

Kopie
Afgeleverd aan: mr. DE FAUW Jasper
art. 792 Ger. W.
Vrij van griffierecht - art. 280,2° W.Reg.

Repertoriumnummer 2024 / 5881
Datum van uitspraak 4 september 2024
Rolnummer 2024/AR/275

Uitgifte

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
op € BUR	op € BUR	op € BUR

- Registreerbaar
- Niet registreerbaar

eindarrest

Hof van beroep

Brussel

Sectie Marktenhof
19^{de} kamer A

Arrest

Aangeboden op
Niet te registreren

TELENET BV, zoals ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0473.416.418, met maatschappelijke zetel te 2800 MECHELEN, Liersesteenweg 4,

Verzoekster, hierna ook "**Telenet**",

vertegenwoordigd door Meester DE MEESE Thomas en Meester STAS Karl, advocaten kantoorhoudende te 1000 BRUSSEL, Joseph Stevensstraat 7

TEGEN

BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN EN TELECOMMUNICATIE (BIPT), zoals ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0243.405.860, met maatschappelijke zetel te 1030 BRUSSEL, Koning Albert II-Laan 35 b1,

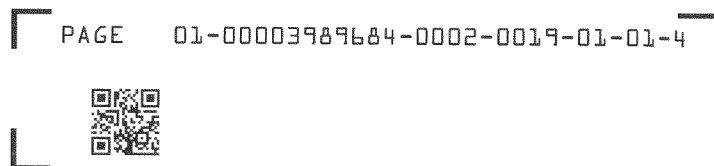
Verweerster, hierna ook het "**BIPT**",

vertegenwoordigd door Meester DE FAUW Jasper, Meester RYELANDT Grégoire en Meester WAITHIRA Loise, allen advocaten kantoorhoudende te 1050 ELSENE, Eugène Flageyplein 18

Gelet op de procedurestukken :

- Het besluit van de Raad van het BIPT van 12 december 2023 tot het opleggen van een administratieve geldboete aan Telenet wegens het niet naleven van artikel 3 van het koninklijk besluit van 6 september 2016 betreffende de migratie van de vastelijndiensten en bundels van diensten in de sector van de elektronische communicatie (hierna de "**Beslissing**");
- Het verzoekschrift van 12 februari 2024 waarmee Telenet beroep aantekent tegen de Beslissing ;
- De syntheseconclusie van Telenet zoals neergelegd op 22 april 2024 ;
- De syntheseconclusie [vertrouwelijke versie] van het BIPT zoals neergelegd op 13 mei 2024 ;
- De stukkenbundels neergelegd door partijen.

Gehoord de advocaten van partijen ter openbare terechtzitting van **22 mei 2024** waarna de zaak in beraad werd genomen.



I. Feiten en procedurele voorgaanden

Partijen geven een eigen feitenrelaas. Het Marktenhof herneemt hier slechts een samengevat feitenrelaas. Dit neemt niet weg dat bij de verdere beoordeling uiteraard rekening wordt gehouden met het geheel van de feiten en de door partijen neergelegde stukken.

1. Onderhavig geschil kadert in het licht van de uitvoering van het koninklijk besluit van 6 september 2016 betreffende de migratie van de vastelijndiensten en bundels van diensten (hierna “**KB Easy Switch**”),¹ hetgeen werd ingevoerd in uitvoering van artikel 111/2, § 1, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna “WEC”).

Het KB Easy Switch regelt de te volgen procedure ingeval een abonnee wenst te veranderen van operator voor vast internet, televisie of een bundel. De opgelegde procedure moet ervoor zorgen dat de administratielast voor de abonnee die gepaard gaat met de overstap naar een andere operator, wordt weggenomen en de onderbreking van de dienstverlening zoveel als mogelijk wordt beperkt. Volgens het KB Easy Switch, staat een uniek controlenummer (de zogenaamde Easy Switch Code) op de eerste bladzijde van elke factuur. Bij een verandering van operator gaat de nieuwe operator via een eenvoudig migratiemandaat aan de hand van de Easy Switch Code aan de slag: hij regelt de opzeg van het oude abonnement en het vermijden van dubbele facturatie (dit is kort samengevat de zogenaamde Easy Switch procedure).

2. Artikel 3 van het KB Easy Switch schreef (in de versie die in de relevante periode toepasselijk was, het KB werd daarna aangepast op allerlei vlakken) het volgende voor:

De operator die een aanvraag ontvangt om een nieuw contract te sluiten betreffende de levering van diensten die vallen onder het toepassingsgebied van dit besluit, vergewist zich ervan of de aanvrager dergelijke diensten reeds geactiveerd heeft bij één of meer operatoren.

De abonnee waarvan de aanvraag zoals bedoeld in het eerste lid overeenkomt met een eenvoudige migratie ondertekent of valideert daartoe een eenvoudige migratiemandaat dat opgenomen is in de bestelling bij de recipiëntoperator of in het contract met de recipiëntoperator.

¹ Koninklijk besluit van 6 september 2016 betreffende de migratie van vastelijndiensten en bundels van diensten in de sector van de elektronische communicatie (hierna : **KB Easy Switch**).

Wanneer de in artikel 1 bedoelde abonnee de recipiëntoperator niet wenst te gelasten om de opzegging te doen bij de donoroperator en nieuwe diensten gelijktijdig te activeren met de deactivatie van de diensten bij de donoroperator, geeft hij dat uitdrukkelijk aan op het eenvoudige-migratiemandaat.

Hij duidt eveneens expliciet aan op het eenvoudige migratiemandaat:

1° of hij de geografische nummers, die deel uitmaken van het geheel van diensten bij de donoroperator, overeenkomstig het KB Nummeroverdraagbaarheid, overdraagt naar de recipiëntoperator of niet.

2° of hij de mobiele nummers, die deel uitmaken van het geheel van diensten bij de donoroperator, overeenkomstig het KB Nummeroverdraagbaarheid, overdraagt naar de recipiëntoperator of niet.

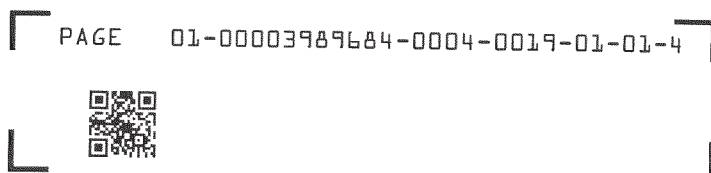
3. Het BIPT vraagt jaarlijks cijfergegevens, o.a. over de toepassing van Easy Switch, op bij de grootste marktpartijen in de elektronische communicatiesector. Op basis van deze statistische gegevens heeft het BIPT vastgesteld dat het percentage nieuwe klanten bij Telenet die gebruik hebben gemaakt van Easy Switch, lager was dan bij andere operatoren (zie tabel in de Beslissing, p. 9, par. 19).

Dit lage aantal acquisities (nieuwe klanten) op basis van Easy Switch was voor het BIPT de aanleiding om in april en mei 2022 een eerste steekproefsgewijze anonieme controle van de naleving van het KB Easy Switch uit te voeren in drie verkooppunten van Telenet.

4. In een brief van 1 juni 2022 schreef het BIPT aan Telenet dat "*In geen van de drie gecontroleerde winkels Easy Switch door de verkopers spontaan [werd] vermeld als overstaprocedure*".

5. In haar antwoord van 14 juni 2022 gaf Telenet aan dat zij recent nog, in de periode van maart tot mei 2022, verschillende initiatieven had genomen om de winkelmedewerkers te informeren over de toepassing van Easy Switch. Op 31 maart 2022 werd er een briefing gestuurd naar alle winkelmedewerkers waarin het Easy Switch proces nogmaals in grote lijnen werd toegelicht. In een intern "bulletin" dat eind april naar alle medewerkers werd gestuurd, werd opnieuw een artikel aan Easy Switch gewijd.

6. In oktober 2022 voerde het BIPT een nieuwe anonieme controle ("mystery shopping") uit, ditmaal in elf verkooppunten. Volgens het BIPT werd in 6 van de 11 gecontroleerde verkooppunten onvoldoende informatie verstrekt over Easy Switch.



In reactie hierop heeft Telenet nieuwe maatregelen voorgesteld, met name een personeelstraining specifiek gewijd aan Easy Switch alsook een eigen "mystery shopping"-campagne in minstens de helft van de Telenet-verkooppunten.

7. Eind januari/begin februari 2023 werd Telenet echter naar eigen zeggen geconfronteerd met één van de ergste IT-incidenten uit haar geschiedenis (dat intern "critical business incident" of "CBI" werd gedoopt). Bij de implementatie van een nieuw centraal IT-systeem (dat een verouderde hoeveelheid van IT-systemen moest vervangen) liep één en ander mis, wat met name ook het functioneren van de verkooppunten danig in de war stuurde.

In die omstandigheden heeft Telenet dan ook beslist om de eigen "mystery shopping" campagne uit te stellen. Telenet heeft het BIPT over de impact van de problemen ingelicht op 7 maart 2023.

8. De eigen "mystery shopping" is dus uiteindelijk in juni 2023 uitgevoerd, kort voor de controles van het BIPT zelf. Deze controles werden uitgevoerd door medewerkers van de hoofdzetel van Telenet op basis van op voorhand uitgeschreven scenario's die ook met het BIPT gedeeld zijn.

9. Tussen 19 en 29 juni 2023 heeft het BIPT dan zelf anonieme controles uitgevoerd in 87 Telenet verkooppunten.

De resultaten waren volgens het BIPT als volgt:

- 28 verkooppunten kregen de quotering "OK";
- 6 verkooppunten kregen de quotering "(OK)";
- 53 verkooppunten kregen de quotering "NOK".

Het BIPT besluit dat 61% van de gecontroleerde verkooppunten (53/87) niet in orde waren.

10. Op 10 oktober 2023 heeft het BIPT aan Telenet een ontwerpbesluit betreffende de grieven meegedeeld.

Telenet heeft hierop schriftelijk gereageerd op 6 november 2023.

Op 13 november 2023 werd Telenet gehoord door de Raad van het BIPT.

11. Per e-mail d.d. 16 november 2023 heeft Telenet nog bijkomende informatie en stukken aan het BIPT bezorgd in verband met de meest recente interne en externe acties die Telenet heeft ondernomen in het kader van de naleving van het KB Easy Switch.



12. Op 12 december 2024 heeft het BIPT het definitieve besluit aangenomen waarin Telenet een administratieve boete opgelegd kreeg van 1 miljoen EUR (de Beslissing). Dit werd op 14 december 2023 per e-mail aan Telenet meegedeeld.

Het is tegen het besluit van 12 december 2023 dat Telenet onderhavig beroep instelt bij het Marktenhof.

II. De Beslissing

13. Middels de Beslissing veroordeelt de Raad van het BIPT Telenet tot het betalen van een administratieve geldboete ten belope van 1.000.000,00 EUR middels de volgende bewoordingen :

89. Het BIPT stelt vast dat Telenet een overtreding heeft begaan van artikel 3 van het koninklijk besluit van 6 september 2016 betreffende de migratie van de vastelijndiensten en bundels van diensten in de sector van de elektronische communicatie.

90. Het BIPT verplicht Telenet om een boete te betalen van 1.000.000 EUR. De administratieve boete moet worden betaald binnen 60 dagen na de ontvangst van dit besluit via overschrijving op het rekeningnummer met IBAN-code: BE63 6792 0058 7108 - BIC: PCHQBEBB op naam van de FOD Economie - Algemene ontvangstenrekening, met als mededeling "boete BIPT aan Telenet - niet-naleving van de reglementering inzake Easy Switch".

III. Voorwerp van de vorderingen

Het beroep van **Telenet** strekt ertoe :

- *Het verzoek tot nietigverklaring ontvankelijk en gegrond te verklaren;*
- *Bijgevolg, het besluit van de Raad het BIPT van 12 december 2023 tot het opleggen van een administratieve boete aan Telenet wegens het niet naleven van artikel 3 van het koninklijk besluit van 6 september 2016 betreffende de migratie van de vastelijndiensten en bundels van diensten in de sector van de elektronische communicatie te vernietigen, in zijn geheel of in de mate waarin Uw Hof de middelen van verzoekende partij gegrond acht;*
- *In ondergeschikte orde, de ernst van de inbreuk te herkwalficeren als "gemiddeld";*
- *In elk geval, het bedrag van de boete te verminderen in het licht van de motieven aangehaald in het derde tot en met het zesde middel;*

PAGE 01-00003989684-0006-0019-01-01-4



- *De verwerende partij te veroordelen in de kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, begroot op 1.800 euro*

Het **BIPT** vraagt het Marktenhof :

- *De vordering van Telenet ontvankelijk doch ongegrond te verklaren,*
- *Telenet te veroordelen tot de kosten van het geding, daarbij begrepen de rechtsplegingsvergoeding begroot op 1.800 EUR (basisbedrag).*

IV. Middelen aangevoerd door de partijen

Namens Telenet :

EERSTE MIDDEL (IN HOOFDORDE) : De beweerde inbreuk is niet (afdoend) aangetoond.

TWEEDE MIDDEL (IN HOOFDORDE) : Miskenning van de procedurele rechten van Telenet.

DERDE MIDDEL (IN ONDERGESCHIKTE ORDE) : Kennelijk onjuiste vaststelling van de relevante omzet en van de duur van de inbreuk.

EERSTE ONDERDEEL : Onjuiste bepaling van de relevante omzet.

TWEEDE ONDERDEEL : Onjuiste bepaling van de duur van de inbreuk.

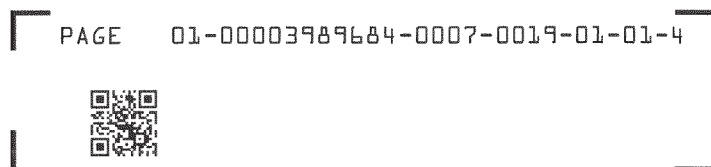
VIERDE MIDDEL (IN ONDERGESCHIKTE ORDE) : Kennelijk onjuiste kwalificatie van de ernst van de inbreuk.

VIJFDE MIDDEL (IN ONDERGESCHIKTE ORDE) : Kennelijk onjuiste beoordeling van de verzachtende omstandigheden.

ZESDE MIDDEL (IN ONDERGESCHIKTE ORDE) : Miskenning van het evenredigheidsbeginsel bij de uiteindelijke berekening van de boete.

ZEVENDE MIDDEL (IN ONDERGESCHIKTE ORDE) : Het BIPT kan in beroep geen nieuwe grieven aanhalen om de bestreden beslissing te motiveren.

Namens het BIPT :



EERSTE MIDDEL : Telenet heeft artikel 3 van het KB Easy Switch geschonden. De inbreuk is bewezen.

EERSTE ONDERDEEL : Artikel 3 van het KB Easy Switch legt duidelijke verplichtingen op aan de operatoren.

TWEEDE ONDERDEEL : De operatoren dienen de informatie over Easy Switch spontaan voorafgaand aan de contractsluiting te verstrekken.

DERDE ONDERDEEL : Easy Switch werd niet spontaan voorgesteld als standaardmigratieprocedure in de verkooppunten van Telenet.

VIERDE ONDERDEEL : Het BIPT heeft geen kennelijke beoordelingsfout begaan.

TWEEDE MIDDEL : De Bestreden Beslissing miskent de procedurele rechten van TELENET niet.

DERDE MIDDEL : De relevante omzet en de duur van de inbreuk werden correct vastgesteld.

VIERDE MIDDEL : Het BIPT heeft de inbreuk terecht als ernstig gekwalificeerd.

VIJFDE MIDDEL : Het BIPT heeft de verzachtende omstandigheden correct beoordeeld.

ZESDE MIDDEL : Het BIPT heeft het evenredigheidsbeginsel gerespecteerd bij de uiteindelijke bepaling van de boete.

EERSTE ONDERDEEL : De Bestreden Beslissing is pertinent en noodzakelijk.

TWEEDE ONDERDEEL : De Bestreden Beslissing is niet disproportioneel.

ZEVENDE MIDDEL : De opgelegde boete schendt het evenredigheidsbeginsel niet.

ACHTSTE MIDDEL : Als in het ongelijk gestelde partij dient Telenet te worden veroordeeld tot de kosten van het geding, daarin begrepen de rechtsplegingsvergoeding.

V. Juridisch kader

KB Easy Switch :²

² Koninklijk besluit van 6 september 2016 betreffende de migratie van vastelijnendiensten en bundels van diensten in de sector van de elektronische communicatie (hierna : **KB**

Artikel 3 (in de versie vermeld in het feitenrelaas)

Artikel 4

Vóór de ondertekening van de bestelling of van het contract, stelt de recipiëntoperator aan de in artikel 1 bedoelde abonnee de richtdata voor vanaf wanneer het mogelijk is om de activering van de nieuwe diensten uit te voeren. De abonnee kiest hieruit vrij een datum.

BIPT statuutwet :³ (HET MARKTENHOF ONDERLIJNT)

Artikel 21, § 1 tot en met § 5 :

§ 1. Indien de Raad over een reeks aanwijzingen beschikt die zouden kunnen wijzen op een inbreuk van de wetgeving of reglementering waarvan de naleving door het Instituut wordt gecontroleerd, van een besluit van het Instituut genomen ter uitvoering van die wetgeving of reglementering of van een beslissing bedoeld in artikel 105, § 6, eerste lid, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, 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 inbreuk bevestigd wordt. De aldus vastgestelde sancties zijn passend, doeltreffend, evenredig en ontmoedigend.

...

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

1° het bevel om een einde te maken aan de inbreuk, ofwel onmiddellijk, ofwel binnen een redelijke termijn die hij bepaalt, voor zover nog geen einde werd gemaakt aan deze inbreuk; het Instituut neemt daartoe gepaste en evenredige maatregelen om te garanderen dat deze voorwaarden in acht worden genomen;

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 geconsolideerde omzet van de overtreder, vóór belastingen en exclusief btw, gedurende het jongste volledige boekjaar in de sector voor elektronische communicatie of voor postdiensten in België of, indien de overtreder geen activiteiten ontwikkelt waarmee een omzet wordt behaald, ten bedrage van maximaal 1 000 000 euro voor rechtspersonen. Voor de inbreuken op hoofdstuk 2 van de wet van 5 mei 2017 betreffende de audiovisuele mediadiensten in

Easy Switch).

³ Wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (hierna "**BIPT statuutwet**").



het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad bedraagt de administratieve boete maximaal 5 % van de geconsolideerde omzet die de overtreder, vóór belastingen en exclusief btw, gedurende het jongste volledige boekjaar in de sector in kwestie heeft behaald, beperkt tot 125 000 euro;

2°/1 teneinde een of meer van zijn besluiten te doen naleven, de betaling binnen de termijn bepaald door de Raad van een dwangsom die aan de Schatkist toekomt ten bedrage van maximaal 500 euro per dag vertraging voor natuurlijke personen en van 5 % van de dagomzet per dag vertraging euro voor rechtspersonen. De dwangsom is verschuldigd vanaf de datum vastgesteld door de Raad in zijn besluit;

3° het bevel om de levering van een dienst of dienstenpakket die bij voortzetting zou leiden tot een aanzienlijke verstoring van de mededinging, te staken of op te schorten zolang de toegangsverplichtingen die na een marktanalyse uitgevoerd overeenkomstig de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie zijn opgelegd, niet worden nageleefd op de wijze bepaald door de Raad of in de wet van 5 mei 2017 betreffende de audiovisuele mediadiensten in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad.

De dagomzet bedoeld in het eerste lid, 2°/1, is de totale geconsolideerde jaaromzet vóór belastingen en exclusief btw, behaald in België, in de sector voor elektronische communicatie of voor postdiensten gedurende het jongste volledige boekjaar gedeeld door 365.

Bij gebrek aan gegevens over de in het eerste lid, 2° en 2°/1, 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.

VI. Beoordeling door het Marktenhof

AANGAANDE DE VERTROUWELIJKHEID INGEROEPEN DOOR TELENET

14. Telenet heeft bepaalde vertrouwelijke stukken neergelegd.

Artikel 23 derde lid van de BIPT statuutwet stelt het volgende :

§ 3. Het instituut draagt zorg voor het bewaren van de vertrouwelijkheid van de gegevens die door bedrijven worden verstrekt en die door het bedrijf als vertrouwelijke ondernemings- en fabricagegegevens worden beschouwd in de zin van artikel 6, § 1, 7°, van de wet van 11 april 1994, betreffende de openbaarheid van bestuur.

Wanneer een onderneming een document overhandigt dat door haar als vertrouwelijk beschouwde gegevens bevat, overhandigt zij tegelijkertijd een niet-vertrouwelijke versie van dit document aan het Instituut.

Wanneer het vertrouwelijke karakter van de gegevens die verstrekt worden door de



onderneming, of van bepaalde van die gegevens, twijfelachtig lijkt, verzoekt het Instituut de onderneming uit te leggen om welke redenen volgens haar de betrokken informatie als vertrouwelijk moet worden beschouwd in de zin van artikel 6, § 1, 7°, van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur.

Indien de onderneming nalaat de gevraagde motivering te verstrekken, of wanneer de onderneming de informatie waarvan sprake als vertrouwelijk beschouwt in de zin van artikel 6, § 1, 7°, van de wet van 11 april 1994, mag het Instituut die informatie, op gemotiveerde wijze en nadat het de betrokken onderneming gehoord heeft, verspreiden, op voorwaarde dat die informatie niet vertrouwelijk is uit de aard van de zaak of krachtens de wet.

Het BIPT betwist het vertrouwelijk karakter van de stukken aangegeven door Telenet niet en Telenet verzet zich er niet tegen dat het BIPT kennisneemt van die stukken (waarover het BIPT overigens beschikt). Er zijn geen andere partijen tussengekomen in onderhavig geding.

Beide partijen hebben ook vertrouwelijke en niet-vertrouwelijke versies van bepaalde stukken, met inbegrip van, doch niet beperkt tot, de Bestreden Beslissing, neergelegd zodat het Hof kennis heeft kunnen nemen van alle relevante informatie met inbegrip van commercieel gevoelige of persoonlijke informatie. Het Hof heeft derhalve een transparant zicht op de zaak gekregen.

15. Het Hof heeft, voor een goed begrip van de motivering van het huidige arrest, hierna op bepaalde plaatsen passages moeten citeren uit als vertrouwelijk aangemerkte stukken. Het Hof heeft daarbij inspanningen geleverd opdat in de geciteerde passages niets bijzonder gevoelig staat. Partijen kunnen desgevallend nog steeds gebruik maken van de mogelijkheden geboden door artikel 871bis, § 2, 3°, Ger.W.

AANGAANDE DE ONTVANKELIJKHEID

16. Tussen partijen bestaat geen betwisting aangaande de ontvankelijkheid *ratione materiae* en *ratione personae* van het beroep, en het beroep werd *ratione temporis* ingesteld binnen de voorgeschreven wettelijke termijn.

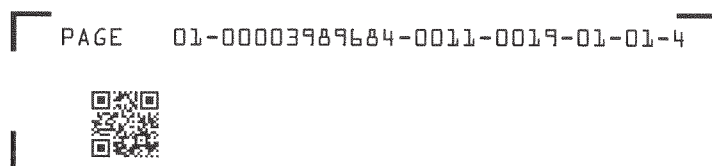
Het beroep van Telenet is *ontvankelijk*.

AANGAANDE DE GROND VAN DE ZAAK

EERSTE MIDDEL TELENET (IN HOOFDORDE)

Eerste verweermiddel BIPT.

Samenvatting middel Telenet



Krachtens artikel 3 KB Easy Switch dient een operator Easy Switch pas voor te stellen als er sprake is van een ‘aanvraag om een nieuw contract te sluiten’ en dit moet slechts gebeuren in het stadium van de ‘bestelling’ of ‘het contract’. Er is geen wettelijke verplichting om reeds in een verkennend verkoopgesprek Easy Switch ter sprake te brengen. Dit moet enkel gebeuren bij de aanvang van het bestelproces, zijnde wanneer de koopintentie van de klant zich vertaalt in een concrete bestelling of contract. Het BIPT toont niet aan dat de gesprekken bij de anonieme controles tot dit stadium zijn gegaan daar de instructies aan de controleurs vaag waren en er kennelijk geen vaste scenario’s werden gevolgd. Tot het bewijs van het tegendeel, moet er van worden uitgegaan dat er geen dergelijke scripts werden gevolgd en elke controleur het gesprek naar eigen goeddunken heeft gevoerd, zodat er geen objectie verifieerbaar bewijs voorligt. Bovendien stelt het BIPT in haar conclusie zelf dat de controlediensten geen bestelling plaatsten.

Het BIPT deed een kennelijke beoordelingsfout en is minstens onzorgvuldig geweest (gebrek aan rigoureuze methodologie). Daarnaast is de Bestreden Beslissing aangetast door een materieel motiveringsgebrek. Uit artikel 106.1 van het Europees Wetboek elektronische communicatie (hierna “EWEC”)⁴ kan geenszins worden afgeleid dat Easy Switch reeds tijdens een verkennend verkoopgesprek ter sprake moet worden gebracht. Easy Switch is immers een specifieke Belgische regeling. Er is geen sprake van een resultaatsverbintenis en evenmin is de precontractuele informatieplicht conform artikel 108 WEC relevant.

Samenvatting verweer BIPT

Er werd meermaals vastgesteld dat Easy Switch niet als standaardprocedure voor de migratie van vastelijndiensten wordt voorgesteld in de verkooppunten van Telenet. Artikelen 106 EWEC en 108 WEC stellen duidelijk dat de informatie moet worden verstrekt voorafgaand aan enige contractsluiting of een daarmee overeenstemmend aanbod. De verplichtingen vervat in artikel 3 KB Easy Switch zijn bovendien resultaatsverbintenissen.

Het standpunt van Telenet dat zij Easy Switch niet zou moeten vermelden tijdens een voorafgaand ‘verkennend gesprek’ stemt niet overeen met de wettelijke grondslagen. Zo betreft de contractsluiting of bestelling een loutere fase van de migratieprocedure, in tegenstelling tot het argument van Telenet dat de bestelling / contractsluiting zou voorafgaan aan het concreet afsluiten van een nieuw contract. Voorts is de recipiëntoperator verplicht om bij het begin van de migratieprocedure drie handelingen te verrichten : vooronderzoek (onderzoek, op het ogenblik van de eerste interactie met de persoon die geïnteresseerd is om een contract te sluiten, naar of de aanvrager in aanmerking komt voor Easy Switch), precontractuele informatieplicht (afdoende informeren over de geldende migratieprocedures waarbij Easy Switch de standaard is) en contractsluiting. Het uitstellen van de mededeling over Easy Switch tot aan de contractsluiting of bestelling zou het doel van de regelgeving om de overstapdrempels te verlagen ondermijnen.

⁴ Richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie.



Het BIPT stelde bij Telenet inbreuken vast op artikel 3 KB Easy Switch gedurende controles in april-mei 2022, in oktober 2022 en een derde keer in juni 2023. De controleurs verkregen hierbij telkenmale dezelfde eenvoudige instructie om zich voor te doen als fictieve klant die wilde overstappen naar Telenet en waarbij gebruik werd gemaakt van een controleverslag. Na de eerste controles gaf Telenet zelf aan dat het probleem intern lag. In elk geval waren de instructies voor de controleurs overduidelijk en is het geenszins nodig om 'scripts' voor te leggen. Bovendien moet worden benadrukt dat de Easy Switch procedure moet worden voorgesteld vanaf de eerste interactie met een klant die wenst over te stappen en niet bij de latere fase van de contractafsluiting of -ondertekening en zijn de eigen controles en resultaten van steekproeven van Telenet irrelevant voor de beoordeling van de wettelijkheid van de Beslissing door het Marktenhof.

Tot slot, kan het BIPT geen kennelijke beoordelingsfout worden verweten. Telenet bewijst geenszins enige vorm van subjectiviteit of onbetrouwbaarheid in hoofde van het BIPT. Het BIPT heeft op basis van de vastgestelde inbreuken een beslissing genomen die overeenstemt met de toepasselijke regelgeving. De inbreuk is aldus bewezen.

Beoordeling door het Marktenhof

Een administratieve boete als sanctie met een strafrechtelijk karakter, het legaliteitsbeginsel en de concrete toepassing ervan

17. De administratieve boetes die het BIPT kan opleggen en middels de Beslissing heeft opgelegd, zijn te beschouwen als strafrechtelijke sancties in de zin van artikel 6 EVRM en de waarborgen waarin artikel 6 EVRM en andere internationale en supranationale normen voorzien inzake strafprocedures zijn dus van toepassing.

Weliswaar moet de naleving van het respect op een eerlijk (straf)proces beoordeeld worden over de hele procedure (inclusief de beroepsprocedure voor het Marktenhof), maar dat veronderstelt uiteraard dat de eventuele gebreken van de administratieve procedure tijdens de beroepsprocedure geredieerd kunnen worden en ook daadwerkelijk geredieerd worden.

Daar de administratieve geldboete *in casu* kwalificeert als een sanctie met een strafrechtelijk karakter, dient de rechter de bijzondere waarborgen zoals vervat in de artikelen 6 en 7 van het EVRM te verzekeren, waaronder het beginsel van de legaliteit van sancties. Dit legaliteitsbeginsel, hetgeen een voortvloeisel is van het rechtszekerheidsbeginsel, houdt in dat het voor de betrokkene duidelijk moet zijn welke gedraging kan / zal worden gesanctioneerd. Het Belgische Grondwettelijk Hof verduidelijkt wat dit betreft :⁵

⁵ Gwh 16 december 2010, nr. 140/2010, randnrs. B.3.1 t.e.m. B.4.

[...] het door artikel 7 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens gewaarborgde wettigheidsbeginsel in strafzaken.

Dit beginsel gaat uit van de idee dat de wet moet worden geformuleerd in bewoordingen op grond waarvan eenieder, op het ogenblik waarop hij een gedrag aanneemt, kan uitmaken of dat gedrag al dan niet strafbaar is. Het eist dat de wetgever in voldoende nauwkeurige, duidelijke en rechtszekerheid biedende bewoordingen bepaalt welke feiten strafbaar worden gesteld, zodat, enerzijds, diegene die een gedrag aanneemt, vooraf op afdoende wijze kan inschatten wat het gevolg van dat gedrag zal zijn en, anderzijds, aan de rechter geen al te grote beoordelingsbevoegdheid wordt gelaten.

Hetzelfde beginsel staat evenwel niet eraan in de weg dat de wet een beoordelingsbevoegdheid toekent. Er dient immers rekening te worden gehouden met het algemene karakter van de wetten, de uiteenlopende situaties waarop zij van toepassing zijn en de evolutie van de gedragingen die zij bestraffen.

Aan het vereiste dat een misdrijf duidelijk moet worden omschreven in de wet, is voldaan wanneer de rechtzoekende, op basis van de bewoordingen van de relevante bepaling en, indien nodig, met behulp van de interpretatie daarvan door de rechtscolleges, kan weten welke handelingen en welke verzuimen zijn aansprakelijkheid meebrengen.

18. De sanctie moet met andere woorden voldoende voorzienbaar zijn op grond van een specifieke en voldoende nauwkeurige wettelijke bepaling.⁶ In die zin moeten de omstandigheden waarin een administratieve sanctie kan worden opgelegd in detail worden omschreven.⁷

⁶ In die zin EHRM 25 mei 1993, *Kokkinakis t. Griekenland*, randnr. 51 : “[...] it follows from this that an offence must be clearly defined in law. This condition is satisfied where the individual can know from the wording of the relevant provision and, if need be, with the assistance of the courts’ interpretation of it, what acts and omissions will make him liable” ; EHRM 20 januari 2009, nr. 75909/01, *Sud Fondi srl et alii t. Italië* ; EHRM 28 juni 2018, nrs. 1828/06, 34163/07 en 19029/11, *G.I.E.M. S.R.L. et alii t. Italië*, randnr. 241 e.v. ; Ger.EU 8 oktober 2008, T-69/04, randnrs. 29 en 30 : “Blijkens de rechtspraak van het Hof is het beginsel van de legaliteit van sancties een uitvloeisel van het rechtszekerheidsbeginsel, dat een algemeen beginsel van gemeenschapsrecht is en met name vereist dat iedere communautaire regeling, inzonderheid wanneer daarbij sancties worden opgelegd of op grond daarvan kunnen worden opgelegd, duidelijk en nauwkeurig is, zodat de betrokken personen ondubbelzinnig de daaruit voortvloeiende rechten en verplichtingen kunnen kennen en dienovereenkomstig hun voorzieningen kunnen treffen. Dit beginsel, dat deel uitmaakt van de constitutionele tradities die de lidstaten gemeen hebben en in verschillende internationale verdragen, en met name in artikel 7 EVRM, is neergelegd, geldt zowel voor strafrechtelijke normen als voor specifieke bestuurlijke instrumenten waarbij bestuurlijke sancties worden opgelegd of op grond waarvan dergelijke sancties kunnen worden opgelegd. Het is niet enkel van toepassing op de regels waarbij de bestanddelen van een inbreuk worden vastgesteld, maar ook op de regels waarbij de gevolgen van een inbreuk op eerstgenoemde regels worden vastgesteld.” en Ger.EU 27 juni 2012, T-372/10, *Bolloré t.*



19. Hetgeen voorgaat, brengt ook met zich mee dat een extensieve, niet-letterlijke interpretatie van het artikel 3 KB Easy Switch, zoals het BIPT die via de Beslissing doorvoert, in strijd is met het legaliteitsbeginsel conform de artikelen 6 en 7 van het EVRM.

De betrokkene, hier Telenet, kan dan immers niet met afdoende zekerheid weten of het BIPT de gedraging *zoals in casu* zou sanctioneren. Het is daartoe zonder belang in hoeverre men het artikel dient te lezen in het licht van andere bestaande bepalingen of instrumenten, zoals Richtlijn 2018/1972 (EWEC) en diens preambules. De tekst van de bepaling, zijnde artikel 3, eerste en tweede lid, KB Easy Switch is op zich immers duidelijk.⁸

20. Het punitief karakter van de administratieve geldboete verantwoordt een restrictieve lezing van artikel 3 KB Easy Switch, des te meer wanneer de tekst *an sich* duidelijk is. De extensieve, niet-letterlijke lezing vanwege het BIPT is in dat opzicht niet in overeenstemming met de hogervermelde beginselen.

Het BIPT verwijst voor haar interpretatie ook naar artikel 4 van het KB Easy Switch, het Verslag aan de Koning zoals gevoegd bij het KB Easy Switch en artikel 106 EWEC.

Het Marktenhof overweegt echter dat louter op basis van de bewoordingen van artikel 3 KB Easy Switch de verplichting van Telenet, als de (recipiënt)operator, erin bestaat in het opnemen van “een eenvoudige migratiemandaat [...] in de bestelling bij de recipiëntoperator of in het contract met de recipiëntoperator” en in het voorleggen van dit mandaat aan de cliënt ter ondertekening of validatie. Met andere woorden, moet deze verplichting slechts nagekomen worden wanneer de aanvrager een concrete bestelling plaatst of een concrete aanvraag doet om een contract af te sluiten en een document hiervoor (bestelling of contract) krijgt voorgelegd. Het wettelijk kader bepaalt echter niet dat bij elke interactie met een mogelijk nieuwe cliënt prompt moet verwezen worden naar “Easy Switch” (de 2 laatste woorden werden – zoals gezegd - ook niet letterlijk in het bewuste artikel opgenomen of vermeld). Wellicht is een dergelijke proactieve uitleg wenselijk, maar dit wordt niet op straffe van een boete wettelijk opgelegd.

Het vaststaan van de inbreuk op artikel 3 KB Easy Switch

21. Het BIPT voert in totaal drie controles uit met betrekking tot verkooppunten van Telenet waarvan alleen de laatste aanleiding heeft gegeven tot het nemen van de Beslissing.

Een eerste keer controleert het BIPT, steekproefsgewijs, drie verkooppunten van Telenet in april-mei 2022 en stelt zij een eerste maal een inbreuk vast op artikel 3 KB Easy Switch.

Europese Commissie, randnrs. 33-35.

⁷ *Zoals reeds eerder geoordeeld in Brussel, Marktenhof, 7 september 2022, 2022/AR/292.*

⁸ *Conform EHRM 6 oktober 2011, nr. 50425/06, Soros t. Frankrijk, randnrs. 52-53.*



Vervolgens voert het BIPT een tweede controle in elf verkooppunten van Telenet in de vorm van *mystery shopping* in oktober 2022, en waarbij zij opnieuw een inbreuk vaststelt op artikel 3 KB Easy Switch. Tot slot, controleert het BIPT alle 87 verkooppunten van Telenet, opnieuw in de vorm van *mystery shopping*, tussen 19 en 29 juni 2023. Ook hier stelde zij een inbreuk vast op artikel 3 KB Easy Switch. Telenet werd hiervan telkenmale op de hoogte gebracht.

Slechts voor wat betreft de derde controle beschikt het Marktenhof en bij uitbreiding Telenet (die hiernaar nochtans eerder gevraagd had) over enige verdere informatie aangaande de eigenlijke inhoud van de controle. Bij deze laatste controle gaf het BIPT haar controleurs met name de volgende instructies:⁹ (HET MARKTENHOF ONDERLIJNT)

De controlediensten van het BIPT volgden daarbij de volgende methodiek :

- *De ganse controle verloopt anoniem – de controleurs maken zich niet bekend als agenten van het BIPT.*
- *De controleur doet zich voor als een abonnee die wil overstappen naar Telenet en vraagt wat hij daartoe moet ondernemen.*
- *Daarbij gaat de controleur het volgende na :*
 - i. De controleur vraagt niet expliciet naar Easy Switch. De verkoper in kwestie moet spontaan en in eerste instantie Easy Switch ter sprake brengen als standaardprocedure van overstap naar Telenet. Easy Switch moet immers de standaardprocedure zijn.*
 - ii. Maakt de verkoper melding van de Easy-Switch ID ?*
 - iii. Vermeldt de verkoper dat de Easy Switch-ID te vinden is op de factuur of in de klantenzone?*
 - iv. De controleur vraagt tevens of hij bij Easy Switch ook zijn nummer kan behouden waarbij het enige juiste antwoord “ja” is.*
- *De controleur noteert verder de naam van de winkel en datum en tijdstip van bezoek.*

De controleurs kregen de instructie om zich voor te doen als ‘abonnee die wil overstappen naar Telenet en vraagt wat hij daartoe moet ondernemen’. Aan het einde van het bezoek, vult de controleur een controleverslag in waarbij hij naargelang het resultaat van het bezoek een vakje ‘Ja’ of ‘Nee’ aanvinkt ((i) ‘Spontane vermelding Easy switch’, (ii) ‘Melding Easy switch-ID’, (iii) ‘Melding Easy switch-ID op factuur’ en (iv) ‘Op vraag of nummer kan behouden worden’) en eventuele opmerkingen kan poneren.

22. Zoals ook aangegeven door Telenet blijkt uit deze instructies echter geenszins dat de controleurs aanstalten moesten maken om een bestelling te plaatsen of een contract te sluiten met

⁹ Bestreden Beslissing, randnr. 32.

Telenet conform artikel 3 KB Easy Switch, hetgeen precies het moment uitmaakt waarop Telenet als recipiëntoperator aan de aanvrager het vereiste migratiemandaat moet voorleggen. Het BIPT legt het Marktenhof ook geen afdoende bewijs voor van het tegendeel. De stukkenbundel van het BIPT bevat geen enkele bestelling of contract die door zijn controleurs zouden zijn bekomen. Op de terechtzitting legde het BIPT uit dat de opdracht van zijn mystery shoppers een einde nam net voordat zij in de verkooppunten een bestellings- of contractformulier zouden verzoeken. Het Marktenhof benadrukt opnieuw dat het artikel 3 zelfs geen melding maakt van de bewoording 'Easy Switch' zoals Telenet ook al aangaf in haar schriftelijke reactie van 6 november 2023 bij het ontwerpbesluit van 10 oktober 2023.

23. Er is dus geen wettelijke verplichting om reeds in een verkennend gesprek Easy Switch ter sprake te brengen. Een migratiemandaat moet enkel voorgelegd worden bij de aanvang van het bestelproces, met name wanneer de koopintentie van de klant zich gaat vertalen in een concrete bestelling of contract. Het BIPT toont niet aan dat de gesprekken bij de anonieme controles telkens tot dit stadium zijn gegaan.

Het Verslag aan de Koning doet geen afbreuk aan het voorgaande en de duidelijke tekst van artikel 3.

Ook de argumenten aangehaald door het BIPT in haar conclusies aangaande de kwalificatie van de verplichtingen zoals vervat in artikel 3 KB Easy Switch als zijnde resultaatsverbintenissen, het vooronderzoek en de precontractuele informatieplicht moeten omwille van hetgeen voorgaat worden afgewezen. Bovendien is aangaande deze 'nieuwe' argumentatie absoluut niets terug te vinden in de Beslissing zelf.

24. Hetzelfde geldt voor de gehele discussie omtrent de vraag of Telenet al dan niet kennis zou hebben gehad van de vermeende inbreuk of deze al dan niet zou erkend hebben (minstens impliciet in haar brief van 14 juni 2022 aan het BIPT, stuk 5 uit het Administratief Dossier). Deze discussie is irrelevant daar er met miskenning van het legaliteitsbeginsel een vermeende inbreuk werd vastgesteld door het BIPT.

Conclusie

25. Gelet op al hetgeen voorgaat, overweegt het Marktenhof dat de inbreuk door Telenet op artikel 3 KB Easy Switch niet afdoende is bewezen zodat het eerste middel van Telenet *in die mate gegrond* is.

De Beslissing moet op grond hiervan worden vernietigd. De vastgestelde gebreken van de administratieve procedure kunnen tijdens de beroepsprocedure niet geredimeerd worden.

De hierboven aangegeven middelen in de mate dat ze gegrond werden bevonden, leveren grond op om de Beslissing integraal te vernietigen, de overige middelen of onderdelen ervan waarop niet in



detail ingegaan wordt, behoeven ook geen nadere behandeling aangezien ze, al waren ze gegrond, alleszins niet tot een ruimere vernietiging van de Beslissing kunnen leiden.

AANGAANDE DE KOSTEN

26. Daar het Marktenhof oordeelt dat de Beslissing moet worden vernietigd op grond van het ontbreken van het vaststaan van een inbreuk in hoofde van Telenet, geldt het BIPT als de in het ongelijk gesteld partij. Het BIPT dient bijgevolg te worden veroordeeld tot het dragen van de kosten van het geding, waaronder de basisrechtsplegingsvergoeding ten belope van 1.800,00 EUR.

OM DEZE REDENEN, HET HOF,

Het hof beslist bij arrest op tegenspraak.

De rechtspleging verliep in overeenstemming met de wet van 15 juni 1935 op het gebruik van de taal in gerechtszaken.

Verklaart het beroep van TELENET ontvankelijk en gegrond,

Vernietigt het besluit van de Raad van het BIPT van 12 december 2023 tot het opleggen van een administratieve geldboete aan Telenet wegens het niet naleven van artikel 3 van het koninklijk besluit van 6 september 2016 betreffende de migratie van de vastelijndiensten en bundels van diensten in de sector van de elektronische communicatie,

Veroordeelt het BIPT tot het betalen van een rechtsplegingsvergoeding aan Telenet ten bedrage van 1.800,00 EUR,

Veroordeelt het BIPT tot het definitief ten laste nemen van de bijdrage Budgettair Fonds ten bedrage van 24,00 EUR,

Stelt vast dat het BIBT ten gevolge van de gezamenlijke toepassing van de art. 279 en 161, 1^o *bis*, van het Wetboek der registratierechten is vrijgesteld van het rolrecht,



Aldus gewezen en uitgesproken in openbare burgerlijke terechtzitting van de 19e kamer A van het hof van beroep te Brussel op 4 september 2024,

waar aanwezig waren :

Mevr. A-M. WITTERS,
Mevr. C. VERBRUGGEN,
Dhr. Y. HERINCKX,
Dhr. S. DE COOMAN,

Raadsheer,
Raadsheer,
Plaatsvervangend Raadsheer,
Griffier,



S. DE COOMAN



Y. HERINCKX



C. VERBRUGGEN



A-M. WITTERS

