/6/2017 niet meer kan gebruiken voor roaming. Dit wordt volgens Lycamobile echter ondervangen door PAYG dat klanten toelaat om te roamen tegen thuishartarief. Klanten die in een ander EU-lidstaat komen, ontvangen daarover een sms met de tarieven en andere informatie. In dezelfde mail bevestigt Lycamobile dat met verschillende regulatoren werd gesproken en dat deze van oordeel leken dat de Roamingverordening operatoren niet verplicht om roaming op te nemen in hun bundels. Lycamobile beweert geen weet te hebben van een regulator die het aanbieden van niet-roamingtarieven onwettig acht.
12. Lycamobile is aldus van oordeel dat het feit dat de betreffende bundels niet bruikbaar waren voor roaming binnen de EU en dat de roamende klanten die over een bundel beschikten, gebruik moesten maken van PAYG en ook dienovereenkomstig werden getarifeerd, in overeenstemming was met de Roamingverordening.

2.2. Juridische context

2.2.1. Algemeen

13. Artikel 16.1 van de Roamingverordening bepaalt :

“De nationale regelgevende instanties controleren en zien toe op de naleving van deze verordening op hun grondgebied.

De nationale regelgevende instanties oefenen strikte controle en toezicht uit op roamingaanbieders die gebruikmaken van artikel 6ter, artikel 6quater en artikel 6sexies, lid 3.”

14. Krachtens deze bepalingen kan het BIPT de naleving van de Roamingverordening afdwingen.

15. Artikel 8, 2°, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicaties (hierna : “WEC”), legt het BIPT de taak op om consumenten een hoog niveau van bescherming te waarborgen bij hun relaties met leveranciers van elektronische communicatiediensten.

2.2.2. Ten gronde

16. Artikel 6bis van de Roamingverordening bepaalt :

“Met ingang van 15 juni 2017 brengen roamingaanbieders, indien de wetgevingshandeling die moet worden vastgesteld naar aanleiding van het in artikel 19, lid 2, bedoelde voorstel op die datum van toepassing is, roamende klanten in eender welke lidstaat geen toeslag bovenop de binnenlandse retailprijs in rekening voor geïnitieerde of ontvangen gereguleerde roaminggesprekken, verzonden gereguleerde roaming-sms-berichten of gebruikte gereguleerde dataroamingdiensten, waaronder mms-berichten, noch algemene kosten om de eindapparatuur of de dienst in het buitenland te kunnen gebruiken, onverminderd de artikelen 6 ter en 6 quater.”

17. Deze bepaling vormt aldus de basis voor “roaming like at home” (RLAH), hetgeen impliceert dat een gebruiker in elk ander EU-land van mobiele diensten kan genieten zonder dat deze gebruiker daarvoor meer betaalt dan voor communicaties binnen de eigen lidstaat. Dit geldt voor bellen (naar vast en mobiel), sms'en én mobiele data in een ander EU-land. De gebruiker betaalt dus voor hetzelfde type van communicaties hetzelfde tarief in andere EU-landen als in eigen land. In de praktijk rekent de betreffende provider het verbruik dus aan op het binnenlandse tariefplan of bundel.

18. Artikel 6sexies, onderdeel 3 van de Roamingverordening luidt :

“3. Roamingaanbieders kunnen roamende klanten een ander roamingtarief aanbieden dan een tarief dat is vastgesteld overeenkomstig de artikelen 6 bis, 6 ter en 6 quater en lid 1 van dit artikel, en roamende klanten kunnen ook vrijwillig voor dat ander tarief kiezen, waardoor zij een ander tarief voor gereguleerde roamingdiensten genieten dan het tarief dat hun zou zijn aangeboden indien zij deze keuze niet hadden gemaakt. De roamingaanbieder wijst deze roamende klanten op de aard van de roamingvoordelen die daardoor verloren gaan.

Onverminderd de eerste alinea, passen roamingaanbieders het overeenkomstig de artikelen 6 bis en 6 ter en lid 1 van dit artikel vastgestelde tarief automatisch toe voor alle bestaande en nieuwe roamende klanten.

Een roamende klant kan op elk moment verzoeken om over te stappen naar of van het tarief dat is vastgesteld overeenkomstig de artikelen 6 bis, 6 ter en 6 quater en lid 1 van dit artikel. Wanneer roamende klanten vrijwillig kiezen om over te schakelen van of naar het tarief dat wordt vastgesteld overeenkomstig de artikelen 6 bis, 6 ter en 6 quater en lid 1 van dit artikel, geschiedt elke overstap kosteloos binnen één werkdag na ontvangst van het verzoek, en zonder dat voorwaarden of beperkingen worden opgelegd op grond van elementen van het abonnement die geen betrekking hebben op roaming. Roamingaanbieders kunnen deze overstap uitstellen totdat het voorgaande roamingtarief gedurende een gespecificeerde minimumtermijn van kracht is geweest; deze minimumtermijn mag niet langer zijn dan twee maanden.”

19. Deze bepaling laat operatoren toe om klanten tariefplannen aan te bieden waarbij de roaming like at home-regeling niet wordt toegepast. Het is operatoren zodoende toegelaten om tariefplannen aan te bieden die een roamingtarifiering bevatten die hoger is dan wat de klant zou betalen in geval van RLAH. Dit kan echter maar wanneer een aantal voorwaarden zijn vervuld :
- het gaat om daadwerkelijke alternatieve tariefplannen, d.w.z. dat naast de aanbieding(en) zonder roaming like at home, de operator ook tariefplannen aanbiedt mét roaming like at home;
 - de klant kan vrijwillig kiezen tussen de verschillende tariefplannen;
 - de operator wijst de klant op de voordelen van roaming like at home die hij verliest wanneer hij opteert voor een tariefplan zonder roaming like at home;
 - wanneer de klant niet actief kiest voor een tariefplan zonder roaming like at home, past de operator roaming like at home toe;
 - de klant die gekozen heeft voor een tariefplan zonder roaming like at home, kan te allen tijde gratis overschakelen naar een tariefplan met roaming like at home.
20. Het vervullen van deze voorwaarden zijn noodzakelijk voor het aanbieden van een alternatief tariefplan waarbij roaming like at home niet wordt toegepast. Sinds 15/6/2017 is roaming like at home immers de regel voor roaming binnen de EU en kunnen uitzonderingen daarop slechts onder de strikte wettelijke voorwaarden worden toegestaan.

2.3. Gevolgde procedure

21. Op 7 augustus 2017 verstuurde het BIPT een brief met grieven aan Lycamobile.
22. In deze brief met grieven stelde het BIPT dat PAYG van Lycamobile niet in overeenstemming is met artikelen 6bis en 6sexies, lid 3 van de Roamingverordening. Het BIPT deelde Lycamobile eveneens het beoogde bedrag van de administratieve boete mee, met name 25.000 euro. Het BIPT nodigde Lycamobile uit om haar schriftelijke commentaren mee te delen en om te verschijnen op de hoorzitting van 25 september 2017. Ten slotte gaf de Raad van het BIPT in de brief met grieven aan dat hij, na ontvangst van de schriftelijke commentaren van Lycamobile en na de hoorzitting, zou kunnen besluiten tot het definitief weerhouden van de meegedeelde grieven en tot het definitief opleggen van een administratieve geldboete, overeenkomstig artikel 21, § 2, van de BIPT-wet.
23. Lycamobile bezorgde het BIPT haar schriftelijke commentaren in een brief van 31 augustus 2017.
24. Lycamobile verscheen op de hoorzitting met de Raad van het BIPT die plaatsvond op 25 september 2017. Op het einde van de zitting sloot het BIPT de debatten.

3. WETTELIJKE BASIS

25. Artikel 21, §§ 1 tot 5 van de BIPT-wet 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 ²raadplegen 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 [4 1.000.000 euro voor rechtspersonen;

(...)

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.”

4. ANALYSE VAN HET BIPT

4.1. Meegedeelde grief

26. Per brief van 7 augustus 2017 deelde het BIPT de volgende grief mee aan Lycamobile : het niet naleven van artikelen 6bis en 6sexies, lid 3 van de Roamingverordening doordat Lycamobile haar klanten die binnen Europa wensen te roamen PAYG oplegt, hetgeen, in tegenstelling tot wat beoogt wordt met RLAH, voor de klanten die over een bundel beschikken een aanzienlijke meerkost met zich meebrengt zonder dat deze klanten de mogelijkheid hebben om te roamen tegen dezelfde voorwaarden als deze die gelden voor communicaties in eigen land.

4.2. Standpunt van Lycamobile ten aanzien van de meegedeelde grieven en beoordeling door het BIPT

27. Lycamobile verwoordde haar standpunt ten aanzien van de meegedeelde grieven in haar brief aan het BIPT van 31 augustus 2017 alsook op de hoorzitting van 25 september 2017.

28. Het BIPT herhaalt hieronder de motivering voor het formuleren van de grieven (onderdeel 4.2.1.), geeft het standpunt van Lycamobile weer ten aanzien van de meegedeelde grieven (onderdeel 4.2.2.) om vervolgens zijn definitieve beoordeling aan het standpunt van Lycamobile en de meegedeelde grieven te geven (onderdeel 4.2.3.).

4.2.1. Motivering van de meegedeelde grieven

29. De motivering op grond waarvan de grieven werden meegedeeld was de volgende :

“5.1.1. Wat betreft PAYG als toeslag voor roaming

Afschaffing van retailroamingtoeslagen in de Unie houdt in dat tijdens roaming in het buitenland binnen de Unie dezelfde tariefvoorwaarden op het gebruik van mobiele diensten van toepassing zijn als thuis (dat wil zeggen in het land van het mobiele abonnement van de klant).

De Roamingverordening is gericht op het wegwerken van de verschillen tussen binnenlandse prijzen en de prijzen die van toepassing zijn op roaming tijdens periodieke reizen binnen de Unie, waardoor „roaming like at home” (roaming tegen thuishetarief) tot stand wordt gebracht.

Lycamobile biedt pre-paid bundels aan die 30 dagen geldig zijn. Deze bevatten spraaktelefonie, sms en data. Deze bundels laten geen roaming toe. Wenst de klant roaming, dan moet hij gebruik maken van een bijkomend pakket, met name “Pay As You Go” (PAYG).

De tarieven die Lycamobile voor PAYG aanrekent, bedragen :

<i>Vast</i>	<i>België Mobiel (Lycamobile)</i>	<i>België Mobiel SMS (Andere providers)</i>	<i>België (Lycamobile)</i>	<i>België SMS (Andere providers)</i>	<i>Internet</i>
<i>9cts/min</i>	<i>5cts/min</i>	<i>15cts/min</i>	<i>6cts/SMS</i>	<i>6cts/SMS</i>	<i>12cts/MB</i>

Deze tarieven stemmen overeen met de standaardtarieven die Lycamobile hanteert voor klanten die weliswaar op hun prepaidkaart een bepaald bedrag hebben opgeladen maar die niet opteren voor een bepaalde bundel.

In vergelijking met de bundels die Lycamobile aanbiedt, zijn deze standaardtarieven duur. Ter vergelijking : de duurste bundel die Lycamobile aanbiedt is “All-in One S” waarbij de klant voor € 29 o.m. 10 GB ontvangt. Indien de klant gebruik maakt van PAYG, betaalt hij voor 1 GB meer dan € 120.

Lycamobile laat zijn klanten niet toe om bij het roamen gebruik te maken van hun bundels.

Lycamobile legt klanten die al beschikken over een bundel maar die wensen te roamen de verplichting op om extra krediet op hun prepaidkaart te plaatsen zodat zij gebruik kunnen maken van PAYG of om een bedrag dat op hun prepaidkaart staat en dat niet voor een bundel wordt gebruikt, te besteden aan PAYG.

Zodoende legt Lycamobile klanten die beschikken over een bundel de facto een toeslag op om te kunnen roamen.

Artikel 6bis van de Roamingverordening verbiedt operatoren om een toeslag bovenop de binnenlandse retailprijs op te leggen in geval van roaming.

Door klanten die beschikken over een bundel de facto een toeslag aan te rekenen voor roaming, holt Lycamobile de roaming-regulering uit en confronteert ze haar klanten met tarieven voor roaming die merklijk hoger zijn dan de tarieven die hen aangerekend worden voor binnenlands gebruik.

5.1.2. Wat betreft het ontbreken van keuzemogelijkheden voor klanten met bundels

Indien de klanten van Lycamobile die over een bundel beschikken, willen roamen binnen de EU, moeten zij in weerwil van hun bundel, gebruik maken van PAYG en daarvan de hoge kosten dragen. Lycamobile brengt de roaming niet in mindering van de betreffende bundels tegen de tarifiering die voor deze bundels geldt en biedt ook geen andere bundels aan die roaming like at home tegen een vergelijkbaar tarief mogelijk maken.

Artikel 6sexies, onderdeel 3 van de Roamingverordening laat weliswaar aan operatoren toe om roamende klanten een ander roamingtarief aan te bieden dan een tarief dat is vastgesteld overeenkomstig de artikelen 6bis, 6ter en 6quater, lid 1 van de Roamingverordening, d.w.z. het roaming like at home-tarief. Roamende klanten kunnen zodoende vrijwillig voor dat ander tarief kiezen, waardoor zij een ander tarief voor gereguleerde roamingdiensten genieten dan het tarief dat hun zou zijn aangeboden indien zij deze keuze niet hadden gemaakt. Dit impliceert echter wel dat naast een alternatief tarief ook daadwerkelijk de mogelijkheid tot roaming like at home wordt geboden.

Klanten van Lycamobile die beschikken over een bundel kunnen echter enkel kiezen tussen roaming via PAYG of helemaal geen roaming. In die zin beschikken zij niet over een vrije keuzemogelijkheid.

Volgens artikel 6sexies, onderdeel 3, 2de lid, van de Roamingverordening passen roamingaanbieders roaming like at home automatisch toe voor alle bestaande en nieuwe roamende klanten. Dit impliceert dat een alternatief tariefplan, d.w.z. een tariefplan waarbij roaming like at home niet wordt toegepast, een reële keuze moet zijn die aan de klant wordt aangeboden. Daarenboven moet de klant ook de mogelijkheid hebben om te allen tijde van een alternatief tariefplan over te stappen op een tariefplan dat wel roaming like at home bevat. PAYG kan bijgevolg niet beschouwd worden als een alternatief tariefplan aangezien de klant over geen keuzemogelijkheid beschikt.

5.2. Besluit betreffende de overtreding en de procedure

Op basis van de vaststellingen hierboven besluit het BIPT tot een overtreding in hoofde van Lycamobile van artikel 6bis van de Roamingverordening. Dit artikel verplicht operatoren ertoe om bij roaming binnen de EU dezelfde tariefvoorwaarden op het gebruik van mobiele diensten toe te passen zijn als in het land van het mobiele abonnement van de klant ("roaming like at home").

Op basis van de vaststellingen hierboven besluit het BIPT tot een overtreding in hoofde van Lycamobile van artikel 6sexies, onderdeel 3 van de Roamingverordening. Dit artikel verplicht operatoren wanneer zij op bepaalde tariefplannen geen roaming like at home- mogelijkheid bieden, zij hun klanten de mogelijkheid te bieden om vrijwillig voor een andere tariefformule te kiezen zodat zij kunnen genieten van roaming like at home.

Het BIPT beslist dan ook de procedure van artikel 21 van de BIPT-wet op te starten en de Lycamobile kennis te geven van onderstaande grieven en van het beoogde bedrag van de administratieve boete.”

4.2.2. Standpunt van Lycamobile

4.2.2.1. Wat betreft het verschil tussen de bundels en PAYG

30. Lycamobile stelt dat zij twee types van producten aanbiedt : bundels die 30 dagen geldig zijn en geen roaming toelaten. Wanneer een gebruiker van dergelijke bundel geen PAYG aankoopt, is hij niet in staat om roamingdiensten te gebruiken wanneer hij binnen de EU reist.
31. Daarnaast biedt Lycamobile ook PAYG aan. Dit heeft geen bepaalde geldigheidsperiode en is evenmin gebonden aan een bepaald volume. PAYG kan ook gebruikt worden om te roamen in de EU.
32. Het verschil tussen beide producten is het resultaat van een analyse die Lycamobile heeft uitgevoerd ter voorbereiding van de implementatie van de EU-roamingverordening. Deze analyse toonde aan dat door de hoogte van de wholesaletarieven die aangerekend worden door Lycamobile's internationale roamingaanbieder, Lycamobile voor bepaalde klanten RLAH zou aanbieden aan tarieven die significant lager zijn dan de werkelijke wholesalekosten. Om significante verliezen te vermijden nam ze de noodzakelijke beslissing om de algemene voorwaarden voor prepaidbundels aan te passen en roaming uit deze bundels te schrappen. Het prijsmechanisme en de volumes voorzien in de prepaidbundels zijn immers gebaseerd op de veronderstelling dat dergelijke volumes in eigen land worden gebruikt. Indien het prijsmechanisme en de volumes voorzien in de bestaande prepaidbundels ook toepasselijk zouden zijn voor roamingdiensten, dan zou dit Lycamobile verplichten om roamingdiensten aan te bieden onder haar kost en nefast zijn voor de economische levensvatbaarheid van Lycamobile.

33. Voorgaande impliceert ook dat wanneer het BIPT Lycamobile zou verplichten om prepaid-bundels aan te bieden met EU roamingfunctionaliteit, dit noodzakelijkerwijze zou impliceren dat Lycamobile haar tarieven significant zou moeten verhogen. Dit zou minder gunstig zijn voor klanten van Lycamobile, hetgeen ingaat tegen het doel van de EU-roamingverordening.
34. Om klanten toe te laten te roamen, biedt Lycamobile PAYG aan : dit bevat uniforme tarieven, is RLAH-conform en is commercieel levensvatbaar.
35. In navolging van de inwerkingtreding van de EU-roamingverordening bekijkt Lycamobile hoe zij RLAH kan opnemen in de prepaid-bundels op een wijze die haar toelaat om RLAH-diensten aan te bieden die commercieel levensvatbaar zijn.

4.2.2.2. Wat betreft de vermeende toeslag voor roaming

36. Lycamobile stelt dat het BIPT onterecht meent dat Lycamobile een toeslag oplegt aan prepaid-klanten die gebruik maken van roaming. Het BIPT past echter de EU-roamingverordening toe op een product dat geen roaming toelaat en vergelijkt tegelijk tarieven en volumes van twee volledig verschillende producten.
37. Doordat roamingdiensten geblokkeerd zijn op de prepaidbundels, rekent Lycamobile geen roamingdiensten aan als onderdeel van deze bundels. Bijgevolg zijn de RLAH-bepalingen, met inbegrip van de artikelen 6bis en 6sexies van de Roamingverordening, niet van toepassing op deze bundels. De Roamingverordening is immers alleen van toepassing op roamingaanbieders, dit zowel *ratione personae* als *ratione materiae*. Op producten zonder roaming is de Roamingverordening derhalve niet van toepassing. Voor wat betreft die producten is de operator in kwestie geen roamingleverancier.
38. Om tegemoet te komen aan de vraag van klanten om te kunnen roamen, biedt Lycamobile een afzonderlijke productoplossing met verschillende contractuele voorwaarden. Bijgevolg moeten klanten die wensen te roamen, opteren voor PAYG. De tarieven van PAYG zijn uniform en maken geen onderscheid tussen nationale oproepen of EU-roaming-oproepen. Bijgevolg past Lycamobile, in overeenstemming met artikel 6bis van de Roamingverordening RLAH toe voor de PAYG-klanten.
39. De eenvoudige vaststelling dat PAYG-tarieven nominaal hoger zijn dan de tarieven in de prepaid-bundels impliceert niet dat Lycamobile voor roaming een toeslag vraagt voor deze prepaid-gebruikers. Het bestaan van een toeslag moet immers vastgesteld worden op basis van tarieven van het roaming-product in kwestie (nl. PAYG) en niet op basis van een vergelijking tussen twee volledig verschillende producten.
40. Bovendien is er geen vereiste onder de Roamingverordening voor operatoren om roamingdiensten op te nemen in hun telecommunicatieaanbiedingen.

4.2.2.3. Wat betreft het aanbieden van een daadwerkelijk alternatief

41. Vooreerst laat Lycamobile gebruikers de mogelijkheid om een specifieke keuze te maken voor een alternatief tariefplan : de klanten van Lycamobile werden via de website en via sms verwittigd dat hun prepaid-bundels geen roamingdiensten omvatten. Vervolgens hadden deze klanten de mogelijkheid om een alternatieve oplossing te vinden. Of ze veranderen naar PAYG of ze stappen over naar andere aanbieders die EU-roaming kunnen opnemen in hun bundels. Indien deze klanten toch de bundel bleven gebruiken, stemden ze hiermee in en opteerden ze ondubbelzinnig voor een oplossing die geen roaming omvat.
42. Ten tweede heben de klanten elk ogenblik de mogelijkheid om te veranderen naar een tariefplan dat in RLAH voorziet : Lycamobile biedt immers PAYG aan als alternatieve oplossing. Elke klant heeft op elk ogenblik de mogelijkheid om PAYG te bestellen wanneer deze gebruik wil maken van roamingdiensten. PAYG is RLAH-conform. Zodoende voorziet Lycamobile in een RLAH-alternatief. Bovendien, om de klant toe te laten aan de laagste tarieven te bellen, kan deze steeds terug veranderen naar zijn prepaid-bundel wanneer hij gebruik wenst te maken van telecommunicatiediensten in eigen land.
43. Zodoende biedt Lycamobile volledige flexibiliteit aan de eigen klanten en voldoet Lycamobile aan artikel 6sexies van de Roamingverordening.

4.2.3. Beoordeling door het BIPT

4.2.3.1. Wat betreft de toepasselijkheid van de Roamingverordening op Lycamobile

44. De Roamingverordening is van toepassing op iedere operator die beschouwd kan worden als een roamingaanbieder in de zin van artikel 2.2.a van de Roamingverordening, nl. *“een onderneming die een roamende klant gereguleerde retailroamingdiensten aanbiedt”*.
45. Deze definitie houdt in dat een roamingoperator een operator is die aan zijn klanten roaming aanbiedt. Het is geenszins vereist dat alle of de meeste producten die een operator aanbiedt, roaming mogelijk maken. Het volstaat dat een operator één product aanbiedt dat roaming mogelijk maakt opdat deze operator beschouwd wordt als een roamingaanbieder in de zin van de Roamingverordening.
46. Gelet op voorgaande kan er geen twijfel over bestaan dat Lycamobile, door het aanbieden van PAYG, zijnde een tariefplan dat aan de klanten toestaat om te roamen, beschouwd moet worden als een roamingaanbieder in de zin van de Roamingverordening. Als dusdanig is Lycamobile dan ook gehouden om de Roamingverordening te eerbiedigen.

47. Er kan evenmin twijfel over bestaan dat een operator op wie de Roamingverordening van toepassing is, geacht wordt deze reglementering na te leven. Dit houdt ook in dat deze operator geen activiteiten ontplooit die de toepassing van de Roamingverordening bemoeilijken of de gebruikers verhindert om te genieten van de voordelen die de Roamingverordening hen biedt, met inbegrip van RLAH.

4.2.3.2. Wat betreft de toepasselijkheid van de Roamingverordening op de prepaid-bundels van Lycamobile

48. Lycamobile stelt dat de Roamingverordening niet van toepassing is op haar binnenlandse bundels omdat deze geen roaming toelaten. Klanten die beschikken over deze bundels moeten immers gebruik maken van een bijkomend tariefplan, met name PAYG, om in een andere EU-lidstaat te kunnen roamen. Lycamobile stelt daarenboven dat PAYG wél voldoet aan de RLAH-reglementering : een klant die in een EU-lidstaat al roamend gebruik maakt van PAYG betaalt daarvoor precies hetzelfde tarief als wanneer hij in België PAYG gebruikt.

49. Het BIPT is er zich van bewust dat PAYG door Lycamobile als een ander product wordt aangeboden, verschillend van de bundels die enkel nog voor binnenlands gebruik bruikbaar zijn. Deze bundels zijn slechts gedurende 30 dagen geldig en laten geen roaming toe. PAYG is onbeperkt geldig en laat wel roaming toe.

50. PAYG wordt op de website van Lycamobile echter niet samen met de overige bundels gepresenteerd maar wel op de webpagina <http://www.lycamobile.be/nl/eu-roaming-verandert> die betrekking heeft om roaming in andere EU-lidstaten⁵. Dit wekt minstens de indruk dat Lycamobile PAYG niet wenst aan te bieden als een alternatief voor de overige bundels want dan zou PAYG tezamen met deze andere bundels worden gepresenteerd. Door PAYG enkel te presenteren op de webpagina die roaming binnen de EU betreft, wekt Lycamobile minstens de schijn dat het PAYG niet als een product voor binnenlands gebruik aanbiedt, maar wel als de mogelijkheid tot roamen binnen de EU voor klanten met prepaid-bundels die sinds 15/6/2017 enkel nog bruikbaar zijn voor binnenlands gebruik.

⁵ Zoals eerder gesteld heeft dit besluit betrekking op de situatie voor midden september 2017 – zie ook voetnoot 4.

51. Lycamobile wijst er op dat PAYG ook binnen België kan worden gebruikt en dat de tarieven voor PAYG-gebruikers dezelfde zijn binnen België als voor EU-roaming. Er moet echter eveneens vastgesteld worden dat de tarieven voor PAYG sterk verschillen van deze voor de prepaid-bundels : in het kader van de duurste bundel die Lycamobile in augustus 2017 aanbiedt, met name All-in One S, betaalt de gebruiker € 29 voor 10GB⁶, dus € 2,9 per GB. In het kader van PAYG betaalt de gebruiker 12cts per MB, d.w.z. € 122,88 per GB⁷. Voor data is PAYG zodoende 40 maal duurder dan de duurste bundel die Lycamobile aanbiedt. Door dit prijsverschil kan PAYG bezwaarlijk beschouwd worden als een realistisch alternatief voor de prepaid-bundels voor wat betreft binnenlands gebruik. Dit geldt bovendien ook wanneer de tijdsduur van PAYG en van de bundels mee in overweging wordt genomen : PAYG heeft weliswaar een onbeperkte gebruiksduur, dit in tegenstelling tot de prepaid-bundels die slechts 30 dagen geldig zijn. Het BIPT is er echter niet van overtuigd dat dit voordeel opweegt tegen de hogere tarieven die in het kader van PAYG worden aangerekend. Er moet immers vastgesteld worden dat zelfs wanneer een gebruiker de gebruikstermijn van zijn prepaid-bundels een aantal keren ongebruikt laat voorbijgaan, het tarief dat hij voor data betaalt wanneer hij zijn prepaidkaart dan wel gebruikt, nog altijd aanzienlijk goedkoper is dan wanneer hij zou opteren voor PAYG⁸.
52. Uit voorgaande kan het BIPT niet anders dan concluderen dat PAYG geen alternatief is voor de door Lycamobile aangeboden prepaid-bundels maar dat het eerder gezien moet worden als een aanvulling op deze prepaid-bundels, met name een aanvulling die tot doel heeft de gebruikers van de prepaid-bundels toe te laten om binnen de EU te roamen. Deze roaming gebeurt dan wel tegen een veel hoger tarief dan dat wat ze in het eigen land betalen voor hun communicaties.
53. De beoordeling van PAYG als een tariefplan dat in eerste instantie beschouwd moet worden als een aanvulling op de prepaid-bundels wordt ondersteund door de vaststelling dat Lycamobile PAYG op de markt bracht op hetzelfde ogenblik als dat aan de klanten werd meegedeeld dat met de prepaid-bundels niet langer geroamd kon worden. Dit blijkt immers uit Stuk 2 in de bundel van Lycamobile die gevoegd is bij de brief van 31/8/2017 : Onder de voorstelling van PAYG en de daarbij horende tarieven wordt gesteld : *“Please note that you will no longer be able to use bundle allowances while roaming.”* Uit dit Stuk, evenals uit de presentatie van de bundels en tarieven op de website van Lycamobile⁹, blijkt dat PAYG niet wordt voorgesteld als een alternatief voor de prepaid-bundels, maar wel als een noodzakelijke en bijkomende tariefformule zonder dewelke roaming niet mogelijk is. In die zin moet PAYG beschouwd worden als een aanvulling op de prepaid-bundels eerder dan als een alternatieve keuzemogelijkheid.

⁶ Voor dit bedrag ontvang hij ook nog belminuten en sms'en.

⁷ 1 GB is immers 1024 MB. Het is trouwens opmerkelijk dat de tarieven voor data in de prepaid-bundels zijn wordt weergegeven per GB; in geval van PAYG wordt het gangbare tarief uitgedrukt per MB, - waardoor niet onmiddellijk opvalt dat deze laatste tarief aanzienlijk hoger is dan de tarieven voor de prepaid-bundels.

⁸ Lapidair zou men kunnen stellen dat er bij PAYG geen sprake kan zijn van RLAH omdat “at home” gebruik van PAYG zinloos is vanwege zijn hoge prijs.

⁹ Zie o.m. <http://www.lycamobile.be/nl/bundle>.

54. Gelet op voorgaande kan het argument van Lycamobile als zou het BIPT onterecht twee onderscheiden tariefplannen – met name PAYG en de bundels - met elkaar vergelijken, niet worden aanvaard. PAYG moet beschouwd worden als de roamingmogelijkheid die Lycamobile biedt aan klanten die beschikken over een prepaid-bundel, met dien verstande dat Lycamobile ervoor heeft gezorgd dat sinds 15/6/2017 deze bundels op zich geen roaming meer mogelijk is en dat deze faciliteit voortaan enkel via PAYG kan worden bekomen.
55. Omdat de bundels die geen roaming toelaten en PAYG dat wel roaming toelaat maar door de hoge prijszetting bijzonder onaantrekkelijk is voor binnenlands gebruik tezamen de facto als een geheel kunnen beschouwd worden, kan de werking van beide types van producten beoordeeld worden in het licht van de Roamingverordening.

4.2.3.3. Wat betreft de levensvatbaarheid van RLAH voor Lycamobile

56. Lycamobile voert aan dat RLAH voorzien in de bestaande prepaidbundels Lycamobile zou verplichten om roamingdiensten aan te bieden onder haar kosten en nefast zou zijn voor de economische levensvatbaarheid van Lycamobile.
57. Dit argument overtuigt niet : artikel 6quater van de Roamingverordening voorziet immers dat aanbieders van roamingdiensten een afwijking kunnen vragen van het RLAH-stelsel om de houdbaarheid van hun nationale tariefmodel te waarborgen¹⁰. Als de afwijking toegestaan wordt, mag de aanbieder van roamingdiensten een retailtoeslag toepassen, waardoor hij de kosten kan dekken die samenhangen met de verstrekking van retailroamingdiensten, gelet op de toepasselijke maximale wholesaleprijzen. Daartoe moeten roamingaanbieders een gemotiveerd verzoek indienen bij het BIPT. Het BIPT heeft vanwege Lycamobile een dergelijk verzoek niet ontvangen.
58. De Roamingverordening, met inbegrip van het betreffende artikel 6quater, werd gepubliceerd op 26/11/2015. Lycamobile had aldus ruimschoots de tijd om een verzoek tot afwijking bij het BIPT in te dienen. Lycamobile heeft evenwel dergelijk verzoek niet ingediend, hetgeen impliceert dat Lycamobile onverkort de Roamingverordening met inbegrip van de RLAH-reglementering moet naleven.

¹⁰ Artikel 6bis van de Roamingverordening bepaalt immers in de eerste 2 onderdelen : “1. *In specifieke en uitzonderlijke omstandigheden kan de roamingaanbieder, teneinde de houdbaarheid van zijn binnenlands tariefmodel te waarborgen en wanneer hij zijn totale werkelijke en geraamde kosten voor het leveren van gereguleerde roamingdiensten overeenkomstig de artikelen 6 bis en 6 ter, niet kan dekken met zijn werkelijke en geraamde inkomsten uit die diensten, verzoeken om een toeslag te mogen aanrekenen. Die toeslag wordt uitsluitend toegepast voor zover dit nodig is om de kosten van de levering van gereguleerde retailroamingdiensten te dekken, met inachtneming van de toepasselijke maximale wholesaletarieven.*

2. *Indien een roamingaanbieder besluit van lid 1 van dit artikel gebruik te maken, dient hij onverwijld een verzoek in bij de nationale regelgevende instantie en verstrekt hij deze alle nodige informatie overeenkomstig de in artikel 6 quinquies bedoelde uitvoeringshandelingen.”*

4.2.3.4. Wat betreft de toeslag voor roaming

59. Het doel van de Roamingverordening is het vermijden dat gebruikers die binnen de EU roamen, geconfronteerd worden met tarieven die merklijk hoger zijn dan deze die gelden voor binnenlands gebruik : *“Bij deze verordening wordt een gemeenschappelijke aanpak ingevoerd die ervoor moet zorgen dat gebruikers van openbare mobielecommunicatienetwerken, wanneer zij binnen de Unie reizen, in vergelijking met concurrerende binnenlandse prijzen geen buitensporig hoge tarieven betalen voor roamingdiensten in de Unie (...).”*¹¹
60. Doordat Lycamobile aan haar klanten oplegt om PAYG te gebruiken wanneer zij binnen de EU wensen te roamen en deze klanten daarvoor een tarief aanrekent dat merklijk hoger is dan de binnenlandse tarieven die Lycamobile doorgaans aanbiedt, kan weliswaar in de meest strikte zin niet worden gesteld dat Lycamobile een toeslag aanrekent voor roaming binnen de EU : een via PAYG roamende klant van Lycamobile wordt op de binnenlandse bundel geen communicaties aangerekend; evenmin moet deze klant op hetgeen hem voor binnenlands verbruik wordt aangerekend, een surplus betalen. Wanneer een klant van Lycamobile roamt, blijft de bundel voor binnenlands gebruik onaangeroerd.
61. Daar staat echter tegenover dat de klant verplicht wordt om via PAYG te roamen en dat hij in dat geval de tarieven die horen bij dit tariefplan zal moeten betalen, ongeacht de bundel waarover hij beschikt.
62. Mocht Lycamobile RLAH toepassen op de prepaid-bundels, dan zou een gebruiker die beschikt over dergelijke bundel voor het roamen binnen de EU hetzelfde tarief betalen als voor zijn binnenlands verbruik. Doordat Lycamobile haar klanten echter verplicht om naast zijn prepaid-bundel PAYG te gebruiken voor roaming, moeten deze klanten aanmerkelijk meer betalen dan voor hun roaming dan voor hun binnenlands verbruik. In die zin wordt deze gebruikers met een prepaid-bundel de facto een toeslag aangerekend bovenop het tarief dat voor binnenlands verbruik geldt.
63. Lycamobile legt klanten die al beschikken over een bundel maar die wensen te roamen de verplichting op om extra krediet op hun prepaidkaart te plaatsen zodat zij gebruik kunnen maken van PAYG of om een bedrag dat op hun prepaidkaart staat en dat niet voor een bundel wordt gebruikt, te besteden aan PAYG. Zodoende legt Lycamobile klanten die beschikken over een bundel de facto een toeslag op om te kunnen roamen.

¹¹ Cf. art. 1.1 van de Roamingverordening.

64. Door klanten die beschikken over een bundel de facto een toeslag aan te rekenen voor roaming, holt Lycamobile de roaming-regulering uit en confronteert ze haar klanten met tarieven voor roaming die merkkelijk hoger zijn dan de tarieven die hen aangerekend worden voor binnenlands gebruik. Er valt niet in te zien hoe deze praktijk in overeenstemming kan worden geacht met het doel van de Roamingverordening zoals dit wordt verwoord in artikel 1, met name het er voor zorgen dat gebruikers *“wanneer zij binnen de Unie reizen, in vergelijking met concurrerende binnenlandse prijzen geen buitensporig hoge tarieven betalen voor roamingdiensten in de Unie”*. PAYG leidt immers wél tot buitensporig hoge tarieven en vormt de facto voor iedere klant van Lycamobile die reist of die binnen de EU grensoverschrijdend werkt, een ernstige belemmering om roamingdiensten te gebruiken.

4.2.3.5. Wat betreft de PAYG als alternatief aanbod

65. Zoals eerder gesteld kan PAYG niet beschouwd worden als een volwaardig alternatief voor de prepaid-bundels. Het kan niet ontkent worden dat een gebruiker van Lycamobile die beschikt over een prepaid-bundel en die in een andere EU-lidstaat wil roamen, ook moet beschikken over PAYG en derhalve ook de hoge PAYG-tarieven moet betalen.

66. Zoals Lycamobile zelf aangeeft kunnen haar klanten die beschikken over een bundel kunnen kiezen tussen roaming via PAYG, overstappen naar een andere operator of helemaal geen roaming.

67. Het BIPT beschouwt dit niet als een ernstige keuzemogelijkheid : volgens artikel 6sexies, onderdeel 3, 2de lid, van de Roamingverordening passen roamingaanbieders RLAH automatisch toe voor alle bestaande en nieuwe roamende klanten. Dit impliceert dat een alternatief tariefplan, d.w.z. een tariefplan waarbij RLAH niet wordt toegepast, een reële keuze moet zijn die aan de klant wordt aangeboden. Dit is de facto niet het geval : een klant van Lycamobile die voor roaming geen gebruik wenst te maken van PAYG, beschikt over geen alternatief, welke bundel of tariefplan van Lycamobile hij verder ook overweegt.

4.3. Besluit betreffende de naleving van artikelen 6bis en 6sexies, lid 3 van de Roamingverordening

68. Het BIPT weerhoudt dan ook definitief de grieven meegedeeld per brief van 7 augustus 2017 en beschouwt dan ook definitief dat Lycamobile de artikelen 6bis en 6sexies, lid 3 van de Roamingverordening niet heeft nageleefd.

5. MOTIVERING VAN HET BIPT BETREFFENDE HET OPLEGGEN VAN DE BOETE EN DE BEPALING VAN HET BEDRAG ERVAN

5.1. Beoogd bedrag van de administratieve boete meegedeeld aan Lycamobile

69. Op basis van de ontwerpredenering, opgenomen in het onderdeel 6.2. van de brief van het BIPT van 7 augustus 2017 deelde het BIPT, conform artikel 21 van de wet van 17 januari 2003, een beoogd bedrag van de administratieve geldboete aan Lycamobile mee van 25.000 euro.

5.2. Standpunt van Lycamobile ten aanzien van het beoogd bedrag van de administratieve boete

70. Lycamobile gaat in haar brief van 31 augustus 2017 niet in op het voorgestelde boetebedrag.

5.3. Motivering betreffende het opleggen van een boete

71. Gelet op de vastgestelde inbreuken op de artikelen 6bis en 6sexies, lid 3 van de Roamingverordening en de impact die de gepleegde inbreuken hebben op belangen van de gebruikers is het BIPT van oordeel dat het opleggen van een administratieve boete aan Lycamobile gerechtvaardigd is.

72. Door het opleggen van PAYG aan houders van een bundel, ondergraaft Lycamobile immers de voordelen die de Roamingverordening biedt aan de consumenten, met name de mogelijkheid tot RLAH : door de Roamingverordening kunnen gebruikers bij roaming binnen de EU er op vertrouwen dat hun operator hen hetzelfde tarief zal aanrekenen als datgene dat zij betalen voor hun binnenlandse communicaties. Doordat Lycamobile haar gebruikers die binnen de EU wensen te roamen verplicht om het dure PAYG te gebruiken, ongeacht de bundel of het tariefplan waarover deze gebruikers beschikken, handelt Lycamobile niet in overeenstemming met de Roamingverordening en benadeelt zij zodoende op ernstige wijze haar gebruikers.

5.4. Motivering betreffende het bedrag van de boete

73. Artikel 21, §§ 1 en 5, van de BIPT-wet bepaalt :

« § 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 zijn grieven mee aan de betrokkene, alsook de beoogde maatregelen bedoeld in paragraaf 5 die toegepast zullen worden, indien de overtreding bevestigd wordt. »;

(...)

« § 5. Indien de Raad een overtreding constateert, beveelt hij de stopzetting ervan, hetzij onmiddellijk, hetzij binnen de redelijke termijn die hij bepaalt.

Het bevel tot stopzetting kan gepaard gaan met één of meerdere van de volgende maatregelen : 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 % 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 5.000 euro;

74. Er moet vastgesteld worden dat de wetgever geen specifieke berekeningsmethode van administratieve boetes heeft vastgelegd noch specifieke criteria heeft bepaald waarmee de Raad rekening moet houden ingeval van het bepalen van het bedrag van de administratieve boete.

75. Bij het bepalen van het bedrag van de administratieve boete past het dan ook rekening te houden met de principes, die de Europese wetgever terzake oplegt aan de nationale regelgevende instanties.

76. In casu betekent dit dat er geredeneerd moet worden op basis van de algemene beginselen opgenomen in de artikelen 10.2 en volgende van Richtlijn 2002/20/EG van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten, zoals gewijzigd door Richtlijn 2009/140/EG van 18 december 2009 (hierna: de Machtigingsrichtlijn). Die artikelen betreffen de nakoming van voorwaarden of verplichtingen opgelegd door wetgeving (in de brede zin van het woord) of besluiten van de regulator.

77. In die artikelen wordt met betrekking tot de sancties gesteld dat NRA's "passende en evenredige maatregelen" moeten kunnen nemen met het oog op de naleving van een eis om een inbreuk te stoppen (art. 10.3, eerste zin, Machtigingsrichtlijn) en dat de lidstaten in dat verband aan de NRA's de bevoegdheid mogen geven om, waar zulks passend is, "ontmoedigende geldelijke sancties" op te leggen (art. 10.3, tweede zin, a), Machtigingsrichtlijn).

78. Uit deze passages kunnen minstens de algemene beginselen van de “*passendheid*” (beter: geschiktheid) en evenredigheid (of proportionaliteit) van de boete worden afgeleid.
79. Bij de toepassing van deze beginselen beschikt het BIPT over een discretionaire bevoegdheid¹².
80. Het BIPT vindt het passend en proportioneel dat er bij het bepalen van een administratieve boete uitgegaan wordt van een basisbedrag, dat in relatie staat tot de ernst en de duur van de overtreding. Vervolgens is het gepast en evenredig om dit concrete bedrag aan te passen in functie van de concrete gedragingen van de overtreder in het concrete 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 disciplinerende en ontmoedigende van het gedrag van de overtreder en, desgevallend van anderen die een soortgelijke gedraging zouden kunnen aannemen.

5.4.1. Bepaling van het basisbedrag

81. Bij het vaststellen van het basisbedrag van de administratieve boete heeft het BIPT rekening gehouden met de onderstaande elementen:

5.4.1.1. Principe van proportionaliteit en omzet op de betrokken markt

82. Het jongste volledige referentiejaar dat door het BIPT gekend is, is 2016.
83. Lycamobile heeft in het jaar 2016 een omzet op de mobiele markt gerealiseerd van € (...) ¹³.
84. Hoewel artikel 21 van de BIPT-wet uitgaat van de volledige omzet van de overtreder in de sector van de elektronische communicatie, acht het BIPT het in casu aangewezen om voor de berekening van het basisbedrag van de boete uit te gaan van de omzet die in verband staat met de overtreding.
85. Gelet op het feit dat de overtreding betrekking heeft op de activiteiten van Lycamobile voor consumenten; gelet ook op het feit dat de overtreding van Lycamobile betrekking kan hebben op alle consumenten van Lycamobile, kan het BIPT het bedrag van € (...) in aanmerking nemen, - met name het bedrag dat betrekking heeft op de activiteiten van Lycamobile die betrekking hebben met consumenten¹⁴, - en derhalve een geldboete opleggen van maximaal € (...) (= 5 % van voormeld bedrag).

¹² Zie, bij wijze van analogie, de Richtsnoeren van de Europese Commissie voor de berekening van geldboeten die uit hoofde van artikel 23, lid 2, onder a), van Verordening (EG) nr. 1/2003 worden opgelegd, *Pb.*, nr. C 210.

¹³ Bron : gegevens die Lycamobile aan het BIPT bezorgde.

¹⁴ Bron : gegevens die Lycamobile bezorgd heeft aan het BIPT. Concreet bevat dit cijfer de volgende gegevens : (...)

86. Het BIPT acht een maximale boete evenwel niet proportioneel en niet opportuun.
87. Gelet op het gegeven dat het wettelijk boetemaximum vastgelegd is op 5 % van de omzet in het laatste boekjaar en op de overwegingen hierboven als vertrekpunt voor het berekenen van de administratieve boete, is het proportioneel en redelijk om een inbreuk van dergelijke ernst te situeren tussen 0,01 % en 1% van het betreffende omzetcijfer. Deze vork biedt ruimte om verzwarende en verzachtende omstandigheden in aanmerking te nemen en om rekening te houden met het afschrikwekkend en ontradend effect dat met de administratieve boete wordt beoogd.
88. In overweging nemende dat Lycamobile aan zijn roamende klanten binnen de EU een toeslag aanrekent voor het roamen en deze klanten niet de mogelijkheid biedt om te opteren voor een tariefplan waarbij zij wel kunnen opteren voor roaming like at home, kan het basisbedrag aan de hand van het percentage van (...) % worden vastgelegd, meer bepaald (...) % van € (...), zijnde € 20.156,911

5.4.1.2. Ernst van de overtreding

89. De ernst van de overtreding wordt afgemeten aan de aard van de overtreding en de invloed die zij heeft op de hoofddoelstellingen die de wetgever beoogd : de bevordering van de concurrentie en de bescherming van de belangen van de gebruikers.

5.4.1.3. Met betrekking tot de overtreding van artikelen 6bis en 6sexies, lid 3 van de Roamingverordening

90. Artikel 6bis van de Roamingverordening, legt operatoren op om roamende klanten in eender welke lidstaat geen toeslag bovenop de binnenlandse retailprijs in rekening te brengen.
91. Artikel 6sexies, onderdeel 3 van de Roamingverordening, legt operatoren op om klanten vrijwillig laten te kiezen van een tariefformule dat geen RLAH inhoudt, hen te wijzen op de voordelen die RLAH hen biedt t.a.v. het gekozen tariefplan en hen de mogelijkheid bieden om op elk moment over te stappen naar een tariefplan met RLAH.
92. Dat Lycamobile deze verplichtingen niet naar behoren naleeft is in het nadeel van de betrokken gebruikers.
93. Lycamobile past PAYG toe t.a.v. al zijn klanten die zich in het buitenland (binnen de EU) bevinden. Deze klanten beschikken ter zake over geen enkele keuzemogelijkheid.
94. In die zin zijn de tekortkomingen van Lycamobile potentieel in het nadeel van alle betrokken klanten.

5.4.1.3. Relatieve omvang van de onderneming

95. Lycamobile is op het segment van de markt waarop de overtredingen hebben plaatsgevonden een relatief grote operator. Naar eigen zeggen beschikt Lycamobile over meer dan ettelijke honderdduizenden klanten¹⁵.
96. Het is daarom gepast om het basisbedrag -om voldoende afschrikkend te zijn- op een zeker niveau te brengen.

5.4.1.4. Duur

97. De overtreding doet zich voor sinds de inwerkingtreding van roaming like at home op 15 juni 2017. Hierbij dient eveneens in rekening te worden genomen dat de afschaffing van de roamingtarieven ruim op voorhand werd aangekondigd zodat operatoren zich terdege konden voorbereiden.
98. Tevens moet vastgesteld worden dat Lycamobile sinds midden september een aantal prepaid-bundels aanbiedt met RLAH. De gebruikers van deze bundels moeten niet langer gebruik maken van PAYG wanneer zij wensen te roamen binnen de EU.
99. Gelet op voorgaande kan bijgevolg aangenomen worden dat de overtreding duurde van midden juni tot midden september 2017, waardoor de overtreding zich uitstrekt over de volledige zomerperiode.

5.4.1.5. Conclusie

100. Omwille van voorgaande redenen kan gesteld worden dat de overtreding door Lycamobile van artikelen 6bis en 6sexies, lid 3 van de Roamingverordening, ernstig is.

¹⁵ Cf. <http://trends.knack.be/economie/e-business/lycamobile-wordt-mobiele-operator-bij-telenet/article-normal-813305.html>. In dit artikel van 10/2/2017 wordt gesteld over Lycamobile : "Naar eigen zeggen heeft het ongeveer 1 miljoen klanten."

5.4.2. Boeteverhogende en -verlagende factoren

5.4.2.1. Verzwarende omstandigheden

101. Lycamobile werd door het BIPT herhaaldelijk per mail bevroegd over de roamingpraktijken en meer bepaald PAYG. Lycamobile stelde zich daarbij weinig constructief op. Bovendien verwees Lycamobile naar meerdere Europese regulatoren die PAYG in overeenstemming zouden achten met de Roamingverordening. Wanneer expliciet gevraagd werd welke deze regulatoren dan zijn, werd daarop door Lycamobile niet geantwoord.

5.4.2.2. Verzachtende omstandigheden

102. Het BIPT stelt vast dat Lycamobile sinds midden september een aantal prepaid-bundels aanbiedt met RLAH. De gebruikers van deze bundels moeten niet langer gebruik maken van PAYG wanneer zij wensen te roamen binnen de EU.
103. De voorwaarden en modaliteiten waaronder Lycamobile in het kader van deze bundels RLAH toepast, valt buiten het bestek van onderhavig procedure. Het BIPT doet in dit besluit derhalve geen uitspraak over het al dan niet wetsconform zijn van de betreffende voorwaarden en modaliteiten.
104. Het BIPT kan wel aannemen dat het feit dat Lycamobile bundels aanbiedt met RLAH, kan duiden op een voornemen in hoofde van Lycamobile om aan haar klanten de voordelen van de Roamingverordening toe te staan.
105. Tegelijk moet het BIPT ook vaststellen dat Lycamobile de betreffende bundels aanbiedt sinds midden september. Dit impliceert dat Lycamobile haar gebruikers pas na afloop van de zomervakantie tariefplannen aanbiedt die hen niet langer verplicht om voor roaming binnen de EU gebruik te maken van het dure PAYG en de daarbij horende tarieven te betalen.

5.4.2.3. Noodzaak om de boete een afschrikkend karakter te geven

106. Eén van de functies van een boete bestaat erin de overtreder ertoe aan te zetten om een eind te maken aan de overtreding en/of om niet te recidiveren en om anderen te ontraden eenzelfde gedrag aan te nemen.
107. De overtreding van Lycamobile van artikelen 6bis en 6sexies, lid 3 van de Roamingverordening treft vele klanten.
108. Teneinde recidive te voorkomen en ontradend te werken, is een administratieve boete alsnog gepast. Hierbij wil BIPT vooral een duidelijk signaal geven dat het niet of gebrekkig naleven van het betreffende artikel door het BIPT niet wordt geduld.

109. Een administratieve boete opleggen is aangewezen.

5.5 Besluit betreffende de boete

110. Gezien de bovenstaande elementen stelt het BIPT hic et nuc het gedeelte van de administratieve boete dat betrekking heeft op de overtreding van artikel 6bis en 6sexies, lid 3 van de Roamingverordening, vast op **25.000 euro**; de verhoging t.a.v. het basisbedrag is verantwoord in het licht van de hierboven beschreven verzwarende omstandigheden. Deze verzwarende omstandigheden worden niet uitgewist door de verzachtende omstandigheden : de introductie na de zomervakantie van een aantal tariefplannen met een vorm van RLAH, biedt immers geen soelaas voor de gebruikers van Lycamobile met prepaid-bundels die tijdens de vakantieperiode niet konden roamen tegen tarieven die zij voor hun binnenlands verkeer betalen.

5.6 Slotopmerking

111. Het opleggen van de boete betekent niet dat Lycamobile vrijgesteld is van het nemen van maatregelen om de artikelen 6bis en 6sexies, lid 3 van de Roamingverordening, alsnog na te leven¹⁶.

6. BESLUIT

112. Het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie,
- gelet op de artikelen 6bis en 6sexies, lid 3 van de Roamingverordening;
 - gelet op artikel 21 van de BIPT-wet;
 - na op 7 augustus 2017 de grieven, waarvan sprake in artikel 21, §1, van de BIPT-wet te hebben meegedeeld aan Lycamobile, alsmede een beoogd bedrag van de administratieve boete;

¹⁶ Zie ook advies nr. 45.526/4 van de Raad van State van 16 december 2008, Parl. St., Kamer, 52-1813/001, p. 42.

- na Lycamobile naar behoren mondeling en schriftelijk te hebben gehoord;
- na de debatten te hebben gesloten op 25 september 2017;

1. stelt vast dat Lycamobile een inbreuk heeft begaan op de artikelen 6bis en 6sexies, lid 3 van de Roamingverordening;

2. legt om die reden en overeenkomstig artikel 21 van de BIPT-wet, een administratieve boete op aan Lycamobile ten bedrage van 25.000 (vijfentwintigduizend) euro;

3. beveelt dat dit bedrag binnen 60 dagen na ontvangst van dit besluit betaald dient te worden door overschrijving op rekeningnummer IBAN: BE63 6792 0058 7108 – BIC: PCHQBEBB op naam van de FOD Economie – Algemene ontvangstenrekening met als mededeling *“BIPT-boete aan Lycamobile – niet-naleving artikel artikelen 6bis en 6sexies, lid 3 van de Roamingverordening”*.

7. KENNISGEVING EN PUBLICATIE VAN HET BESLUIT

113. Krachtens artikel 21, § 5, van de BIPT-wet wordt dit besluit eveneens meegedeeld aan de minister en gepubliceerd op de website van het BIPT, onder voorbehoud van vertrouwelijkheid.

8. BEROEPSMOGELIJKHEDEN

114. 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 Marktenhof, 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.

115. 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.

Axel Desmedt
Lid van de Raad

Jack Hamande
Lid van de Raad

Luc Vanfleteren
Lid van de Raad

Michel Van Bellinghen
Voorzitter van de Raad