

7

Nr.: 744 B  
A.R. Nr.: 2012/AR/273  
Rep. nr.: 2013/2720

**HET HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL**  
**18<sup>e</sup> kamer,**

zetelend in burgerlijke zaken,  
na beraad, wijst volgend arrest:

Afschrift in uitvoering van het  
Gerechdelijk Wetboek  
Vrij van recht art. 280-2<sup>o</sup> W.R.H.G.

**INZAKE VAN:**

**TELENET**, met maatschappelijke zetel te 2800 MECHELEN,  
Liersesteenweg 4, ingeschreven met KBO-nummer 0473.416.418,  
Verzoekster;

vertegenwoordigd door Mr. DE MEESE Thomas, advocaat te 1000  
BRUSSEL, Joseph Stevensstraat 7;

**Eindarrest**  
**van 17 april 2013**

**TEGEN:**

**HET BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN EN  
TELECOMMUNICATIE (B.I.P.T.)**, met maatschappelijke zetel te 1030  
BRUSSEL, Koning Albert II-laan 35, ingeschreven met KBO-nummer  
0243.405.860;  
verweerster,

vertegenwoordigd door Mr. DEPRE Sebastien, Mr. SCHRIJVERS Dimitri en  
Mr. De LOPHEM, advocaten te 1050 BRUSSEL, Flageyplein 7;

**IN AANWEZIGHEID VAN:**

**DE BELGISCHE STAAT**, vertegenwoordigd door diens regering, in de  
persoon van haar Minister van Economie, de heer Johan VANDE LANOTTE,  
Kunstlaan 7 te 1210 BRUSSEL;

Vertegenwoordigd door Mr. DEPRE Sebastien, Mr. SCHRIJVERS Dimitri en  
Mr. De LOPHEM, advocaten te 1050 BRUSSEL, Flageyplein 7;

792 + art. 81 & 82 GG

Gelet op de bestreden beslissing van de Raad van het BIPT dd. 29 november 2011 tot het opleggen van een administratieve boete aan TELENET wegens de niet-naleving van artikel 108 § 2 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna "de bestreden beslissing") waarvan per brief kennis werd gegeven aan TELENET op 30 november 2011;

Gelet op het verzoekschrift neergelegd door TELENET op 27 januari 2012 op de griffie van het hof waarin gevorderd wordt de bestreden beslissing teniet te doen op grond van artikel 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 (hierna "Wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling");

Gelet op de besluiten en stukken neergelegd door partijen;

Gehoord partijen bij monde van hun raadslieden op de zitting van het hof van 23 oktober 2012;

#### I. DE VORDERINGEN EN DE BESTREDEN HANDELING

De bestreden beslissing van de Raad van het BIPT van 29 november 2011 legt aan TELENET een administratieve boete op van 250.000 EUR wegens de niet-naleving van artikel 108 § 2 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.

Verzoekster vordert de nietigverklaring van het bestreden besluit in zoverre het oordeelt dat:

- artikel 108 § 2 WEC van toepassing is op eender welke wijziging in de contractuele voorwaarden;
- TELENET een inbreuk heeft begaan op artikel 108 § 2 WEC en een administratieve geldboete oplegt aan TELENET.

Verder vordert verzoekster het BIPT te verplichten tot de teruggave van het door TELENET reeds betaalde bedrag van 250.000 EUR, desgevallend door tussenkomst van de FOD Economie.

Ondergeschikt verzoekt verzoekster het hof om een prejudiciële vraag te stellen aan het Europees Hof van Justitie:

*"Moet artikel 20.04 van Richtlijn 2002/22/EG zo worden uitgelegd dat het begrip "voorgestelde wijzigingen" niet enkel betrekking heeft op wijzigingen waarvan een in concreto-beoordeling aantoonbaar dat zij de rechtspositie van de abonnee ongunstig beïnvloeden en de redelijke abonnee tot een ander besluit over een transactie kunnen brengen, maar zich tevens uitstrekt tot eender welke wijziging in de contractuele voorwaarden, zelfs indien deze wijziging niet van essentiële aard is voor de abonnee en/of de rechtspositie van de abonnee niet ongunstig beïnvloedt?"*

Nog meer ondergeschikt vraagt verzoekster het bedrag van de boete te herleiden in het licht van de bemerkingen die werden ontwikkeld.

Het BIPT en de Belgische Staat vragen in hoofdorde dat het beroep van TELENET onontvankelijk en ongegrond wordt verklaard. In ondergeschikte orde vragen zij dat het verzoek tot het stellen van een prejudiciële vraag aan het Hof van Justitie van de Europese Unie wordt verworpen en in meer ondergeschikte orde verzoeken zij de opgelegde administratieve boete te bevestigen.

Wat de kosten betreft vordert verzoekster om geïntimeerden te veroordelen tot de kosten van het geding met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding en geïntimeerden vragen verzoekster te veroordelen tot de kosten van het geding met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding begroot op 10.000 EUR.

## II. HET REGLEMENTAIR KADER

### 1. Europese sectorale regelgeving

- Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische communicatienetwerken en diensten ("Universele dienstenrichtlijn")<sup>1</sup> en met name artikel 20.4 is relevant voor onderhavig geschil:

*De abonnees hebben het recht om bij kennisgeving van voorgestelde wijzigingen in de contractuele voorwaarden het contract zonder boete op te zeggen. De abonnees worden tijdig en ten minste één maand vooraf naar behoren op de hoogte gesteld van dergelijke wijzigingen en worden tegelijkertijd op de hoogte gesteld van hun*

<sup>1</sup> PbEG 24 april 2002, L 108/51

*recht om zonder boete het contract op te zeggen indien zij de nieuwe voorwaarden niet aanvaarden.*

- Richtlijn 2009/136/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van Richtlijn 2002/22/EG<sup>2</sup> en in het bijzonder artikel 20.2 dat luidt als volgt:

*De lidstaten zorgen ervoor dat abonnees zonder boete hun contract kunnen opzeggen wanneer zij op de hoogte worden gesteld van wijzigingen in de voorwaarden die worden voorgesteld door de onderneming die de elektronische communicatienetwerken en/of -diensten verstrekt. De abonnees worden tijdig en ten minste één maand vooraf naar behoren op de hoogte gesteld van dergelijke wijzigingen en worden tegelijkertijd op de hoogte gesteld van hun recht om zonder boete hun contract op te zeggen indien zij de nieuwe voorwaarden niet aanvaarden. De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties het formaat van dergelijke kennisgevingen kunnen specificeren.*

## 2. Nationale sectorale regelgeving

Wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, B.S. 24 januari 2003.

Wet van 17 januari 2003 zoals gewijzigd bij de Wetten van 31 mei 2009 en 10 juli 2012 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbeslechting naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, B.S. 24 januari 2003.

Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, B.S. 20 juni 2005 (hierna "WEC"), meer bepaald artikel 108, §2 WEC:

*"Onverminderd de toepassing van hoofdstuk V, afdeling 2 van de wet van 14 juni 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, hebben de abonnees het recht om bij kennisgeving van voorgestelde wijzigingen in de contractuele voorwaarden het contract zonder boete op te zeggen. De abonnees worden tijdig en ten minste één maand vooraf naar behoren individueel ter kennis gesteld van dergelijke wijzigingen en worden tegelijkertijd op de hoogte gesteld van hun recht om zonder boete het contract op te zeggen uiterlijk de laatste dag van de maand die volgt op de inwerkingtreding van de wijzigingen indien zij de nieuwe voorwaarden niet aanvaarden.*

*In geval van een tariefverhoging heeft de abonnee het recht om zonder boete het contract op te zeggen uiterlijk de laatste dag van*

<sup>2</sup> PbEU 18 december 2009. L 337/24

*de maand die volgt op de ontvangst van de eerste factuur na de inwerkingtreding van de wijzigingen, behalve indien de algemene voorwaarden voorzien in een aan de index van de consumptieprijzen gerelateerde stijging."*

### III. OPMERKINGEN VAN DE BELGISCHE STAAT

TELENET vraagt de wering uit de debatten van de besluiten die door de Belgische Staat werden neergelegd.

De Belgische Staat heeft op 6 juni 2012 beroepsbesluiten neergelegd en op 12 september 2012 synthesebesluiten waarop door de overige partijen niet werd geantwoord.

Het verzoekschrift werd door TELENET ter kennis gebracht van het BIPT en de Belgische Staat en partijen werden regelmatig opgeroepen.

Op de zitting van 28 februari 2012 werd er met toepassing van artikel 747 §2 Ger.W. een conclusiekalender vastgesteld in aanwezigheid van de raadsliden van TELENET en van het BIPT. Voor minister VANDE LANOTTE Johan, verscheen niemand.

Artikel 2 § 2 van de wet van 17 januari 2003 Wet 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 (hierna: "Wet Geschillen") bepaalt dat het hof van beroep te Brussel de termijn vaststelt waarbinnen de partijen elkaar hun schriftelijke opmerkingen moeten meedelen en ze bij de griffie moeten indienen. De Minister die bevoegd is voor Telecommunicatie of de minister die bevoegd is voor de postsector kan zijn schriftelijke opmerkingen bij de griffie van het hof van beroep te Brussel indienen en het dossier ter plaatse op de griffie raadplegen. Het hof van beroep te Brussel stelt de termijnen vast om deze opmerkingen voor te leggen. De griffie brengt deze opmerkingen ter kennis van de partijen.

De Belgische Staat is niet verschenen op de inleidingszitting en heeft ook niet op latere datum verzocht om haar tussenkomst te acteren. Er werden geen termijnen bepaald voor het neerleggen van haar opmerkingen. Partijen zijn ook niet onderling akkoord gegaan om van de geacteerde

termijnen af te wijken. De door de Minister neergelegde schriftelijke opmerkingen worden met toepassing van artikel 747 §2 Ger.W. uit de debatten geweerd.

#### IV. FEITELIJKE EN PROCEDURELE VOORGAANDEN

TELENET wijzigt in 2010 de contractuele voorwaarden voor haar diensten. In plaats van afzonderlijke algemene en bijzondere voorwaarden voor elk van haar diensten werden uniforme algemene voorwaarden opgesteld voor de verschillende diensten, gevolgd door "Bijzondere voorwaarden" per dienst met specifieke bepalingen per betreffende dienst. In dit kader werden ook een aantal voorwaarden gewijzigd.

Volgens TELENET is het doel van deze wijziging een meer overzichtelijk geheel te geven aan de consument. Zo namen de contractuele voorwaarden van voor de wijzingen 40 pagina's in beslag en heden slechts 12 pagina's.

In het kader van deze wijzigingen, wordt vanaf begin juli 2010 tot eind september op de achterzijde van de individuele aanrekening onder het deel dat handelt over de domiciliëring, door TELENET het volgende aan haar klanten meegedeeld:

***"Vanaf 1 oktober 2010 zijn er vernieuwde algemene voorwaarden van toepassing op de TELENET-diensten. Zij gelden voor alle overeenkomsten tussen de klant en TELENET, en zijn op eenvoudige aanvraag te bekomen of te raadplegen op [www.TELENET.be/go/algemenevoorwaarden](http://www.TELENET.be/go/algemenevoorwaarden). Door betaling van deze aanrekening erkent de klant kennis te hebben genomen van de algemene voorwaarden en ze eveneens te hebben aanvaard."***

De voormelde link verwijst naar een webpagina met volgende vermeldingen:

U bent hier: [Online Support](#) - Algemens Voorwaarden

## Waar vind ik de algemene voorwaarden van Telenet?

Vanaf 1 oktober 2010 worden de algemene voorwaarden vernieuwd en vereenvoudigd.

Je kunt je overeenkomst t.e.m. 30 november 2010 zonder opzegvergoeding opzeggen, via melding aan de Telenet Klantendienst.

- Je moet daarbij uitdrukkelijk meegeven dat je de overeenkomst opzegt omwille van de nieuwe algemene voorwaarden.
- Bij opzegging van een Mobile-abonnement met een gsm of netbook voor 1 euro, moet je de volledige verkoopprijs van het toestel terugbetalen.

### Algemene voorwaarden tot en met 30 september 2010

- NL versie: [Algemene Voorwaarden van Telenet](#)
- FR versie: [Conditions générales de Telenet](#)

### Algemene voorwaarden vanaf 1 oktober 2010

- NL versie: [Algemene Voorwaarden van Telenet](#)
- FR versie: [Conditions Générales de Telenet](#)

### Wat zijn de belangrijkste wijzigingen?

De algemene voorwaarden werden in de eerste plaats vereenvoudigd:

- Alle dubbele clauses, zoals bijvoorbeeld, privacy, duurtijd van de overeenkomst, opzeggingsmodaliteiten, toepasselijk recht... werden opgenomen in de algemene voorwaarden.
- De bijzondere voorwaarden omvatten specifieke bepalingen van de betreffende Telenet-dienst.

Er waren ook een aantal toevoegingen aan de algemene voorwaarden:

- Bepaling Preventol werd verwijderd
- Bepaling Diensten voor Derden werd toegevoegd
- Waarborgmodaliteiten werden uitgebreider toegelicht
- Wijzigingsclausule: kosteloze opzegging alleen bij nadelige wijziging en bij prijsverhoging

Volgens deze vermelding gaan de nieuwe algemene voorwaarden in op 1 oktober 2010. Na een klacht van TEST-AANKOOP neergelegd bij het BIPT en bij de FOD Economie op 4 oktober 2010 wordt de datum gewijzigd naar 30 november 2010.

TELENET meent dat zij door bovenvermelde kennisgeving haar klanten op correcte wijze in kennis heeft gesteld van de voorgestelde wijzigingen en artikel 108 §2 van de WEC heeft nageleefd.

In oktober 2010 start het BIPT op grond van de klacht van TEST-AANKOOP een vooronderzoek.

Per brief van 22 september 2011 aan TELENET maakt het BIPT een ontwerpbeslissing over waarin het de overtreding van artikel 108, §2, van de WEC vaststelt, deelt het de grief en het beoogde bedrag van de administratieve boete mee aan TELENET, nodigt TELENET uit haar schriftelijke commentaren hierover mee te delen en om te verschijnen op een hoorzitting. In de brief van 22 september 2011 geeft de Raad van het BIPT nog aan, na de ontvangst van de schriftelijke commentaren van TELENET en na de hoorzitting, te kunnen besluiten tot het definitief weerhouden van de meegedeelde grieven en tot het definitief opleggen van een administratieve geldboete, overeenkomstig artikel 21, § 5, van de wet van 17 januari 2003.

Een hoorzitting wordt gehouden op 12 oktober 2011.

Het besluit van de Raad van het BIPT van 29 november 2011 legt aan TELENET een administratieve boete op van 250.000 EUR wegens de niet-naleving van artikel 108 § 2 WEC.

TELENET gaat op 27 januari 2012 in beroep tegen de bestreden beslissing en vordert de vernietiging van de bestreden beslissing.

#### V. HET TOEPASSINGSGEBIED VAN ARTIKEL 108, §2 WEC

TELENET is samengevat van oordeel dat het BIPT het toepassingsgebied van artikel 108 § 2 WEC te ruim interpreteert door voor te houden dat de meldingsplicht vervat in dat artikel betrekking zou hebben op elke wijziging van contractuele voorwaarden die een abonnee zou kunnen afwijzen. Verder is TELENET van oordeel dat het BIPT niet met een *in concreto*-analyse van de doorgevoerde wijzigingen aantoont dat deze moesten leiden tot de toepassing van artikel 108 § 2 WEC omdat ze nadelig zijn voor de abonnees.

Verder ontwikkelt TELENET nog grieven aangaande het bedrag van de administratieve boete.

#### **Standpunten van partijen**

De eerste grief van TELENET gaat over het toepassingsgebied van artikel 108 § 2 WEC.

TELENET stelt dat artikel 108 §2 WEC er niet toe kan stekken de operatoren te verplichten om bij eender welke wijziging een individuele kennisgeving te doen en een kosteloze opzegmogelijkheid te bieden maar dat de toepassing van het artikel 108 § 2 WEC de vervulling van een dubbele voorwaarde vereist, namelijk (i) er moet sprake zijn van een wijziging in het nadeel van de klant en (ii) deze wijziging moet essentieel zijn. TELENET verwijst hiervoor naar de Memorie van Toelichting van de WEC<sup>3</sup> (KvV Parl.Doc. 51 1425/001, p. 69).

---

<sup>3</sup> *De gebruiker beschikt over een redelijke termijn om zijn contract kosteloos op te zeggen in geval van een wijziging van de essentiële elementen van de overeenkomst*

Een "essentiële wijziging in het nadeel van de klant" begrijpt TELENET als:

- wijzigingen die slaan op de prijs en het aanbod; en
- naar analogie met onrechtmatige bedingen (artikelen 73 WMPC) moet er een "kennelijk onevenwicht" worden gecreëerd tussen de rechten en de verplichtingen van de partijen ten nadele van de consument.

Samengevat meent TELENET dat de toepasselijkheid van artikel 108 § 2 WEC *in concreto* dient onderzocht te worden, namelijk of het gaat om wijzigingen die betrekking hebben op essentiële contractvoorwaarden die de rechtspositie van de klant op noemenswaardige wijze ongunstig beïnvloeden dermate dat zij de gemiddelde consument tot een ander besluit over een transactie zouden brengen.

TELENET beroept zich ter ondersteuning van haar interpretatie op de Memorie van Toelichting en ministeriële verklaringen die er op wijzen dat het om wijzigingen van essentiële elementen in het nadeel van de klant moet gaan.

Verder verwijst TELENET naar de analogie met artikel 74 WMPC en het leerstuk van de onrechtmatige bedingen die een kennelijk onevenwicht tussen de rechten en plichten van partijen ten nadele van de consument veronderstellen en voorzover zij betrekking hebben op het voorwerp van de overeenkomst of bepalingen die het besluit van de consument over een transactie wezenlijk kunnen beïnvloeden.

TELENET wijst er tenslotte nog op dat het BIPT zelf toegeeft dat artikel 108,§2 WEC een tekst is die ruimte biedt voor interpretatie en dat het mogelijk is om wettelijk niet expliciet voorziene uitzonderingen in aanmerking te nemen door ondermeer in haar Beheersplan voor de 2<sup>de</sup> helft van 2010 (p. 86) aan te geven dat een tariefverlaging niet onder toepassing van dit artikel valt evenmin als een verhoging van internetsnelheid of volume zonder prijsverhoging. Ook in haar schriftelijke

---

*die door zijn leverancier wordt opgelegd. Een wijziging van het adres of van de mogelijkheid om informatie te krijgen over de tarieven is bijvoorbeeld geen wijziging van een essentieel element. Bovendien is deze mogelijkheid niet van toepassing in geval van wijzigingen in het voordeel van de abonnee.*

opmerkingen wijst het BIPT op 4 gevallen waarin artikel 108,§2 WEC niet van toepassing zou zijn als:

- er geen redelijke twijfel bestaat dat een voorgestelde wijziging door de abonnee zou worden aanvaard;
- het een puur feitelijke aanpassing betreft;
- het een wijziging betreft opgelegd door de regulator;
- er sprake is van een tariefdaling.

Het BIPT stelt vooreerst dat er geen grond is om een beperking van het toepassingsgebied van artikel 108 §2 WEC te rechtvaardigen. Volgens het BIPT is de wettekst zelf duidelijk. Nergens in de bepaling is opgenomen dat het moet gaan om wijzigingen die voor de consument nadelig zijn en die essentiële contractvoorwaarden betreffen of die de aankoopbeslissing van de abonnee *in concreto* beïnvloeden. De verwijzingen van TELENET naar parlementaire werken en uitspraken van leden van de uitvoerende macht, zijn hier van geen waarde.

Volgens het BIPT was het niet de bedoeling van de wetgever om het toepassingsgebied van artikel 108 § 2 WEC te beperken tot voor de abonnee nadelige wijzigingen aan essentiële contractuele voorwaarden en was het zelfs een bewuste keuze om dit niet te doen aangezien het wetsontwerp in ontwerpartikel 120 deze beperking wel had opgenomen maar in de definitieve tekst van artikel 108 niet<sup>4</sup>. Bovendien verwijst het BIPT naar verscheidene adviezen van het Raadgevende Comité voor de Telecommunicatie ("RCT"), onder meer naar advies van 15 december 2010 aan TELENET over de wijziging van haar algemene voorwaarden wat het voorwerp uitmaakt van voorliggend geschil waarin zij adviseert:

*"In tegenstelling tot wat de algemene voorwaarden van TELENET bepalen beperkt de WEC de mogelijkheid van kosteloze opzeg van het contract niet tot de gevallen van wijziging in het nadeel van de abonnee. In de WEC slaat deze mogelijkheid op elke wijziging van de contractuele voorwaarden wat er ook de draagwijdte van is voor de abonnee, positief of negatief. Dit verschil kan met name grote gevolgen hebben voor de abonnee in geval van een geschil, inde mate dat hem zou kunnen gevraagd worden het bewijs aan te brengen van het ongunstige karakter van de wijziging in kwestie om het kosteloze opzegrecht te kunnen genieten."*

<sup>4</sup> Het BIPT verwijst naar de Parl. St. Kamer, 51<sup>ste</sup> zitting, nr. 1425/001, p. 45, 153 en verder p. 137.

Het is voor het BIPT duidelijk dat er een optimale bescherming van de abonnee tegen de operator moet worden nagestreefd. De beperking van het toepassingsgebied zoals TELENET die voorstaat, komt hieraan niet tegemoet.

Het BIPT stelt dat artikel 108 §2 WEC geldt onverminderd de toepassing van hoofdstuk V, afdeling 2 van de wet van 14 juli 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument (vervangen door de wet van marktpraktijken). Door de toepassing van de artikelen 74, 2° en 3° WMPC<sup>5</sup> in relatie met artikel 108 § 2 WEC, moet besloten worden dat dit laatste artikel wordt overtreden wanneer:

- abonnees die consumenten zijn en die verbonden zijn door een contract van onbepaalde duur niet naar behoren individueel op de hoogte gesteld worden van hun recht om het contract zonder boete op te zeggen;
- abonnees die geen consumenten zijn en die verbonden zijn door een contract van bepaalde duur niet naar behoren individueel op de hoogte gesteld worden van hun recht om het contract zonder boete op te zeggen.

Verder motiveert het BIPT dat uit de wettekst van artikel 108 § 2 WEC volgt dat de kennisgevingsverplichtingen die erin vervat liggen erop gericht zijn abonnees toe te laten de nieuwe voorwaarden niet te aanvaarden en de mogelijkheid te geven hun contract kosteloos op te zeggen ongeacht of deze nieuwe voorwaarden door de consument al dan niet als nadelig worden gepercipieerd. De consument kan de gewijzigde voorwaarden voor hemzelf ook niet nuttig of niet nodig achten zonder dat het daarbij moet gaan om een nadeel. In de gevallen waarin de consument wel akkoord moet gaan met wijzigingen zoals een wijziging aan een puur feitelijke situatie of een wijziging aan een reglementair kader, heeft de consument geen mogelijkheid om niet te aanvaarden. Deze laatste situatie valt volgens het BIPT dan ook niet onder de toepassing van artikel 108 § 2 WEC.

---

<sup>5</sup> Deze artikelen wijzigen de artikelen 32.2 en 32.9 WHPC.

Volgens het BIPT gaat het hier om een *acte-clair*<sup>6</sup> (HJEU, 6 oktober 1982, Cilfit e.a. tegen Italië, *Jur.* 1982, p. 03415) omdat artikel 108 § 2 WEC een letterlijke omzetting van artikel 20 § 4 van de Richtlijn uitmaakt en deze geen ruimte voor interpretatie laat. Het hof dient bijgevolg geen prejudiciële vraag te stellen aan het Europees Hof van Justitie hieromtrent.

Met verwijzing naar considerans 30 van de Universele dienstenrichtlijn stelt het BIPT vast dat de Europese wetgever wil dat de consument zoveel mogelijk in kennis wordt gesteld van de contractuele voorwaarden die op hem kunnen toegepast worden en dat die transparantie hem moet in staat stellen beter te kiezen met het oog op de best mogelijke bescherming van zijn belangen (p. 28 conclusie BIPT):

*Contracten vormen een belangrijk hulpmiddel voor gebruiker en consument om een minimumniveau van transparantie van de informatie en rechtszekerheid te waarborgen. De meeste aanbieders van diensten in een concurrerende omgeving sluiten contracten met hun klanten om redenen van commerciële wenselijkheid. Buiten de bepalingen van deze richtlijn zijn de voorschriften van bestaande communautaire wetgeving inzake consumentenbescherming met betrekking tot contracten, met name Richtlijn 93/13/EEG van de Raad van 5 april 1993 betreffende oneerlijke bedingen in consumentenovereenkomsten(8) en Richtlijn 97/7/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 mei 1997 betreffende de bescherming van de consument bij op afstand gesloten overeenkomsten(9), van toepassing op consumententransacties met betrekking tot elektronische netwerken en diensten. Met name voor consumenten moet een minimumniveau van rechtszekerheid gelden met betrekking tot hun contractuele relaties met hun directe aanbieder van telefoondiensten. Daartoe dienen de contractvoorwaarden en -bepalingen, de kwaliteit van de dienst, de voorwaarden voor beëindiging van de overeenkomst en de dienst, schadevergoedingsmaatregelen en geschillenbeslechting in hun contracten te worden vermeld. Indien andere leveranciers van diensten dan aanbieders van directe telefoondiensten overeenkomsten met consumenten sluiten, moet dezelfde informatie in die overeenkomsten zijn opgenomen. De maatregelen die transparantie inzake prijzen, tarieven en voorwaarden waarborgen, moeten de consumenten beter in staat stellen hun keuzen te optimaliseren en aldus ten volle te profiteren van de concurrentie.*

Het BIPT meent ondergeschikt dat er door TELENET wijzigingen aangebracht worden in het "nadeel van de abonnee".

---

<sup>6</sup> De *acte-clair* theorie stelt : De juiste toepassing van het gemeenschapsrecht kan zo evident zijn, dat redelijkerwijze geen twijfel kan bestaan omtrent de wijze waarop de gestelde vraag moet worden opgelost.

**Beoordeling**

Het BIPT is belast met het toezicht op de naleving van de WEC.

Artikel 108, § 2 van de WEC betreffende de elektronische communicatie bepaalt het volgende:

*"Onverminderd de toepassing van hoofdstuk V, afdeling 2 van de wet van 14 juni 1991 betreffende de handelspraktijken en de voorlichting en bescherming van de consument, hebben de abonnees het recht om bij kennisgeving van voorgestelde wijzigingen in de contractuele voorwaarden het contract zonder boete op te zeggen. De abonnees worden tijdig en ten minste één maand vooraf naar behoren individueel ter kennis gesteld van dergelijke wijzigingen en worden tegelijkertijd op de hoogte gesteld van hun recht om zonder boete het contract op te zeggen uiterlijk de laatste dag van de maand die volgt op de inwerkingtreding van de wijzigingen indien zij de nieuwe voorwaarden niet aanvaarden. In geval van een tariefverhoging heeft de abonnee het recht om zonder boete het contract op te zeggen uiterlijk de laatste dag van de maand die volgt op de ontvangst van de eerste factuur na de inwerkingtreding van de wijzigingen, behalve indien de algemene voorwaarden voorzien in een aan de index van de consumptieprijzen gerelateerde stijging."*

De wet van 13 juni 2005 is de omzetting van het artikel 20 §4 van de (oorspronkelijke) Universele dienstenrichtlijn 2002/22/EG<sup>7</sup> aangepast door richtlijn 2009/136 EG; dit artikel bepaalt:

*"De lidstaten zorgen ervoor dat abonnees zonder boete hun contract kunnen opzeggen wanneer zij op de hoogte worden gesteld van wijzigingen in de voorwaarden die worden voorgesteld door de onderneming die de elektronische communicatienetwerken en/of -diensten verstrekt. De abonnees worden tijdig en ten minste één maand vooraf naar behoren op de hoogte gesteld van dergelijke wijzigingen en worden tegelijkertijd op de hoogte gesteld van hun recht om zonder boete hun contract op te zeggen indien zij de nieuwe voorwaarden niet aanvaarden. De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties het formaat van dergelijke kennisgevingen kunnen specificeren."*

Een wijziging van de algemene voorwaarden is een contractuele wijziging die onderworpen is aan de kennisgevingsplicht van artikel 108, § 2, eerste lid, tweede zin.

Artikel 108, § 2, eerste lid, tweede zin vereist dat de gelijktijdige kennisgeving van het gratis opzegrecht de uiterste termijn voor de

<sup>7</sup> Gewijzigd door Richtlijn 2009/136/EG.

uitoefening ervan dient te vermelden met name één maand volgend op de inwerkingtreding van de wijziging.

Het hof overweegt hierover het volgende.

Uit de titel van hoofdstuk III (bescherming van de eindgebruikers) en uit de titel van onderafdeling één (informatieverstrekking aan eindgebruikers) waaronder artikel 108, §2 WEC valt, dient te worden afgeleid dat de bescherming van de eindgebruikers volgens de wetgever vereist dat deze de nodige informatie moeten ontvangen over de voorgenomen contractuele wijzigingen om met kennis van zaken desgevallend de nieuwe voorwaarden niet te aanvaarden.

Die informatie omvat:

- (i) de inhoud van de voorgenomen wijzigingen;
- (ii) vermelding van het recht op kosteloze opzeg uit te oefenen binnen de wettelijke termijn indien men de nieuwe voorwaarden niet aanvaardt.

Het is met andere woorden aan de abonnee om zich een oordeel te vormen over de vraag of de voorgestelde wijzigingen voor hem of haar aanvaardbaar zijn of niet en het is niet aan de operator om vooraf te beslissen dat bepaalde wijzigingen niet zodanig nadelig of essentieel zijn dat elke redelijke abonnee die toch zal aanvaarden.

De vraag of een abonnee die nieuwe voorwaarden wenst te aanvaarden, hangt trouwens niet uitsluitend af van de aard en de inhoud van de voorgestelde wijzigingen maar evenzeer van de voorwaarden waaronder andere operatoren hun diensten aanbieden of zelfs van de voorwaarden waaronder dezelfde operator vergelijkbare diensten aanbiedt. Zo kan een beperkte tariefverhoging voor een abonnee best aanvaardbaar zijn als andere aanbiedingen nog duurder zijn en omgekeerd.

Uit de duidelijke tekst van de eerste zin van artikel 108, §2 WEC blijkt ontegensprekelijk dat de wetgever geen enkele beperking heeft opgelegd aan het opzegrecht van de abonnee wat betreft de aard van de voorgestelde wijzigingen.

De daarmee samenhangende verplichtingen van de operator tot voorafgaande kennisgeving van dergelijke wijzigingen en het gratis

opzegrecht zijn evenmin aan bijkomende voorwaarden of beperkingen onderworpen andere dan het niet aanvaarden van de wijziging door de abonnee.

Het volstaat dus dat de abonnee de nieuwe voorwaarden niet aanvaardt om de overeenkomst te kunnen opzeggen binnen de wettelijk voorgeschreven termijn.

Uit de wetsgeschiedenis blijkt duidelijk dat de eerdere ontwerpen (ontwerpartikel 120; Parl.St. Kamer, 51<sup>e</sup> zitting, Nr. 1425/001, p. 153 en 307) en amendementen (Verslag namens de commissie voor infrastructuur, het verkeer en de overheidsbedrijven, Parl.St. Kamer, 2004-2005, Nr. 1425/018, p. 45) die wel extra voorwaarden of beperkingen in de door TELENET aangehaalde zin inhielden, niet werden weerhouden in de definitieve wettekst.

Evenmin kan uit de tweede alinea van artikel 108, §2 WEC met betrekking tot tariefverhoging afgeleid worden dat de abonnee zijn contract niet kosteloos kan opzeggen in geval van tariefverlaging die bijvoorbeeld gepaard gaat met een verminderde dienstverlening of een nog grotere tariefverlaging bij de concurrentie.

Dat de abonnee niet onredelijk gebruik mag maken van zijn opzegrecht – desgevallend te kwalificeren als misbruik – belet niet dat hij in de gelegenheid moet gesteld worden om zich hierover een eigen oordeel te vormen en dus zonder beperking geïnformeerd moet worden over de nieuwe voorwaarden en over zijn recht tot kosteloos opzeggen als hij deze niet aanvaardt.

Het is dan ook aan de operatoren om eventueel nadien de rechtmatige uitoefening van dit opzegrecht door de abonnee in de rechten te betwisten indien die situatie zich zou voordoen.

Indien het BIPT in het kader van haar prioriteitenbeleid oordeelt dat zij bepaalde inbreuken op artikel 108, §2 WEC bijvoorbeeld in geval van tariefverlaging of verhoging van internetsnelheid zonder corresponderende tariefverhoging, niet zal beteugelen, dan impliceert dit nog niet dat zij een bindende uitspraak doet over de subjectieve rechten die de abonnees kunnen putten uit de bewuste wetsbepaling. Het BIPT kan de operatoren

met andere woorden niet vrijstellen van de verplichtingen vervat in artikel 108, §2 WEC of een interpretatie aan dit artikel geven waardoor rechtscolleges die oordelen over subjectieve rechten gebonden zouden zijn.

De analogie die TELENET tracht te maken met artikel 74 WMPC om aan te tonen dat dezelfde beperkingen van toepassing zijn op artikel 108, §2 WEC, gaat niet op nu het (i) een verschillende wetgeving betreft; (ii) de in artikel 74 WMPC uitdrukkelijk opgenomen beperkingen niet voorkomen in artikel 108, §2 WEC en (iii) het gebruik van het woord "onverminderd" juist impliceert dat de bepalingen van artikel 108, §2 WEC een onderscheiden bestaansreden en dito toepassingsgebied hebben naast dat van artikel 74 WMPC.

✓ Noch de vergelijking met de uitdrukkelijke bepaling van artikel 74 WMPC, noch de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie nopen tot een andersluidend besluit.

Artikel 108, §2 is een getrouwe omzetting van artikel 20.4 van de Universele dienstenrichtlijn van 7 maart 2002 zoals gewijzigd door artikel 1,14° van Richtlijn 2009/136/EG.

Ook de tekst van de richtlijn is duidelijk. Een interpretatie geven aan artikel 108, §2 WEC in strijd met duidelijke bewoordingen van de Richtlijn – die geen enkele voorwaarde of beperkingen stelt aan de in aanmerking komende wijzigingen – en evenmin gesteund is op de doelstellingen van die richtlijn is juist in strijd zijn met de verplichting tot richtlijnconforme interpretatie.

Dat de Universele dienstenrichtlijn tot doelstelling heeft om consumenten in staat te stellen dankzij concrete informatieverplichtingen opgelegd aan de operatoren om hun keuze te optimaliseren en ten volle te profiteren van de concurrentie blijkt ontegensprekelijk uit overweging 30 van de Universele dienstenrichtlijn (zie hiervoor).

Het doel van de Richtlijn én van artikel 108, §2 WEC is middels een optimale transparantie te verzekeren op het vlak van prijzen en voorwaarden om de consument in de gelegenheid te stellen maximaal te

profiteren van de concurrentie en zijn keuze tussen operatoren te optimaliseren.

Dit impliceert naar het oordeel van het hof dat de abonnees onbelemmerd – behoudens misbruik van recht – de mogelijkheid moeten hebben om telkens wanneer een operator de toepasselijke contractuele voorwaarden wenst te wijzigen zelf te oordelen of ze deze voorwaarden aanvaarden zonder dat daaraan *a priori* beperkingen worden opgelegd door de operatoren toe te laten om de abonnees enkel te informeren over hun gratis opzegrecht indien de wijzigingen betrekkingen op door de operatoren essentieel geachte voorwaarden ten nadele van abonnee.

In deze optiek is het niet nodig om met toepassing van artikel 267 van het VWEU een prejudiciële vraag te stellen aan het HJEU in de zin zoals voorgesteld door TELENET mede gelet op het feit dat TELENET niet aangeeft waaruit zou moeten blijken dat de Europese wetgever de bedoeling gehad zou hebben om de informatieverplichtingen uit artikel 20.4 van de Universele dienstenrichtlijn beperkend te omschrijven in de zin die zij voorstaat, noch toelicht waarom een letterlijke uitlegging van artikel 108,§2 WEC *in casu* een niet-richtlijnconforme interpretatie zou uitmaken of niet met de doelstelling van de Richtlijn zou te verzoenen zijn.

### **Besluit**

De in artikel 108,§2 WEC bedoelde wijzigingen in contractuele voorwaarden zijn niet beperkt tot essentiële wijzigingen waarvan een *in concreto* beoordeling aantoonst dat zij de rechtspositie van de abonnee ongunstig beïnvloeden.

Het BIPT dient bijgevolg niet aan te tonen dat door TELENET aangebrachte wijzigingen daadwerkelijk in het nadeel zijn van de abonnee om te kunnen oordelen dat TELENET artikel 108, §2 niet heeft nageleefd. De tweede grief van TELENET op dit punt dient dan ook niet verder te worden behandeld.

Het voorgaande belet niet dat de mate waarin de betreffende wijzigingen essentiële voorwaarden betreffen die de rechtspositie van de abonnees zodanig ongunstig beïnvloeden dat de gemiddelde of normale abonnee de

wijziging niet zal aanvaarden relevant kunnen zijn voor de beoordeling van de ernst van de inbreuk.

#### VI. VASTSTELLING VAN DE INBREUK DOOR HET BIPT

Het BIPT beschouwt dat TELENET artikel 108, §2, WEC niet heeft nageleefd door:

A. abonnees-consumenten die verbonden waren door een contract van onbepaalde duur niet naar behoren individueel op de hoogte te brengen van hun recht om zonder boete het contract op te zeggen uiterlijk de laatste dag van de maand die volgt op de inwerkingtreding van de wijzigingen van de algemene voorwaarden van TELENET op 1 oktober 2010;

B. abonnees andere dan consumenten die verbonden waren door een contract van bepaalde duur niet naar behoren individueel op de hoogte te brengen van hun recht om zonder boete het contract op te zeggen uiterlijk de laatste dag van de maand die volgt op de inwerkingtreding van de wijzigingen van de algemene voorwaarden van TELENET op 1 oktober 2010.

De wijziging door TELENET van haar algemene voorwaarden die op 1 oktober 2010 van kracht werden, werden weliswaar individueel ter kennis gebracht van de abonnees van juni 2010 tot en met september 2010 maar de abonnees werden niet tegelijkertijd en behoorlijk op de hoogte gesteld van een gratis opzegrecht.

De loutere verwijzing naar de website van TELENET waarop de vermelding van het gratis opzegrecht wel was opgenomen volstaat niet om te voldoen aan de verplichting van artikel 108, §2 WEC nu dit niet voldoet aan de vereiste van een gelijktijdig en behoorlijke mededeling ervan aan de abonnees. Vereisen dat zij bijkomende stappen zetten – zoals het raadplegen van een website – valt hiermee niet te verzoenen.

Bovendien betreffen de wijzigingen in de algemene voorwaarden ook abonnees van vaste telefonie en mobiele telefonie die niet noodzakelijk (gemakkelijk) toegang hebben tot internet, en dus niet noodzakelijk (eenvoudige manier) de website van TELENET kunnen consulteren, zoals het BIPT terecht aanvoert.

Het BIPT oordeelde daarom terecht dat (i) abonnees-consumenten met een contract van onbepaalde duur en (ii) van abonnees niet-consumenten verbonden door een contract van bepaalde duur niet naar behoren op de hoogte gesteld werden van hun recht om kosteloos het contract op te zeggen.

## VII. BEPALING VAN DE ADMINISTRATIEVE BOETE

### **A. Aangaande de verschoonbaarheid van de inbreuk**

TELENET betwist dat het BIPT kon oordelen dat de inbreuk "onverschoonbaar" was wegens het bestaan van een aantal duidelijke indicatoren:

- (i) de duidelijke bewoordingen van de wettekst;
- (ii) het advies van het Raadgevend Comité inzake Telecommunicatie over de nieuwe algemene voorwaarden van TELENET;
- (iii) een eerdere inbreukprocedure gevoerd tegen BELGACOM waarin het BIPT duidelijk heeft aangegeven dat een weblink niet beantwoordt aan de vereiste behoorlijke gelijktijdige kennisgeving.

TELENET betoogt dat de motivering van het BIPT gebrekkig is en stelt dat het BIPT de inbreuk niet als onverschoonbaar kan kwalificeren nu omtrent de toepasselijkheid van artikel 108,§2 WEC op de voorgestelde wijzigingen wel degelijk redelijke twijfel kon bestaan op het ogenblik van de inbreuk.

*In casu* was er volgens haar nog geen duidelijke rechtspraak of vaste beschikkingspraktijk van het BIPT omtrent het juiste toepassingsgebied van dit artikel, zodat TELENET redelijkerwijs kon geloven dat haar interpretatie correct was.

TELENET is verder van mening dat het eerdere besluit van 28 juni 2010 waarin BELGACOM tot een selectieve boete werd veroordeeld wegens het niet correct naleven van de verplichtingen opgenomen in artikel 108,§2 WEC geen precedent kan vormen aangezien in het vorige geval er geen twijfel bestond over de toepasselijkheid van dit artikel en bijgevolg dit besluit geen invloed kan hebben op het beoordelen van de ernst van de indruk van TELENET. TELENET verwijt het BIPT om de kwalificatie

"onverschoonbaar" te weerhouden ondanks het feit dat in tegenstelling tot het ontwerpbesluit het BIPT in het definitief besluit niet langer de verwijzing naar het BELGACOM-precedent weerhoudt, zonder in een andere motivering te voorzien waarom het niet louter om een schending gaat in plaats van een "onverschoonbare schending".

Met betrekking tot het advies van het RCT stelt TELENET dat dit advies dateert van na de inbreuk met name dan 15 december 2010 en dus niet kan gelden als motief voor de weerhouden onverschoonbaarheid.

Ten slotte voert TELENET nog aan dat het BIPT haar in feite een opzettelijke of lichtzinnige inbreuk verwijt aangezien zij volgens het BIPT een "een aantal duidelijke indicatoren in de wind heeft geslagen", wat TELENET betwist.

Het hof overweegt in dit verband het volgende.

De kwestie van de al dan niet verschoonbaarheid van een inbreuk heeft betrekking op de vraag of de vastgestelde inbreuk überhaupt aan de operator kan verweten worden en wordt vastgesteld aan de hand van objectieve elementen te onderscheiden van de subjectieve intentie van de overtreder. Indien een inbreuk verschoonbaar is kan geen boete worden opgelegd. De onverschoonbaarheid is met andere woorden een voorwaarde voor het BIPT om een vastgestelde inbreuk te kunnen sanctioneren.

De kwestie van de verschoonbaarheid onderscheidt zich bijgevolg van de vraag naar de kwalificatie van de ernst van de inbreuk die bepalend is voor de hoogte van de boete (zie hierna).

De verschoonbaarheid van een inbreuk kan met name voortvloeien uit een onoverwinnelijke onwetendheid van TELENET of uit een onvoorzienbare interpretatie omtrent het toepassingsgebied van artikel 108,§2 WEC of haar toepassingsmodaliteiten.

*In casu* is de inbreuk van TELENET niet verschoonbaar omdat zij zich ten onrechte gesteund heeft op een selectieve lezing van de voorbereidende werken teneinde een interpretatie te volgen die ingaat tegen de duidelijke bewoordingen en doelstellingen van het betreffende artikel in de WEC en

de Universele dienstenrichtlijn door beperkingen voorop te stellen die bewust niet werden weerhouden door de wetgever (wijzigingen aan essentiële bepalingen in het nadeel van de abonnee).

Dergelijke beperkingen werden evenmin door de rechtspraak aangenomen of door een vaste beslissingspraktijk van het BIPT bekrachtigd.

TELENET was bijgevolg niet in een toestand van onoverwinnelijke onwetendheid omtrent de juiste draagwijdte van dit artikel, noch was er sprake van een voor haar redelijkerwijs niet voorzienbare interpretatie van het begrip "wijzigingen" in dat artikel. TELENET mocht er bijgevolg niet van uitgaan dat er aan de verplichtingen van dit artikel voorwaarden kunnen worden toegevoegd zoals door haar voorgelaten niettegenstaande een duidelijke tekst en in strijd met de doelstellingen van de wetgever.

Bovenstaande overweging is gesteund op de duidelijkheid van de wettekst en de doelstellingen van de wetgever zodat verdere motieven (BELGACOM-precedent of advies van het RCT) overtuigend zijn. Het hof dient zich dan ook niet uit te spreken over de juistheid van deze motieven.

Het is evenwel niet zo dat het volgen van een interpretatie die strijdt met een duidelijke wettekst *ipso facto* leidt tot een opzettelijke inbreuk omdat een aantal indicatoren zouden zijn miskend zoals TELENET stelt (zie voetnoot 49 in Conclusie TELENET).

Een onverschoonbare inbreuk is te onderscheiden van een opzettelijke inbreuk.

Het aspect opzet in hoofde van de inbreukmakende operator speelt geen rol bij het beoordelen van het al dan niet verschoonbaar karakter van de inbreuk. Opzet (het willens en wetens plegen van de inbreuk) maakt geen deel uit van de constitutieve bestanddelen van de inbreuk. De aan- of afwezigheid van opzet kan wel een rol spelen als verzachtende of verzwarende omstandigheid.

Het BIPT stelt uitdrukkelijk geen opzettelijke inbreuk te weerhouden in hoofde van TELENET.

Wat betreft de concrete modaliteit van de inbreuk in hoofde van TELENET kan er mede gelet op het besluit van 28 juni 2010 geen redelijke twijfel meer bestaan over het feit dat het BIPT een loutere verwijzing naar een website niet beschouwt als een afdoende mededeling in het licht van de vereisten van artikel 108, §2 WEC.

De inbreuk is in hoofde van TELENET niet verschoonbaar.

### **B. Aangaande de ernst van de inbreuk**

Het BIPT heeft de inbreuk gekwalificeerd als van een " gemiddelde" ernst (§ 110 e.v.):

*110. De overtreding van Telenet heeft een eerder beperkte invloed op de concurrentie op de markt, ook al moet men vaststellen dat de inbreuk het voor gebruikers moeilijker heeft gemaakt om hun contract op te zeggen en zo eventueel van operator te wisselen. Er is dus, bij het beoordelen van de ernst van de overtreding, in beperkte mate sprake van een structurele en negatieve impact op de mededinging.*

*111. Wat betreft de invloed op de bescherming van de belangen van de gebruikers verwijst het BIPT naar zijn analyse in sectie 5.3 hierboven in verband met de aantasting van het recht van de abonnees van Telenet op informatie, besloten in artikel 108, §2.*

*112. Meer concreet werden de wijzigingen aan de algemene voorwaarden van Telenet doorgevoerd ten aanzien van alle abonnees van Telenet op het ogenblik van de aankondiging.*

*113. Volgens een antwoord van Telenet per brief van 15 december 2010 op een verzoek om informatie van het BIPT van 26 november 2010 bedroeg het aantal Telenet-"abonnees (internet, telefonie of mobiele diensten)" waarop de wijziging van de algemene voorwaarden van toepassing was naar schatting [vertrouwelijk].*

*114. Volgens een antwoord van Telenet per brief van 16 augustus 2011 op een verzoek om informatie van het BIPT van 13 juli 2011 waren, naar schatting van Telenet, [vertrouwelijk] van die abonnees consumenten van Telenet, verbonden door een contract van onbepaalde duur, en omgerekend ongeveer [vertrouwelijk] van die abonnees zogenaamde "businessklanten", verbonden door een contract van bepaalde duur.*

*115. In zijn brief van 22 september 2011 overwoog het BIPT dat de door Telenet verstrekte aantallen te hoog waren om te kunnen dienen als antwoord op het verzoek om informatie van het BIPT van 26 november 2010 en leidde het uit het BIPT-statistiekformulier 2010 af dat er eind 2010 ongeveer [vertrouwelijk] abonnees waren die minstens één van de producten van Telenet inzake internet, telefonie of mobiele diensten bij Telenet afnamen.*

116. In zijn schriftelijke opmerkingen van 6 oktober 2011 wierp Telenet op dat de precieze cijfers als antwoord op de vraag naar het aantal "abonnees (internet, telefonie of mobiele diensten)", gesteld per brief van het BIPT van 26 november 2010, volgens haar de volgende moesten zijn:

[**vertrouwelijk**] abonnees die consument waren en een contract van bepaalde duur

hadden;

[**vertrouwelijk**] abonnees die niet-consument waren en een contract van bepaalde

duur hadden.

117. Hoewel dit aantal de helft lager is dan de cijfers die Telenet initieel aan het BIPT overmaakte en 1/3 minder dan op basis van de gegevens uit het BIPT-statistiekformulier maakt dit een groot aantal geïmpacteerde abonnees uit.

118. Anderzijds past het te overwegen dat dit dossier een wijziging van de algemene

voorwaarden betreft. Een wijziging van de algemene voorwaarden is niet rechtstreeks en onmiddellijk voelbaar voor alle abonnees, met name niet voor die abonnees die niet in geschil zullen treden met Telenet omtrent schade, storingen, enzovoort. Het aantal abonnees dat omwille van een wijziging van de algemene voorwaarden eraan denkt om zijn contract op te zeggen, maar dat niet doet omdat hij incorrect op de hoogte gebracht is van zijn recht op kosteloze opzeg, wordt in vergelijking met een dossier waarin een prijsverhoging in het spel is, kleiner geacht.

119. Op basis van het voorgaande beschouwt het BIPT de inbreuk van Telenet dan ook als een inbreuk van gemiddelde ernst.

Volgens TELENET heeft zij in de aanloop van het besluit elementen aangebracht die het BIPT ten onrechte niet in rekening heeft gebracht om de kwalificatie van de inbreuk te herzien, terwijl het BIPT nochtans:

- in de definitieve beslissing niet langer verwees naar het besluit van 28 juni 2010;
- niet betwistte dat de concurrentie volop heeft gespeeld naar aanleiding van de kosteloze opzegmogelijkheid bij TELENET;
- akte nam van het feit dat er minder abonnees werden geïmpacteerd dan oorspronkelijk door TELENET geraamd;
- de abonnees indirect werden geïnformeerd via een link naar de website van TELENET;
- sommige wijzigingen slechts bepaalde klantengroepen betreffen.

TELENET verwijt het BIPT vooral dat zij aangeeft rekening te willen houden met het lager aantal getroffen abonnees bij het bepalen van het boetepcentage dat op het basisbedrag wordt toegepast terwijl dit niet is

gebeurd (zie hierna) en zij evenmin dit element in rekening brengt bij het beoordelen van de ernst van de inbreuk (Conclusie p. 28).

TELENET verwijst nog naar het besluit van 28 juni 2010 waarin een gelijkaardige inbreuk door BELGACOM niet als ernstig zou zijn aangemerkt.

Het BIPT is van oordeel dat de door TELENET aangevoerde elementen geen afbreuk doen aan de door haar gegeven kwalificatie van de inbreuk als van gemiddelde ernst.

Het feit dat de concurrentie en TEST-AANKOOP met een informatiecampagne volop ingespeeld hebben op de wijziging van de voorwaarden door TELENET staat volgens het BIPT niet gelijk met een correcte mededeling vanwege de operator zelf aan zijn abonnees.

Het BIPT voert verder aan dat sowieso de belangen van een groot aantal gebruikers (meer dan 1 miljoen) wel degelijk werden geschaad nu hun recht op correcte informatie over hun gratis opzegrecht werd geschonden en het aannemelijk is dat een deel van hen heeft afgezien van een opzegging wegens gepercipieerde opzegkosten.

Het feit dat TELENET lagere cijfers aanvoert dan oorspronkelijk door haar meegedeeld wat betreft het getroffen aantal abonnees is volgens het BIPT op zich geen reden om de kwalificatie te wijzigen naar "lichte" inbreuk.

Het BIPT stelt nog dat de informatie over het gratis opzegrecht via een weblink niet alleen indirecte informatie uitmaakt maar dat die ook niet voor iedereen toegankelijk is: niet alle abonnees hebben ook internet. Bovendien moet de abonnee afzonderlijke stappen ondernemen om toegang te krijgen tot die informatie.

Dat een gelijkaardige inbreuk in hoofde van BELGACOM niet als ernstig zou zijn gekwalificeerd, betwist het BIPT. Zij wijst erop dat TELENET in tegenstelling tot BELGACOM geen individuele brief heeft gestuurd naar haar abonnees als aanvulling op de verwijzing naar de weblink. De inbreuk van TELENET is dus zwaarder omdat BELGACOM, zij het enkele weken te laat, wel heeft voldaan aan haar informatieplicht tegenover de individuele abonnees. De inbreuk van TELENET gaat immers verder dan

het loutere niet gelijktijdig op de hoogte stellen van de abonnees van hun gratis opzegrecht: de abonnees werden niet correct op de hoogte gebracht door TELENET.

Het hof overweegt in dit verband het volgende.

Het BIPT geniet van een beoordelingsmarge bij het vaststellen van de ernst van een inbreuk voorzover het besluit op dit punt afdoende is gemotiveerd en verantwoord in het licht van de aangevoerde feitelijke en juridische elementen.

De kwalificatie van de inbreuk als licht, gemiddeld ernstig of ernstig door het BIPT dient te gebeuren in het licht van de aard van de inbreuk en de impact ervan op de concurrentie en op de belangen van de abonnees en dient te worden onderscheiden van eventuele verzwarende of verlichtende omstandigheden die bijkomend in aanmerking kunnen genomen worden bij het bepalen van de hoogte van de boete.

Vooreerst stelt het BIPT in het besluit vast dat de invloed van de inbreuk op de concurrentie eerder beperkt is (§110).

Verder neemt het BIPT in aanmerking dat de wijziging geen tariefverhoging betreft maar enkel een aanpassing van de algemene voorwaarden van TELENET waarvan de impact op de abonnees geringer wordt geacht (§118).

Beide elementen wijzen duidelijk op een eerder beperkte impact van de inbreuk.

De kwalificatie van gemiddelde ernst is dus hoofdzakelijk gesteund op de aard van de inbreuk met name de principiële aantasting van het recht op informatie van de individuele abonnee (§94-97):

*94. Gelet op het weerhouden van de grief die een inbreuk vormt op artikel 108, §2, van de wet van 13 juni 2005 en de impact die de gepleegde inbreuk heeft op belangen van de gebruikers is het BIPT van oordeel dat het opleggen van een administratieve boete aan Telenet gerechtvaardigd is.*

*95. De belangen van de gebruikers werden inderdaad geschaad door Telenet, met name werd het in artikel 108, §2, van de Wet besloten recht op informatie van de abonnees van Telenet aangetast om*

*individueel gewezen te worden op hun wettelijk gegarandeerde kosteloze opzegrecht.*

*96. Door dit gebrek aan informatie is het aannemelijk dat een deel van de abonnees van Telenet omwille van gepercipieerde verbrekingskosten er ten onrechte van afgezien heeft om hun wettelijk gegarandeerde kosteloze opzegrecht uit te oefenen.*

*97. In dergelijke omstandigheden is het niet anders dan gepast om een effectieve sanctie op te leggen.*

In deze optiek zijn de door TELENET aangevoerde elementen niet pertinent omdat hoewel het BIPT in aanmerking neemt dat de impact van de inbreuk op de concurrentie beperkt is en ook de abonnees minder getroffen worden dan door een tariefverhoging, hoe dan ook de informatierechten van een belangrijk aantal abonnees geschonden zijn, ongeacht hun juiste aantal.

Het juiste aantal potentiële getroffen abonnees vormt hiertoe geen essentiële overweging in het besluit van het BIPT evenmin als de vraag of concurrenten handig gebruik hebben gemaakt van de contractwijziging om de abonnees van TELENET te informeren over hun opzegrecht.

Aan de kwalificatie die het BIPT aan vergelijkbare feiten in een andere zaak heeft gegeven kan geen doorslaggevende betekenis worden toegekend nu de beoordeling van de ernst van een inbreuk niet alleen afhankelijk is van een *in concreto* beoordeling van de relevante feitelijke en juridische elementen maar ook in de tijd kan evolueren. Het BIPT verwijst bovendien in het bestreden besluit niet uitdrukkelijk naar het besluit van 28 juni 2010 (zgn. BELGACOM- precedent) om de kwalificatie van de inbreuk als gemiddeld ernstig te motiveren. Zij verwijst wel naar dit besluit op het punt van de onverschoonbaarheid in conclusies (§135) en op het punt van de verzwarende omstandigheden (§137) en de billijkheid in het besluit (§149).

TELENET verwijst naar dit besluit van 28 juni 2010 en maakt een vergelijking met de niet als ernstig weerhouden inbreuk B.1 van BELGACOM zijnde het niet gelijktijdig informeren van de abonnees over hun opzegrecht. Onverminderd hetgeen het hof hiervoor reeds heeft overwogen aangaande het niet bindend karakter van een eerdere beoordeling van de ernst van vergelijkbare feiten, is het BIPT overigens terecht van oordeel dat de inbreuk van TELENET naar haar aard ernstiger

is dan die van BELGACOM in het licht van de doelstelling van de wetgever zijnde het correct en individueel informeren van de abonnees bij de wijziging van de contractuele voorwaarden omtrent hun gratis opzegrecht. TELENET heeft de abonnees niet behoorlijk geïnformeerd over dit opzegrecht terwijl de inbreuk van BELGACOM bestond in een laattijdig informeren.

De door TELENET aangevoerde kritieken hebben betrekking op het aspect van de verschoonbaarheid of de eventueel in aanmerking te nemen verzachtende omstandigheden (informatie beschikbaar via weblink en de eventuele aanwezigheid van een precedent in hoofde van BELGACOM) of werden door het BIPT reeds impliciet in overweging genomen of gemotiveerd afgewezen (impact op de concurrentie en het aantal getroffen abonnees).

De kwalificatie van de inbreuk als gemiddeld ernstig is verantwoord op basis van de voorliggende gegevens, afdoende gemotiveerd en niet gebaseerd op een kennelijke beoordelingsfout.

### **C. Aangaande het bedrag van de boete**

Het BIPT motiveert haar berekening van het basisbedrag van de boete als volgt:

*130. Het BIPT wijst erop dat het in zijn brief van 22 september 2011 ervoor gekozen heeft de beperktere scope van de inbreukprocedure in vergelijking met het aantal abonnees op wie de wijzigingen van de algemene voorwaarden daadwerkelijk werden doorgevoerd op een ander moment in de redenering in rekening te brengen, met name bij het in rekening brengen van het concrete percentage dat het zou toepassen om het boetebasisbedrag te bepalen. Het BIPT verkiest deze benadering boven die van Telenet, omdat ze uitgaat van officieel geauditeerde omzetcijfers (terwijl er geen objectieve cijfers werden voorgelegd die aantonen dat de ongeveer [vertrouwelijk] volgens Telenet geïmpacteerde abonnees de omzet van [vertrouwelijk] EUR gegenereerd hebben, die Telenet naar voren schuift).*

*131. Gelet op het gegeven dat het wettelijke boetemaximum is vastgelegd op 5 % van de omzet in het laatste boekjaar en de overwegingen hierboven in verband met het nemen van de nicheomzet als vertrekpunt voor de berekening van het basisbedrag van de boete, acht het BIPT het niet onredelijk en proportioneel om te beschouwen dat het voor een inbreuk van gemiddelde ernst, zoals in casu, past om het boetebasisbedrag ergens te situeren in de vork tussen 0,5 en 1% van de nicheomzet (zodat er ook nog ruimte is om over te gaan tot boeteverhoging, onder meer wegens verzwarende*

*omstandigheden en met het oog op afschrikking; zie de inleidende overwegingen hierboven gemaakt in verband met de drie stappen om te komen tot het eindbedrag van de administratieve boete).*

*132. Het BIPT verwijst bovendien naar zijn overweging hierboven dat dit dossier een wijziging van de algemene voorwaarden betreft. Dit verantwoordt dat er gezocht wordt naar een percentage dat eerder neigt naar de bodem van de vork van 0,5 à 1 %.*

*133. Tevens neemt het BIPT (dus) in rekening dat het huidige dossier enkel overtredingen betreft ten aanzien van (i) abonnees van Telenet die een consument zijn en verbonden zijn door een contract van onbepaalde duur en (ii) de abonnees van Telenet die geen consument zijn en verbonden zijn door een contract van bepaalde duur.*

Het BIPT heeft het basisbedrag van de boete dus vastgesteld op **3.400.000** EUR uitgaande van de omzet van de inbreukmaker gedurende het laatste volledige referentiejaar conform artikel 21, §1 van de wet van 17 januari 2003:

*"Onder voorbehoud van artikel 21/1, deelt de Raad, in geval van een overtreding op de wetgeving of reglementering waarvan de naleving door het Instituut wordt gecontroleerd, zijn grieven mee aan de overtreder, alsook het beoogde bedrag van de administratieve boete die aan de Schatkist toekomt ten bedrage van maximaal 5.000 euro voor natuurlijke personen of van maximaal 5 % van de omzet van de overtreder gedurende het jongste volledige referentiejaar in de postsector of in de sector voor de elektronische communicatie in België voor rechtspersonen."*

In het jaar 2010 bedroeg de totale omzet van TELENET 1.298.993.000 EUR. Het BIPT heeft – hoewel de wet uitgaat van de volledige omzet – evenwel om redenen van proportionaliteit en gepastheid (§124) de boete slechts berekend op een beperkte nicheomzet van 682.519,00 EUR die geacht wordt verband te houden met de overtreding. Het betreft hier uitsluitend de omzet van residentiële abonnees voor telefonie en internet.

TELENET betoogt evenwel dat slechts twee derde van die internet- en telefonie abonnees – de overtreding heeft enkel betrekking op consumenten met een contract van onbepaalde duur en niet-consumenten met een contract van bepaalde duur – mogelijk getroffen werden door de inbreuk zodat de in aanmerking te nemen nicheomzet verder met 1/3 zou moeten verminderd worden. Het BIPT heeft de eigen berekening van TELENET van deze nicheomzet op basis van het aantal impacteerde abonnees evenwel niet weerhouden.

Op de weerhouden omzet van 682.519,00 EUR heeft het BIPT een percentage van 0,5% toegepast rekening houdend met (i) de kwalificatie van de inbreuk als gemiddeld ernstig waarbij een vork tussen 0,5 en 1% werd vastgesteld; (ii) het feit dat de inbreuk geen tariefverhoging maar enkel een wijziging van de algemene voorwaarden betrof en (iii) dat het huidige dossier enkel overtredingen betreft ten aanzien van abonnees van TELENET die een consument zijn en verbonden zijn door een contract van onbepaalde duur en van abonnees van TELENET die geen consument zijn en verbonden zijn door een contract van bepaalde duur.

De wet voorziet niet uitdrukkelijk in de mogelijkheid om het totale in aanmerking te nemen omzetcijfer te reduceren in functie van het werkelijk aantal geïmpacteerde abonnees. Indien het BIPT zich al bevoegd acht om de nicheomzet te reduceren tot de omzet die met de inbreuk verband houdt om redenen van proportionaliteit – wat TELENET niet betwist – dan betekent dit nog niet dat het BIPT zondermeer dient voort te gaan op de door TELENET geraamde omzet.

De kritiek van TELENET dat de werkelijk geïmpacteerde klanten en dus ook het weerhouden omzetcijfer een derde lager zou moeten liggen dan wat het BIPT heeft aangenomen, wordt door TELENET niet gestaafd aan de hand van onbetwiste cijfers.

Het BIPT dient bij het bepalen van de zogenaamde nicheomzet geen rekening te houden met het werkelijk aantal geïmpacteerde abonnees indien daarover geen onbetwiste cijfers voor liggen. Het BIPT geeft in het besluit terecht aan dat zij wenst uit te gaan van geauditeerde cijfers eerder dan van interne cijfers van TELENET (§130).

Het BIPT heeft wel zijdelings en in het algemeen rekening gehouden met het beperktere aantal getroffen abonnees door de keuze van het lagere boetepercentage van 0,5% binnen de weerhouden vork van 0,5% tot 1% (§133).

De kritiek van TELENET op de door het BIPT weerhouden boetevork van 0,5% tot 1% (in plaats van 0,5% tot 0,1%) heeft geen grond nu het hof de kwalificatie als "licht" niet heeft aanvaard.

#### D. Verzwarende en verzachtende omstandigheden

Het BIPT houdt verder bij de bepaling van het boetebedrag nog rekening met de volgende verzwarende en verzachtende omstandigheden:

135. De overtreding van artikel 108, §2 komt neer op het incorrect op de hoogte brengen van de abonnees van Telenet van hun recht om hun contract zonder boete op te zeggen.

136. Telenet bracht in dit dossier de betrokken abonnees op de hoogte van hun recht op kosteloze opzeg via een link (op de achterkant van de aanrekening) naar een communicatie op haar website, wat reeds eerder (in het besluit van de Raad van het BIPT van 28 juni 2010 tot het opleggen van een administratieve boete aan Belgacom wegens de niet naleving van artikel 108, §2, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie) aangemerkt werd als een onvoldoende behoorlijke individuele in kennisstelling.

137. Het BIPT vindt het dan ook een verzwarende omstandigheid dat Telenet uit het besluit van 28 juni 2010 klaarblijkelijk geen lering heeft getrokken. Dat Telenet ervan uitging dat artikel 108, §2, niet van toepassing was, is geen verschoningsgrond (zie hierboven nr. 109).

138. In dit dossier kunnen volgende verzachtende omstandigheden in rekening gebracht worden:

138.1 Telenet werd nog niet eerder aangesproken voor de niet-naleving van artikel 108, §2 van de Wet (geen soortgelijk precedent in hoofd van Telenet).

138.2 Hoewel dit onvoldoende is in het licht van artikel 108, §2, van de Wet, heeft Telenet op de weblink waarnaar het in haar individuele kennisgeving verwees rechtstreeks de abonnees die op die link klikten gebracht naar de informatie over de mogelijkheid om het contract kosteloos op te zeggen en over de modaliteiten voor de uitoefening van dat opzegrecht. Telenet heeft om haar abonnees te informeren dus een communicatiekanaal gebruikt dat niet als "individueel" kan aangemerkt worden (zie hoger), maar heeft anderzijds via dat communicatiekanaal geen onjuiste informatie over het kosteloze opzegrecht gegeven of informatie over het kosteloze opzegrecht moeilijk bereikbaar gemaakt (wat bijvoorbeeld wel het geval zou zijn indien zij de informatie over het kosteloze opzegrecht zou wegstoppen midden in een hele reeks van veelgestelde vragen over de wijzigingen).

138.3 Telenet heeft kort na de kennisname van de klacht van Test-Aankoop en de eerste vragen van het BIPT in dit dossier de periode van kosteloze opzeg, die te kort was, verlengd tot een datum die in overeenstemming was met haar algemene voorwaarden (en artikel 108, §2, van de Wet), wat kan gezien worden als een gedeeltelijke herstelmaatregel.

139. Het BIPT is van oordeel dat er buiten deze 3 elementen geen grond is om andere elementen als een verzachtende omstandigheid in rekening te brengen.

140. De open communicatie over de voorgenomen wijzigingen, die Telenet naar voren schoof tijdens de hoorzitting van 12 oktober 2011, is voorgeschreven door artikel 108, §3, van de Wet. Dat artikel draagt het Raadgevend Comité voor de telecommunicatie niet op om zich uit te spreken over de toepasselijkheid van artikel 108, §2, van de Wet of de concrete uitvoering daarvan. Een gebrek aan commentaar naar aanleiding van de aanmelding van de gewijzigde algemene voorwaarden aan het Raadgevend Comité is dan ook in casu ook niet relevant.

141. Dat Telenet de termijn van de kosteloze opzeg met één maand verlengde in plaats van 2 dagen (en dit na ontvangst van de brief van Test-aankoop en na de eerste stappen in dit dossier) is in casu een correcte toepassing van de wet, geen keuze van Telenet die haar een bijkomende vermindering van de boete moet opleveren. Hetzelfde geldt voor het aankondigen van de wijzigingen ruim voor de minimumtermijn van 1 maand op voorhand, bepaald in artikel 108, §2, van de Wet.

142. Het argument dat er bij Telenet, in tegenstelling tot hetgeen gebeurt bij sommige andere operatoren, niet gevraagd wordt naar de reden voor de uitoefening van het kosteloze opzegrecht, faalt in feite. Een dergelijke vereiste werd wel degelijk naar voren geschoven in de communicatie op de website van Telenet (zie hierboven).

143. Zoals hierboven aangehaald (randnr. 61), zijn de verbintenissen die Telenet in dit dossier voorstelt geen passende herstelmaatregelen. Er is bovendien geen enkele reden om de omzetting van deze verbintenissen in concreet gewijzigde algemene voorwaarden uit te stellen tot wanneer Telenet andere wijzigingen aan die algemene voorwaarden moet aanbrengen tengevolge van de inwerkingtreding van de nieuwe telecomwet.

144. Alhoewel het BIPT Telenet geen opzettelijke schending van artikel 108, §2 verwijt, zijn de (hierboven aangehaalde) elementen die het onzorgvuldig gedrag van Telenet in deze zaak onderbouwen van die aard dat de door Telenet opgeworpen goeder trouw niet kan aangenomen worden.

Inzake verzwarende omstandigheden verwijst het BIPT enkel naar de beslissing in het kader van het zgn. BELGACOM-precedent waarin zij reeds duidelijk had aangegeven dat een verwijzing naar een website niet beantwoordt aan de vereiste behoorlijke individuele kennisgeving van het recht op gratis opzeg van de abonnee.

Het BIPT oordeelde terecht dat er sprake is van een verzwarende omstandigheid zoals TELENET terecht aanvoert nu TELENET diende te weten dat een verwijzing naar haar website niet volstond.

TELENET meent verder dat er nog andere dan de door het BIPT in aanmerking genomen verzachtende omstandigheden pertinent zijn voor het bepalen van het uiteindelijke boetebedrag:

- de correcte medewerking van TELENET aan het onderzoek;
- de onduidelijkheid omtrent het toepassingsgebied van artikel 108,§2 en de interpretatie ervan te goeder trouw door TELENET in het licht van de voorbereidende werken en de eigen houding van het BIPT, dat zelf bepaalde uitzonderingen uitdrukkelijk aanvaardt die niet in de tekst van de wet zijn vermeld;
- de afwezigheid van opzet in hoofde van TELENET terwijl het BIPT de goede trouw van TELENET juist in vraag stelt;
- de verlenging van de termijn van kosteloze opzegging door TELENET;
- TELENET vroeg bij haar abonnees niet naar de reden van de opzeg;
- er is geen bewijs van recidive in hoofde van TELENET;
- het aanbod van herstelmaatregelen door TELENET teneinde bepaalde nadelige wijzigingen niet toe te passen en later te corrigeren bij een volgende aanpassing van de algemene voorwaarden.

Met het BIPT is het hof van oordeel dat de verdere normale toepassing van de wetgeving door TELENET en haar medewerking aan het onderzoek niet als verzachtende omstandigheden moeten worden aangenomen.

De aan- of afwezigheid van opzet in hoofde van de inbreukmaker kan een rol spelen als verzwarende of verzachtende omstandigheid. Uit de toelichting van het BIPT blijkt dat zij een gebrek aan goede trouw verwijt aan TELENET op grond van haar onzorgvuldigheid maar dit niet gelijkstelt aan een opzettelijke inbreuk zijnde het willens en wetens begaan van de inbreuk (conclusie, nr. 163). Er is dus volgens het BIPT geen sprake van opzet in hoofde van TELENET.

Het gebrek aan opzet in hoofde van TELENET dient *in casu* in aanmerking genomen te worden als verzachtende omstandigheid nu het BIPT zelf uitzonderingen gehuldigd heeft op de verplichting van artikel 108,§2 WEC die niet als zodanig in de wet zijn ingeschreven

Verder motiveert het BIPT op afdoende wijze waarom zij de overige door TELENET ingevoerde elementen *in casu* niet beschouwt als verzachtende omstandigheden. Het hof ziet op grond van de gegevens waarop het vermag acht te slaan geen dwingende reden die het BIPT zouden verplichten om andere verzachtende omstandigheden in aanmerking te nemen buiten het gebrek aan opzet in hoofde van TELENET.

#### **E. Disciplinerend effect van de boete en de billijkheid**

TELENET stelt dat er geen reden was om de boete een afschrikwekkend karakter te geven gelet op het feit dat zij de inbreuk te goeder trouw heeft begaan en nadien de wetgeving consequent heeft toegepast.

Tevens trekt TELENET de vergelijking met de BELGACOM boete (500.000 EUR) om te besluiten dat de inbreuken van BELGACOM van veel zwaardere aard waren en dat het BIPT niet met alle onderscheidende factoren rekening heeft gehouden. Op basis van deze elementen acht zij een boete van 20.000 tot 25.000 EUR billijk.

Bij de overweging omtrent het disciplinerend effect van de boete steunt het BIPT zich op het noodzakelijk afschrikwekkend karakter van de boete (§145- 148):

*145. Het doel van een boete is niet alleen om overtredingen te bestraffen en de overtreder ertoe aan te zetten een einde te maken aan de overtreding, maar ook om hem ertoe aan te zetten om niet te recidiveren en om anderen te ontraden om eenzelfde gedrag aan te nemen.*

*146. Om effect te sorteren moet een boete in het algemeen dan ook een voldoende afschrikkend karakter hebben.*

*147. Desalniettemin wordt nu nog gekozen voor een eerder beperkte boete ten aanzien van Telenet, waarbij het BIPT vooral een duidelijk signaal wenst te geven naar de toekomst toe dat verdere inbreuken op artikel 108, §2, van de Wet, die (in hoofdzaak) de belangen van de gebruikers schaden, aanleiding zullen geven tot sancties zoals voorzien door de wet.*

*148. Het BIPT meent dat Telenet dat signaal heeft opgepikt, aangezien het naar aanleiding van een verhoging van de prijzen van sommige van haar internetproducten met ingang op 16 augustus 2011 haar abonnees wel individueel op de hoogte gesteld heeft van hun recht op opzeg zonder boete. Het past dan ook het oppikken van dit signaal in rekening te brengen bij het bepalen van de uiteindelijke hoogte van de boete*

Nergens uit het besluit blijkt evenwel of en in welke mate het BIPT op enige concrete manier rekening gehouden heeft met het noodzakelijk afschrikwekkend karakter van de boete bij het bepalen van de hoogte ervan. Het BIPT stelt zelf dat er nu nog gekozen wordt voor een eerder beperkte boete. De motivering omtrent het afschrikwekkend karakter doet dan ook in het concrete geval niet ter zake wat de hoogte van de boete betreft zodat de kritiek van TELENET zonder voorwerp is.

Het BIPT meent dat aan TELENET in elk geval op grond van de billijkheid geen boete kan opgelegd worden hoger dan deze opgelegd aan BELGACOM en zoals herleid door het hof tot 500.000 EUR (§149-152):

*149. Aan Belgacom werd in 2010 een administratieve boete van 800.000 euro opgelegd wegens een overtreding van artikel 108, §2, van de Wet op drie vlakken (weerhouden grieven B.1, B.2 en C) naar aanleiding van een prijsverhoging toegepast ten aanzien van een deel van haar internetabonnees. Die boete werd door het Hof van Beroep te Brussel herleid tot 500.000 euro in een arrest van 14 september 2011, met name omdat het Hof vond dat er in het dossier geen elementen te vinden waren die wezen op opzet en herhaling in hoofde van Belgacom (criteria waarvan het Hof meende dat het BIPT ze in het besluit van 28 juni 2010 had in aanmerking genomen)*

*150. Telenet heeft volgens dit besluit één aspect van artikel 108, §2, van de Wet overtreden.*

*151. Gezien de omzet van Belgacom in aanmerking genomen in het besluit van 28 juni 2010 grosso modo vier maal hoger was dan de omzet van Telenet zou het niet billijk zijn om Telenet te beboeten met een aanmerkelijk hogere som dan 500.000 euro.*

*152. Het BIPT wenst echter wel een zeker gewicht te geven aan de factor van het negeren van het Belgacom-precedent.*

In § 152 verwijst het BIPT opnieuw naar het negeren van het BELGACOM-precedent waaraan zij een "zeker gewicht" wenst te geven.

Indien het BIPT al bevoegd is om op grond van billijkheidsoverwegingen het basisbedrag van de boete te reduceren – wat TELENET niet betwist – kan het Instituut hoe dan ook niet gehouden zijn door eerdere boetebeslissingen voor zover zij huidig besluit op een afdoende en consistente wijze motiveert, rekening houdend met de feiten en omstandigheden eigen aan deze zaak.

Met name motiveert zijn haar besluit op dit punt (zie ook toelichting in voetnoot 98 van haar conclusie) door te wijzen op pertinente verschillen

tussen beide situaties waaronder de aard en het aantal van de weerhouden inbreuken (één tegenover drie) enerzijds en de relatieve totale grootte van beide ondernemingen anderzijds (één op vier wat het totale omzet betreft).

Wat betreft de verwijzing naar het BELGACOM-precedent blijkt niet in welke mate deze overweging gevolgen heeft voor het minder reduceren van de boete. Bijgevolg is deze motivering niet ter zake en is de kritiek van TELENET op dit punt eveneens zonder voorwerp.

Wat de overige door TELENET aangevoerde onderscheidende elementen betreft stelt het hof vast dat deze reeds op andere punten van boetebesluit in aanmerking worden genomen of gemotiveerd afgewezen door het BIPT met name:

- de ernst van de inbreuk: bij de kwalificatie van de inbreuk als gemiddeld ernstig;
- het in aanmerking nemen van het feit dat het geen prijsverhoging betreft naar een aanpassing van de algemene voorwaarden: bij het bepalen van het concrete boetepercentage binnen de boetevork;
- het aantal getroffen abonnees: bij de bepaling van de ernst van de inbreuk;
- gedeeltelijke herstelmaatregelen vanwege TELENET: onder de verzachtende omstandigheden.

### **Besluit:**

De vermelde boetes die kunnen worden opgelegd betreffen maximumboetes. De wet noch het BIPT geeft richtsnoeren of criteria aan op basis waarvan de hoogte van de boete kan bepaald worden.

Het hof van beroep te Brussel is ingevolge artikel 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 bevoegd om met volle rechtsmacht beroepen ingesteld tegen de besluiten van het BIPT te beoordelen. Wegens het toezicht met volle rechtsmacht op de wettigheid van de beslissing en dus de opgelegde boete, staat het aan het hof om in voorkomend geval met

inachtneming van dezelfde regels als deze die gelden voor het BIPT het bedrag van de boete aan te passen.

Door de inbreuk heeft TELENET de doeltreffendheid van de wettelijk voorziene informatieverstrekking ten behoeve van de abonnees aangetast. De nuttige mogelijkheid voor de abonnees om hun gratis opzegrecht uit te oefenen werd hierdoor ingeperkt. Hierdoor werden abonnees ernstig in hun belangen geschaad.

Het BIPT diende het gebrek aan opzettelijke inbreuk in hoofde van TELENET in aanmerking te nemen.

In de gegeven omstandigheden is het gepast de opgelegde boete te herleiden tot 200.000 EUR.

#### VIII. GERECHTSKOSTEN

Het beroep van TELENET is in beperkte mate gegrond zodat het gepast is 25% van de gerechtskosten ten laste te leggen van het BIPT inbegrepen de rechtsplegingsvergoeding die gelet op de complexiteit van de procedure bepaald wordt op 5.000 EUR.

#### **OM DEZE REDENEN, HET HOF,**

Rechtsprekende na tegenspraak;

In acht genomen de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in rechtszaken;

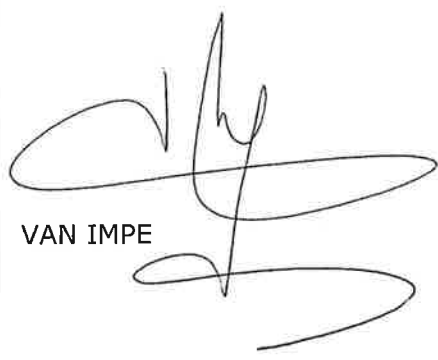
Ontvangt het beroep;

Willigt het beroep enkel deels in wat de hoogte van de boete betreft en herleidt het bedrag van de boete tot 200.000 EUR;

Veroordeelt het BIPT tot 25 % van de kosten van het hoger beroep, in hoofde van TELENET begroot op 186 EUR (rolrecht) en een rechtsplegingsvergoeding van 5.000 EUR.

Dit arrest werd gewezen door de 18e kamer van het hof van beroep te Brussel, samengesteld uit P. Blondeel, Kamervoorzitter, E. Bodson, raadsheer en T. Taffijn, plaatsvervangend raadsheer, die alle zittingen hebben bijgewoond en die over de zaak hebben beraadslaagd.

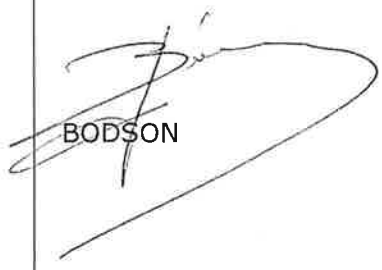
Het werd uitgesproken in openbare terechtzitting door P. Blondeel, Kamervoorzitter, bijgestaan door D. Van Impe, griffier, op **17-04-2013**



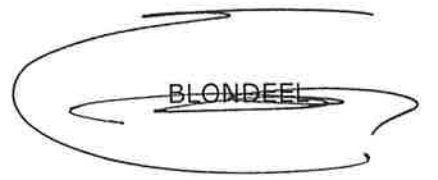
VAN IMPE



TAFFIJN



BODSON



BLONDEEL