



B I P T

**BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN
EN TELECOMMUNICATIE**

**BESLUIT VAN DE RAAD VAN HET BIPT VAN 22 JANUARI 2019
BETREFFENDE
HET OPLEGGEN VAN EEN ADMINISTRATIEVE BOETE
AAN
TELENET
WEGENS
HET NIET-NALEVEN VAN ARTIKEL 16, TWEEDE ZIN, VAN HET KONINKLIJK
BESLUIT VAN 6 SEPTEMBER 2016 BETREFFENDE DE MIGRATIE VAN
VASTELIJNDIENSTEN EN BUNDELS VAN DIENSTEN IN DE SECTOR VAN DE
ELEKTRONISCHE COMMUNICATIE**

-
Niet-vertrouwelijke versie

INHOUDSOPGAVE

1. Voorwerp.....	3
2. Juridische basis van dit besluit.....	3
3. Wettelijke verplichtingen ten gronde.....	4
4. Feiten en voorgaanden	6
4.1. VOORAFGAANDE STAPPEN IN DIT DOSSIER.....	6
4.2. FEITEN	8
4.3. VISIE VAN TELENET OP DE FEITEN.....	9
5. Analyse van het BIPT	11
5.1. MEEGEDEELDE GRIEF	11
5.2. SAMENVATTING VAN HET UITEINDELIJKE STANDPUNT VAN TELENET	11
5.3. REACTIE EN UITEINDELIJKE BEOORDELING VAN HET BIPT	11
5.4. CONCLUSIE BETREFFENDE DE NALEVING VAN ARTIKEL 16, TWEDE ZIN, VAN HET KB EASY SWITCH.....	12
6. Beslissing met betrekking tot de administratieve boete	13
6.1. MEEGEDEELDE BEOOGDE MAATREGEL.....	13
6.2. SAMENVATTING VAN HET STANDPUNT VAN TELENET TEN AANZIEN VAN DE BEOOGDE MAATREGEL.....	13
6.3. BETREFFENDE HET OPLEGGEN VAN EEN ADMINISTRATIEVE BOETE	14
6.4. BEREKENING VAN HET BEDRAG VAN DE ADMINISTRATIEVE BOETE	16
6.4.1 <i>Bepaling van het basisbedrag</i>	16
6.4.2 <i>Boeteverhogende en -verlagende factoren</i>	20
6.4.3 <i>Noodzaak om de boete een afschrikkend karakter te geven</i>	23
6.4.4 <i>Conclusie</i>	24
7. Besluit	25
8. Beroepsmogelijkheden	26

1. Voorwerp

1. Dit besluit heeft tot doel te bepalen of de meegedeelde grieven omtrent de niet-naleving van artikel 16, tweede zin, van het koninklijk besluit van 6 september 2016 betreffende de migratie van vastelijndiensten en bundels van diensten in de sector van de elektronische communicatie (hierna ook: "het KB Easy Switch") definitief kunnen worden weerhouden ten aanzien van Telenet BVBA (hierna: "Telenet") en, indien dat het geval is, te bepalen of er, overeenkomstig artikel 21 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (hierna "de BIPT-wet"), een administratieve boete opgelegd moet worden aan Telenet.

2. Juridische basis van dit besluit

2. Dit besluit wordt genomen overeenkomstig artikel 21 van de BIPT-Wet, dat bepaalt:

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

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

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

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

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

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

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

2° de betaling binnen de termijn bepaald door de Raad van een administratieve boete die aan de Schatkist toekomt ten bedrage van maximaal 5.000 euro voor natuurlijke personen en van maximaal 5 % van de omzet van de overtreder gedurende het jongste volledige boekjaar in de sector voor elektronische communicatie of voor postdiensten in België of, indien de overtreder geen activiteiten ontwikkelt waarmee een omzet wordt behaald, ten bedrage van maximaal 1.000.000 euro voor rechtspersonen. Voor de inbreuken op hoofdstuk 2 van de wet van 5 mei 2017 betreffende de audiovisuele mediadiensten in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad bedraagt de administratieve boete maximaal 5 % van de omzet die de overtreder gedurende het jongste volledige boekjaar in de sector in kwestie heeft behaald, beperkt tot 125.000 euro;

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

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

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

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

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

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

§ 8. Ieder besluit dat overeenkomstig dit artikel wordt genomen wordt onverwijld per aangetekende brief aan de betrokkene en aan de minister meegedeeld en bekendgemaakt op de website van het Instituut.

Het besluit vermeldt de redelijke termijn waarbinnen de betrokkene aan de opgelegde maatregel of maatregelen dient te voldoen."

3. Wettelijke verplichtingen ten gronde

3. Artikel 16 van het KB Easy Switch bepaalt:

"Iedere operator die valt onder het toepassingsgebied van dit besluit identificeert de dienst of het geheel van diensten dat het voorwerp kan uitmaken van een eenvoudige migratie aan de hand van een uniek nummer of een unieke naam. Hij plaatst dat nummer of die unieke naam op zijn factuur."

4. Het toepassingsgebied van het KB Easy Switch wordt omschreven in artikel 1 van het KB Easy Switch van 6 september 2016.

5. Het voor dit dossier relevante deel van artikel 1, met name artikel 1, eerste lid, van het KB Easy Switch, luidt als volgt:

"Dit besluit is van toepassing op de migratie van een internettoegangsdienst geleverd op een vaste locatie, een omroeptransmissie- en omroepdistributiedienst geleverd op een vaste

locatie of een geheel van diensten, waarin minstens één van de vorige diensten vervat zit, aangevraagd door een abonnee die er bij de donoroperator voor gekozen heeft een tariefplan bestemd voor residentieel gebruik te onderschrijven, ongeacht of de betrokken abonnee een consument is of niet."

6. Een abonnee wordt in artikel 2, 15°, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie gedefinieerd als *"een natuurlijke of rechtspersoon die gebruik maakt van een elektronische-communicatiedienst ingevolge een met een operator gesloten contract."*
7. Een consument is, volgens artikel 2, 14°, van dezelfde wet van 13 juni 2005 *"een natuurlijke persoon die gebruik maakt van of verzoekt om een openbare elektronische-communicatiedienst voor andere dan bedrijfs- of beroepsdoeleinden."*
8. De eenvoudige migratie, waarvan sprake in artikel 16 van het KB Easy Switch, wordt in artikel 2, 5°, van het KB Easy Switch, gedefinieerd als *"de migratie tussen één donoroperator en één recipiëntoperator, waarbij door toedoen van de recipiëntoperator :*
 - *hetzij het enige op één adres geactiveerde contract, dat enkel een internettoegangsdienst of enkel een omroeptransmissie- en omroepdistributiedienst geleverd op een vaste locatie, wordt opgezegd;*
 - *hetzij alle op één adres door de donoroperator geactiveerde internettoegangs- en omroepdistributiediensten die op een vaste locatie worden geleverd, worden gedeactiveerd, al dan niet samen met de elektronische-communicatiediensten geleverd op basis van een nummer, die vervat zitten in een geheel van diensten"*.
9. De eenvoudige migratie komt in grote lijnen overeen met een migratie van één operator naar één andere operator op één bepaald adres waarbij de abonnee die ervoor in aanmerking komt zich enkel dient te richten tot de operator bij wie één of meer nieuwe diensten worden geactiveerd, om het geheel van handelingen waaruit een (telecom)migratie bestaat in gang te zetten. Een dergelijk proces wordt ook een recipiënt-gedreven proces van migratie genoemd¹.
10. Het KB Easy Switch is van kracht sedert 1 juli 2017².

¹ Zie verslag aan de Koning, voorafgaand aan het koninklijk besluit van 6 september 2016 betreffende de migratie van vastelijndiensten en bundels van diensten in de sector van de elektronische communicatie, Belgisch Staatsblad, 22 september 2016, in het bijzonder p. 64.328.

² Zie artikel 23 van het koninklijk besluit van 6 september 2016 betreffende de migratie van vastelijndiensten en bundels van diensten in de sector van de elektronische communicatie.

4. Feiten en voorgaanden

4.1. Voorafgaande stappen in dit dossier

11. Op 15 mei 2017 stuurt Telenet een brief betreffende de invoering van het KB Easy Switch aan het Kabinet Digitale Agenda, Telecom en Post van vice-eerste minister en minister van Ontwikkelingssamenwerking, Digitale Agenda, Telecom en Post, Alexander De Croo, dat onder meer verantwoordelijk was voor het aannemen van wetgeving en reglementering betreffende de elektronische communicatie, waaronder het KB Easy Switch.
12. Die brief werd in kopie aan het BIPT bezorgd.
13. [Vertrouwelijk]
14. [Vertrouwelijk]
15. Per brief van 6 juli 2017, gericht aan Telenet, analyseerde het BIPT de in de brief van 15 mei 2017 beschreven situatie, stelde het een aantal gerichte vragen aan Telenet betreffende diens motivering in de brief aan het Kabinet van de Minister van Telecommunicatie en vroeg het om drie gespecificeerde voorbeelden van daadwerkelijk naar de betrokken groep verstuurd facturen over te maken, waarop zich de meldingen in verband met Easy Switch bevonden die Telenet beschreef in zijn brief van 15 mei 2017.
16. Telenet beantwoordde *het merendeel*³ van de vragen van het BIPT in een e-mail van 4 augustus 2017.
17. Omdat bepaalde argumenten van Telenet onduidelijk waren, vroeg het BIPT in een e-mail van 20 september 2017 om bijkomende verduidelijkingen. Tevens vroeg het BIPT naar de timing van een IT-aanpassing, waarover Telenet het had in zijn betoog.
18. Telenet antwoordde per mail van 29 september 2017 op deze bijkomende vragen.
19. In een brief van 13 februari 2018 analyseerde het BIPT het geheel van de argumenten van Telenet, oordeelde hij dat deze niet voldoende waren om artikel 16 van het KB Easy Switch niet na te leven en gaf hij Telenet een laatste termijn om schriftelijk concrete engagementen (inclusief precieze datum van oplevering) aan het BIPT over te maken die ertoe leidden dat de Easy Switch ID's van betrokken klanten eerder dan [vertrouwelijk]⁴ op de facturen zouden verschijnen.
20. In antwoord op deze aanmaningsbrief van het BIPT, gaf Telenet per vertrouwelijke brief van 6 maart 2018 onder meer aan dat Telenet [vertrouwelijk] zal migreren naar het nieuwe IT-platform, waardoor de "Easy Switch ID" vanaf dan rechtstreeks op de facturen van de betrokken klanten zal verschijnen. Telenet informeert het BIPT ook dat door [vertrouwelijk] de groep van geïmpacteerde klanten gedaald was. Telenet brengt vervolgens naar voren dat door een investering op wat Telenet de *legacy*-systemen noemt en op basis van toenmalige inschattingen van de beschikbare IT-capaciteit de Easy Switch ID vanaf 1 juli 2018 zal geplaatst worden op de facturen van de betrokken klanten. Telenet sluit zijn brief af met het verzoek [vertrouwelijk].

³ Zie daaromtrent verder sectie 6.4.2.a) van dit besluit.

⁴ [Vertrouwelijk]

21. In het kader van een ruimere controle betreffende de naleving van de bepalingen van het KB Easy Switch gaf het BIPT in de bijlage bij een mail van 25 juli 2018 zijn opmerkingen over de manier waarop Telenet de verplichtingen van het KB Easy Switch had uitgevoerd en formuleerde het BIPT actiepunten waaraan Telenet diende te voldoen tegen 4 september 2018. Eén van de actiepunten betrof de vermelding van de Easy Switch ID op de facturen.
22. In het betrokken actiepunt vroeg het BIPT aan Telenet een bewijs van een aangepaste factuur te bezorgen, die daadwerkelijk verzonden werd aan een professionele abonnee die een residentieel tariefplan inzake TV en/of internet afnam en die aantoonde dat Telenet zijn engagement vervuld had om het nodige te doen om zich tegen 1 juli 2018 te conformeren aan artikel 16 van het KB Easy Switch.
23. Op 26 juli 2018 stuurde Telenet een mail met de boodschap dat er problemen waren met het vermelden van de Easy Switch ID op de factuur van een professionele abonnee die (in het verleden) een residentieel tariefplan inzake TV en/of internet hadden afgenomen en dat de beloofde deadline van 1 juli 2018 niet gehaald werd.
24. Per mail van 4 september 2018 verstrekke Telenet een deel van de in de mail van 25 juli 2018 (eveneens) gevraagde statistische gegevens omtrent het gebruik van de Easy Switch-procedure, stelde Telenet daaromtrent nog één vraag om verduidelijking en vroeg Telenet voor het beantwoorden van alle vragen van het BIPT (waaronder deze in verband met de actiepunten) een uitstel van de antwoordtermijn tot 17 september 2018.
25. Per mail van 6 september 2018 gaf het BIPT antwoord op de gevraagde verduidelijking en stond hij het gevraagde uitstel toe.
26. Per mail van 17 september 2018 koppelde Telenet terug in verband met het ontbrekende statistische cijfer en zond hij de (op dat moment) nog niet ondertekende versie van zijn vertrouwelijke brief als antwoord op de actiepunten van het BIPT van 25 juli 2018 toe.
27. De ondertekende (en aangetekend verzonden) antwoordbrief van Telenet, gedateerd op 17 september 2018, werd door het BIPT ontvangen op 20 september 2018.
28. Gezien de strekking van het antwoord van Telenet koppelde het BIPT nog terug aangaande sommige elementen van de brief van Telenet van 17 september 2018. Dit gebeurde per mail van 21 september 2018.
29. Per brief van 5 november 2018 deelde het BIPT zijn grieven mee aan Telenet, gaf het BIPT Telenet de gelegenheid om schriftelijke commentaren in te dienen binnen tien werkdagen na de ontvangst van de brief met grieven en nodigde het BIPT Telenet uit om te verschijnen op een hoorzitting.
30. Per mail van 13 november 2018 verzocht de advocaat optredend namens Telenet om een verlenging van de termijn om schriftelijk opmerkingen in te dienen. Dit verzoek werd ingewilligd per mail van 14 november 2018.
31. Per mail van 26 november 2018 diende Telenet zijn schriftelijke opmerkingen in.

32. Op 3 december 2018 vond een hoorzitting plaats waarop Telenet zijn standpunt mondeling uiteenzette ten aanzien van de Raad van het BIPT. Tijdens die hoorzitting werd overeengekomen dat Telenet aan het BIPT een aantal bijkomende stukken zou overhandigen en enkele verduidelijkingen zou verstrekken, volgend op vragen van het BIPT die Telenet niet (volledig, in detail) op de hoorzitting zelf kon beantwoorden.
33. Telenet verstreekte deze stukken en verduidelijkingen per e-mail van 11 december 2018.

4.2. Feiten

34. In zijn verschillende schriftelijke verklaringen aan het BIPT, met inbegrip van de schriftelijke commentaren van 26 november 2018, bevestigt Telenet dat de Easy Switch ID niet vermeld wordt op de facturen van de niet-residentiële klanten van Telenet die (in het verleden) een tariefplan bestemd voor residentieel gebruik onderschreven. De factuur van deze groep van klanten bevatte wel een melding van Easy Switch en een verwijzing naar de klantenzone. Blijkens enkele screenshots, die deel uitmaken van het dossier, wordt er in de klantenzone van de betrokken klanten een Easy Switch ID vermeld, wanneer de klant, volgens Telenet, op grond van artikel 1, eerste lid, van het KB Easy Switch, gebruik kan maken van het eenvoudige, snelle, voorzienbare en gesynchroniseerde recipiënt-gedreven migratieproces van Easy Switch.
35. In antwoord op de brief van het BIPT van 13 februari 2018 schoof Telenet in zijn brief van 6 maart 2018 het engagement naar voren om vanaf 1 juli 2018 de Easy Switch ID te vermelden op de facturen van de betrokken klanten die opgemaakt werden via *“het legacy-systeem”*.
36. Op 26 juli 2018 stuurde Telenet een mail met de boodschap dat er problemen waren met het vermelden van de Easy Switch ID op de factuur van een professionele abonnee die (in het verleden) een residentieel tariefplan inzake TV en/of internet hadden afgenomen en dat de beloofde deadline van 1 juli 2018 niet gehaald werd.
37. In zijn brief van 17 september 2018 bevestigt Telenet, om de redenen uiteengezet in die brief, dat hij de eerder naar voren geschoven aanpassingen nog niet heeft kunnen doorvoeren.
38. In zijn schriftelijke opmerkingen van 26 november 2018 kondigt Telenet aan dat alle facturen van de betrokken groep van klanten vanaf [vertrouwelijk] december 2018 in orde zullen zijn, dus opgesteld zullen zijn in lijn met de vereisten van artikel 16, tweede zin, van het KB Easy Switch.
39. Per e-mail van 11 december 2018 legde Telenet twee exemplaren voor van daadwerkelijk opgestelde facturen⁵ aan professionele klanten die (deels) residentiele tariefplannen afnemen, waarop (op de voor Telenet-klanten gebruikelijke plaats) een Easy Switch ID is vermeld.

⁵ Waarvan één met factuurdatum [vertrouwelijk] december 2018 en één met factuurdatum [vertrouwelijk] december 2018.

4.3. Visie van Telenet op de feiten

40. In zijn schriftelijke verklaringen in dit dossier schetst Telenet een context en visie op de feiten, die als volgt kan worden samengevat.
41. Bij Telenet bestaat er een groep van klanten die elektronische-communicatiediensten afnemen op basis van een residentieel tariefplan, ook al zijn die klanten professionele eindgebruikers van elektronische-communicatiediensten. Dit heeft volgens Telenet voornamelijk twee redenen:
- enerzijds betreft het klanten die aanvankelijk pure residentieële klanten waren maar die als gevolg van aanpassingen in hun beroepsleven een “Telenet Business”-klant zijn geworden met behoud van hun residentieële producten
 - daarnaast omvat deze categorie ook klanten die als professionele “Telenet Business”-klant, bij gebrek aan een aangepaste product-line up in het verleden, geen andere keuze hadden dan voor een residentieel product bij Telenet te kiezen.
42. Telenet hanteert sedert enige tijd een actief beleid om beide gevallen te vermijden: zo is het in de nieuwe residentieële Wigo product-line up niet meer mogelijk voor een professionele klant om dit product te bestellen (en dus een factuur voor beroepsdoeleinden te vragen). Niet-residentieële kunnen thans enkel kiezen voor de strikte “Business” versie van de product-line up (WIGO Business of Fluo).
43. Daarnaast stelt Telenet dat hij een actief migratiebeleid voert [vertrouwelijk].
44. De reden waarom er bij de inwerkingtreding van het KB Easy Switch geen Easy Switch ID vermeld werd op de facturen van de professionele klanten, wiens producten vielen onder het toepassingsgebied van het KB Easy Switch, hield volgens Telenets eerste verklaringen in dit dossier verband met de onmogelijkheid voor de business facturatiesystemen van Telenet om een onderscheid te maken op type/naam/soort product. Dit onderscheid was niet ingebouwd omdat het, volgens Telenet, bij de design van het programma geen enkele relevantie had voor de output. Telenet bedoelt hier concreet mee dat de segmentering die artikel 1 van het KB Easy Switch invoert niet bestond op het ogenblik van het design van het facturatieprogramma⁶. Het is daarom dat de informatie welke professionele gebruiker welk tariefplan gebruikte (residentieel tariefplan of niet-residentieel tariefplan) niet in de bestaande systemen geïmplementeerd was.
45. Het was en is gepland dat de situatie hierboven zou uitgefaseerd worden in het kader van een grote migratie naar een nieuw ééngemaakt IT platform. De uitfasering van het systeem dat er niet in slaagde de Easy Switch ID te plaatsen op de factuur van de betrokken klanten zou, volgens de verklaringen van Telenet in zijn schrijven van 6 maart 2018 [vertrouwelijk] plaatsvinden.
46. Nadat Telenet het eerst disproportioneel achtte te investeren in de aanpassing van zijn legacy-systeem, verbond hij er zich in zijn schrijven van 6 maart 2018 toe de noodzakelijke aanpassing in te voeren vanaf 1 juli 2018.

⁶ De segmentering in de reglementering ging, volgens Telenet, op dat ogenblik uit van een strikt onderscheid consumenten versus professionele gebruikers.

47. De reden waarom Telenet vanaf die datum de Easy Switch ID toch niet vermeldt op de betrokken facturen is, volgens de schriftelijke verklaringen van Telenet daarover (zie in het bijzonder de brief van Telenet van 17 september 2018), gelegen in het gegeven dat de logica die Telenet dient te implementeren complexer blijkt dan verwacht. Het is, volgens Telenet, voornamelijk zoeken naar een correcte identificator binnen de diensten die voldoende sluitend is om een Easy Switch ID te kunnen genereren.
48. Telenet blijft ervan overtuigd dat hij voldoende communiceert naar zijn professionele klanten omtrent de mogelijkheid om gebruik te maken van Easy Switch. Zo wijst Telenet erop dat hij op alle facturen van professionele klanten verwijst naar de mogelijkheid inzake gebruik van Easy Switch en op de facturen oproept om de eligibiliteit voor Easy Switch te controleren op "Mijn Telenet". Op "Mijn Telenet" kan iedere klant die hiervoor in aanmerking komt, volgens Telenet, op ondubbelzinnige wijze zijn Easy Switch ID terugvinden.
49. Telenet verstrekt op verschillende momenten ook vertrouwelijke cijfers van het gebruik van het Easy Switch proces door professionele klanten en betoogt dat die cijfers hoger zijn in vergelijking met de algemene gebruikscijfers van Easy Switch. Gecombineerd met de (beperkte) scope van klanten waarover het, volgens Telenet, in dit dossier gaat (scope die tussen september 2017 en maart 2018 is afgenomen van [vertrouwelijk] klanten naar [vertrouwelijk] klanten, is Telenet van mening dat het ontbreken van de Easy Switch ID op de betrokken facturen eigenlijk geen probleem vormt.

5. Analyse van het BIPT

5.1. Meegedeelde grief

50. Per brief van 5 november 2018 deelde het BIPT de volgende grief mee aan Telenet : “het niet naleven van artikel 16, tweede zin, van het koninklijk besluit van 6 september 2016 betreffende de migratie van vastelijndiensten en bundels van diensten in de sector van de elektronische communicatie door op de facturen van de niet-residentiële klanten die een residentieel tariefplan afnemen niet het unieke nummer te plaatsen dat de dienst of het geheel van diensten identificeert dat het voorwerp kan uitmaken van een eenvoudige migratie in de zin van het koninklijk besluit van 6 september 2016.”

5.2. Samenvatting van het uiteindelijke standpunt van Telenet

51. Hoewel Telenet in zijn schriftelijke opmerkingen geen enkel commentaar leverde op onderdeel van de brief van het BIPT van 5 november 2018 die betrekking had op de eigenlijke grief, verwerkte Telenet in zijn betoog betreffende de in de ontwerpbeslissing van het BIPT weerhouden verzwarende omstandigheid⁷ de opmerking dat het BIPT de woorden van Telenet, die het BIPT gebruikte om te argumenteren dat Telenet geen overmacht bewees⁸, verdraaide.

52. Telenet argumenteert meer bepaald dat hij in zijn briefwisseling weliswaar gewag maakte van een “*onmogelijkheid*” om het betrokken facturatiesysteem aan te passen, maar dat het uit de context van de briefwisseling heel duidelijk bleek dat Telenet daarmee bedoelde dat het “onmogelijk” was het Easy Switch ID op de factuur van de betrokken professionele klanten te vermelden, gebruik makend van het facturatiesysteem, *zoals het op dat ogenblik bestond*. Telenet heeft daarmee niet willen suggereren dat het volstrekt onmogelijk was om, mits aanpassing van het facturatiesysteem, de Easy Switch ID op de facturen van de betrokken gebruikers te vermelden. Telenet heeft alleen maar gesteld dat deze (complexe en kostelijke) aanpassing niet proportioneel en zinvol leek wegens het beperkte en afnemende aantal betrokken gebruikers en de nakende invoering [vertrouwelijk] van een volledig nieuw facturatiesysteem, dat wel in deze mogelijkheid voorziet.

5.3. Reactie en uiteindelijke beoordeling van het BIPT

53. Het BIPT noteert dat Telenet de in de brief van het BIPT van 5 november 2018 meegedeelde grief niet betwist.

54. Wat betreft de kwalificatie die moet gegeven worden aan de door Telenet naar voren geschoven onmogelijkheid om het facturatiesysteem aan te passen, noteert het BIPT dat Telenet verklaard heeft geen overmacht in te willen invoeren om vrijgesteld te worden van de naleving van artikel 16, tweede zin, van het KB Easy Switch, doch enkel gewezen heeft op een disproportionaliteit van een dergelijke aanpassing, gezien aanpassing moet worden gemaakt aan een legacy facturatiesysteem dat [vertrouwelijk] zal worden vervangen door een volledig nieuw geïntegreerd facturatiesysteem.

⁷ Randnummer 33 van de schriftelijke opmerkingen van Telenet.

⁸ In zijn brief van 5 november 2018 ontwikkelde het BIPT een redenering die erop neerkwam dat Telenet enkel zou kunnen ontkomen aan de resultaatsverplichting, die artikel 16, tweede zin van het KB Easy Switch aan hem oplegde, als hij een vorm van overmacht bewees.

55. Hieruit volgt *a fortiori* dat Telenet geen voldoende gegronde reden heeft ingeroepen om niet te voldoen aan de resultaatverplichting die rust op iedere operator die valt onder het toepassingsgebied van het KB Easy Switch om de “Easy Switch ID” te plaatsen op de factuur.
56. Het BIPT brengt in dit stadium van zijn beslissing wel in rekening dat uit de na de hoorzitting door Telenet overgemaakte stukken blijkt dat de Easy Switch ID vanaf december 2018 wel degelijk vermeld wordt op de betrokken facturen.

5.4. Conclusie betreffende de naleving van artikel 16, tweede zin, van het KB Easy Switch

57. Gelet op het voorgaande weerhoudt het BIPT de essentie van de grief meegedeeld per brief van 5 november 2018 aan Telenet, maar past hij deze aan⁹ om rekening te houden met het feit dat de in de grief aangeklaagde overtreding opgehouden heeft te bestaan in december 2018.
58. Hieruit volgt dat het BIPT definitief van oordeel dat is Telenet in de aldus begrensde periode artikel 16, tweede zin, van het KB Easy Switch niet heeft nageleefd.

⁹ Zie Hoofdstuk 7 “Besluit”.

6. Beslissing met betrekking tot de administratieve boete

6.1. Meegedeelde beoogde maatregel

59. De beoogde maatregel die het BIPT, overeenkomstig artikel 21 van de BIPT-Wet, in zijn brief van 5 november 2018 aan Telenet notificeerde bestond uit het opleggen van een administratieve boete. Het BIPT motiveerde de keuze voor deze maatregel op grond van (i) de weerhouden grief, (ii) de impact die die grief heeft op de belangen van de gebruikers en (iii) de houding van Telenet in dit dossier.
60. In zijn brief van 5 november 2018 notificeerde het BIPT aan Telenet ook een beoogd bedrag van de administratieve boete en een ontwerp-motivering om te komen tot dat bedrag. Die ontwerp-motivering ging uit van:
- een kwalificatie van de inbreuk als een inbreuk van een gemiddelde ernst (zonder toerekening van een duurtijdsfactor),
 - het weerhouden van één vezwarende omstandigheid en één verzachtende en
 - het in aanmerking nemen van bepaalde elementen om aan de uiteindelijke boete een daadwerkelijk afschrikkend karakter te geven.

6.2. Samenvatting van het standpunt van Telenet ten aanzien van de beoogde maatregel

61. In zijn schriftelijke en mondelinge opmerkingen levert Telenet commentaar op de kwalificatie van de ernst van de inbreuk, die het BIPT van plan is te weerhouden, en de door het BIPT voorgenomen berekening van de boete.
62. Met betrekking tot de ernst van het inbreuk betwist Telenet zowel de evidentie van de inbreuk als het feit dat de belangen van de gebruikers zouden zijn geschaad. Telenet wijst erop dat hij transparant is geweest, geconfronteerd is met moeilijkheden buiten zijn wil, steeds te goeder trouw heeft gehandeld en er alles aan heeft gedaan om de doelstellingen van het KB Easy Switch zo goed mogelijk te verwezenlijken. Telenet vindt dan ook dat de inbreuk, gelet op de omstandigheden die hij naar voren schuift, enkel gekwalificeerd kan worden als een lichte inbreuk.
63. Met betrekking tot de boeteberekening vindt Telenet de beoogde boete onevenredig in het licht van (met name) de eerdere beslissingspraktijk van het BIPT en de duur van de inbreuk. Telenet vindt ook dat het BIPT ten onrechte een vezwarende omstandigheid weerhoudt en meer verzachtende omstandigheden in rekening zou moeten brengen dan de diegene die het BIPT vermeldt in zijn brief van 5 november 2018.
64. Aan het einde van de hoorzitting van 3 december 2018 stelde Telenet tot slot de opportuniteit van het opleggen van een boete zelf in vraag, gelet op de (op dat ogenblik) nakende opheffing van de overtreding.
65. In de secties hieronder geeft het BIPT het standpunt van Telenet meer in detail weer en neemt hij een definitief standpunt in.

6.3. Betreffende het opleggen van een administratieve boete

Standpunt van Telenet

66. Telenet vindt ten eerste dat er geen sprake is van enige aantoonbare schade voor de belangen van eindgebruikers.
67. Telenet vindt dat de alternatieve oplossing die hij voorzag, namelijk een verwijzing naar Easy Switch op alle facturen van professionele klanten en een verwijzing naar de klantenzone, waar het Easy Switch ID prominent vermeld wordt (volgens de schriftelijke opmerkingen op een “tegel” op de startpagina), toelaat te verzekeren dat de betrokken klanten hun Easy Switch ID gemakkelijk kunnen terugvinden.
68. Telenet geeft toe dat de klanten hiervoor een extra stap moeten zetten (nl. inloggen op de klantenzone), maar dit blijkt volgens Telenet geen significante hindernis te zijn om van Easy Switch gebruik te maken, aangezien in de praktijk blijkt dat de betrokken professionele gebruikers inderdaad effectief de weg gevonden hebben naar hun Easy Switch ID en van de Easy Switch procedure gebruik hebben gemaakt¹⁰.
69. Telenet heeft vervolgens, in het bijzonder tijdens de hoorzitting van 3 december 2018, benadrukt dat zijn engagement van 6 maart 2018 om de betrokken facturen in orde te brengen tegen 1 juli 2018 een “best effort”-engagement was, in functie van hun toenmalige inschattingen van de beschikbare IT-capaciteit. De reden waarom die termijn niet werd gehaald heeft Telenet uitgelegd in de brief van 17 september 2018 en houdt, volgens Telenet, verband met het feit dat de aanpassing van het *legacy*-facturatieplatform complexer is gebleken dan verwacht. Telenet besluit dan ook dat hij niet willens en wetens het BIPT iets beloofd waarvan hij al op voorhand wist dat hij het niet zou (kunnen) realiseren.

Beoordeling van het BIPT

70. Gelet op (i) het weerhouden van de grief, (ii) de impact die die grief heeft op de belangen van de gebruikers en (iii) de houding van Telenet in dit dossier, is het BIPT van oordeel dat het opleggen van een administratieve boete aan Telenet gerechtvaardigd is.
71. De belangen van de gebruikers werden inderdaad geschaad door Telenet, met name was het voor de betrokken abonnees door het ontbreken van een Easy Switch ID op de factuur zelf moeilijker om de benodigde gegevens te bekomen voor het opstarten van een migratie volgens het vereenvoudigde, snelle, voorspelbare en gesynchroniseerde proces van Easy Switch.
72. Er stond weliswaar een vermelding van de Easy Switch procedure op de facturen van de professionele klanten die residentiële producten afnamen, maar de alternatieve oplossing van Telenet maakt het voor de klant een stuk moeilijker om gebruik te maken van Easy Switch procedure. Het in de browser invoeren van de op de factuur vermelde link¹¹ en vervolgens

¹⁰ In een andere deel van zijn schriftelijke opmerkingen (randnr. 39) betoogt Telenet terzake dat de eerder in het dossier meegedeelde interne gebruiksstatistieken van Telenet aantonen aan dat de betrokken gebruikers frequenter gebruik maken van Easy Switch dan de residentiële klanten. Dit toont volgens Telenet aan dat het doel (de *ratio legis*) van de betrokken verplichting in feite bereikt is en dat het door Telenet geïmplementeerde alternatief dus een valabel alternatief was.

¹¹ De link naar de landingspagina waar Telenet zijn informatie over “mogelijkheid inzake gebruik van Easy Switch” plaatste kon inderdaad, volgens de verklaringen van Telenet daarover in zijn mail van 4 augustus 2017, niet rechtstreeks aangeklikt worden vanuit de facturen. Er werden,

het (eventueel¹² inloggen en dan) consulteren van de klantzone om de Easy Switch ID te bekomen vormen extra stappen voor de professionele klant van Telenet die geïnteresseerd was om een migratie via Easy Switch te doen en die, zoals de reglementering voorschrijft¹³, verwachtte die ID terug te vinden op zijn factuur.

73. Het feit dat Easy Switch wel degelijk in de praktijk door de betrokken abonnees werd gebruikt doet niets af aan het voorgaande. Het punt van het BIPT is niet dat Telenet de betrokken abonnees verhinderd heeft het Easy Switch proces te gebruiken (een vermelding van de Easy Switch procedure stond op de factuur van elke professionele klant die residentiële producten afnam), wel dat het die abonnees en in eerste instantie abonnees die wensten over te stappen naar een nieuwe operator moeilijker heeft gemaakt om dat proces te gebruiken. Het BIPT acht het inderdaad aannemelijker dat professionele klanten die op zoek zijn naar de Easy Switch ID door de door Telenet gecreëerde extra stappen zullen afzien van een migratie volgens het eenvoudige, snelle, voorzienbare en gesynchroniseerde recipiënt-gedreven proces van Easy Switch eerder dan dat het gebruik van Easy Switch niet aangetast zou zijn door het feit dat de in dit dossier bedoelde abonnees de Easy Switch ID niet rechtstreeks konden vinden op de factuur.
74. Het bemoeilijken van de ervaring van de abonnees om zijn Easy Switch ID terug te vinden wordt bovendien nog onderstreept door de bevestiging van Telenet na de hoorzitting dat de tegel "Easy Switch ID" niet voor elke klant op de eerste pagina van de klantzone staat. De abonnee komt dus niet altijd onmiddellijk op die informatie terecht wanneer hij de URL van de klantzone intikt in de browser¹⁴.
75. De groep van de door de overtreding geïmpacteerde klanten is ook niet gering: sinds 1 juli 2017 tot in december 2018 kregen gemiddeld ongeveer [vertrouwelijk] klanten maand na maand geen factuur waarop de Easy Switch ID vermeld was.
76. Tot slot wettigt de houding van Telenet in dit dossier, in het bijzonder het niet-respecteren van de de eigen naar voren geschoven termijn om de situatie alsnog in lijn te brengen met de vereisten van artikel 16 van het KB Easy Switch, het om aan de overtreding een boete te koppelen. Het engagement van Telenet om de facturen tegen 1 juli 2018 in orde te brengen was een antwoord op de aanmaning van het BIPT van 13 februari 2018 en vertegenwoordigde voor Telenet een laatste kans om zich zonder bestraffing door het BIPT in orde te brengen met zijn verplichtingen. De overwegingen van Telenet betreffende het "best effort"-karakter van zijn engagement zijn dus naast de kwestie.
77. Het gegeven dat Telenet ook niet spontaan vóór 1 juli 2018 aan het BIPT meldde dat het zijn eerdere engagement niet kon honoreren, maar pas op 26 juli 2018 een mail stuurde, vormt voor het BIPT een reden om over te gaan tot een inbreukprocedure waarin een effectieve sanctie aan Telenet wordt opgelegd.

nog steeds volgens de verklaringen van Telenet in de mail van 4 augustus 2017, voor deze klanten ook geen digitale facturen verstuurd.

¹² De login kan ook aan de hand van een cookie bewaard zijn op het eindapparaat dat de eindgebruiker gebruikt.

¹³ En eventueel ook, zoals zijn recipiëntoperator en/of door hem geconsulteerde informatieve websites, zoals die van het BIPT, hem vertelde(n).

¹⁴ Sommige abonnees, zoals de abonnee waarvan een screenshot voorgelegd werd in de schriftelijke opmerkingen van Telenet van 26 november 2018, moeten met andere woorden een aantal maal (volgens het BIPT tot 3x) op het pijltje naar rechts van de tab "administratie" van de klantzone klikken om aan de tegel "Je Easy Switch ID" te geraken.

6.4. Berekening van het bedrag van de administratieve boete

6.4.1 Bepaling van het basisbedrag

78. De administratieve geldboete kan overeenkomstig artikel 21, § 5, van de BIPT-wet maximaal 5% van de omzet van Telenet gedurende het jongste volledige boekjaar in de sector voor elektronische communicatie bedragen.
79. Telenet publiceerde dit omzetcijfer in zijn jaarverslag 2017, onder meer te vinden op het corporate deel van zijn website¹⁵. Op p. 9 van dat jaarverslag rapporteert Telenet voor het jaar afgesloten op 31 december 2017 “€2.528,1 miljoen”, oftewel bijna 2,53 miljard euro, aan gegenereerde bedrijfsopbrengsten.
80. Het BIPT kan dus maximaal een boete van iets meer dan 126,4 miljoen euro opleggen aan Telenet.
81. Het BIPT acht een maximale boete evenwel niet proportioneel en niet opportuun.
82. Het BIPT acht het aangewezen om volgende factoren in rekening te brengen om te komen tot een administratieve boete die zowel afschrikkend als proportioneel is:

a) Principe van proportionaliteit en omzet op de betrokken markt

83. Hoewel artikel 21 van de BIPT-wet uitgaat van de volledige omzet van de overtreder in de sector van de elektronische communicatie, acht het BIPT het in casu aangewezen om voor de berekening van het basisbedrag van de boete uit te gaan van de omzet die in verband staat met de overtreding (hierna ook: “de niche-omzet” genoemd).
84. De overtreding is gepleegd ten aanzien van de niet-residentiële abonnees van Telenet die een residentieel tariefplan voor elektronische-communicatiediensten, geleverd op een vaste locatie¹⁶, hebben onderschreven.
85. De total omzet die Telenet in 2017 haalde op de “vaste” residentiële markt bedroeg afgerond 1,427 miljard euro. Zie de rubriek “opbrengsten uit kabelgerelateerde abonnementen” in figuur 1 hieronder:

¹⁵ <http://nl.investors.telenet.be/phoenix.zhtml?c=241898&p=irol-resultcenter>

¹⁶ Hoewel elektronische-communicatiediensten, geleverd op basis van een mobiel nummer, ook onder het toepassingsgebied van het KB Easy Switch kunnen vallen, indien zij deel uitmaken van een geheel van diensten gedefinieerd in artikel 2,2° van het KB Easy Switch, neemt het BIPT de residentiële elektronische-communicatiediensten geleverd op een vaste locatie als uitgangspunt van zijn berekeningen. Dergelijke diensten vormen ook het uitgangspunt van het koninklijk besluit van 6 september 2016. Het zijn bovendien dit type van diensten die Telenet in het verleden verkocht heeft aan professionele klanten. Zie ook het antwoord van Telenet van 4 augustus 2017 op vraag 1 van het verzoek om informatie van het BIPT van 6 juli 2017: “*Het aantal professionele klanten die beschikken over een residentieel “vast” product bedraagt ongeveer [vertrouwelijk] klanten*” (het BIPT benadrukt).

5.19 OPBRENGSTEN

De opbrengsten van de Vennootschap bestaan uit:

<i>(in duizend euro)</i>	Voor de twaalf maanden afgesloten op 31 december		
	2017	2016 zoals gepresenteerd (*)	2016 zoals gerapporteerd (*)
Opbrengsten uit abonnementen			
Televisie	581.562	565.625	566.361
Breedbandinternet	606.773	571.439	572.914
Vaste telefonie	239.571	243.031	243.031
Opbrengsten uit kabelgerelateerde abonnementen	1.427.906	1.380.095	1.382.306
Mobiele telefonie	536.928	530.590	564.475
Totaal opbrengsten uit abonnementen	1.964.834	1.910.685	1.946.781
Bedrijfsdiensten	134.190	122.201	122.199
Overige	429.064	396.234	360.140
Totaal bedrijfsopbrengsten	2.528.088	2.429.120	2.429.120

Figuur 1: uittreksel uit het Telenet jaarverslag 2017, p. 149.

86. Om de bijdrage van de professionele abonnees die residentiële tariefplannen bij Telenet afnamen, in dit bedrag van de omzet te berekenen is het voor het BIPT mogelijk om de volgende door Telenet in de loop van dit dossier overgemaakte gegevens te gebruiken:

Bron	Grootte van de groep van professionele klanten met een residentieel tariefplan	Totale groep van de residentiële klanten	Relatieve grootte (in % ten opzichte van de totale groep)
Mail Telenet 04/08/2017	[Vertrouwelijk]	[Vertrouwelijk]	[Vertrouwelijk]
Brief Telenet 06/03/2018	[Vertrouwelijk]	[Vertrouwelijk]	[Vertrouwelijk]

87. Gelet op deze cijfers is het mogelijk om bij benadering een “niche-omzet” te bepalen door een percentage van [vertrouwelijk] toe te passen op Telenets omzet in 2017 op de “vaste” residentiële markt van (afgerond) 1,427 miljard euro, hetgeen de **niche-omzet** die het BIPT voor de berekening van het boetebasisbedrag weerhoudt brengt op [vertrouwelijk].

b) Ernst van de overtreding

Standpunt van Telenet

88. Telenet pleit ervoor om de inbreuk te kwalificeren als een lichte inbreuk.
89. Telenet baseert zijn pleidooi enerzijds op de hierboven weergegeven argumentatie dat er geen sprake is van enige aantoonbare schade voor de abonnees en anderzijds op een opsomming van feiten en omstandigheden die zijn goede trouw in dit dossier aantonen.
90. Wat dit laatste betreft stelt Telenet dat:

- Telenet het probleem waarmee het geconfronteerd was proactief aankaartte;
- Telenet vanaf 1 juli 2017 een doeltreffend alternatief toepaste [vertrouwelijk]
- Ook het BIPT aanvankelijk liet uitschijnen dat dit alternatief aanvaardbaar was, onder andere door aanvankelijk – d.i. voor de datum van inwerkingtreding van het KB – niet te reageren en vervolgens slechts een *prima facie* standpunt in te nemen.
- Telenet nadien de nodige investeringen gedaan om zijn *legacy*-systemen alsnog aan te passen, niettegenstaande het feit dat deze systemen op relatief korte termijn zullen worden vervangen.

91. Van enige evidente inbreuk kan volgens Telenet dan ook geen sprake zijn.

Beoordeling van het BIPT

92. De ernst van de overtreding kan worden afgemeten aan de aard van de overtreding en de invloed die zij heeft op de hoofddoelstelling die de regelgever met artikel 16 van het KB Easy Switch beoogt, te weten de bescherming van de belangen van de gebruikers.
93. Artikel 16, tweede zin, van het KB Easy Switch bevat een verplichting die niet moeilijk te begrijpen is: Telenet (en iedere andere operator die onderworpen is aan artikel 16 van het KB Easy Switch) moet een uniek nummer (of een unieke naam) plaatsen op de factuur.
94. Door de Easy Switch ID (gedurende een hele tijd na de inwerkingtreding van het KB Easy Switch) voor de professionele Telenetklanten die een residentieel tariefplan afnamen niet op de factuur, maar in de klantzone, te plaatsen begaat Telenet - ongeacht de omstandigheden die hij inroept – een evidente overtreding op de reglementering.
95. De overtreding is evenwel niet zo gekarakteriseerd dat Telenet gewoon iedere vermelding naar Easy Switch weglief op de facturen van de betrokken abonnees.
96. De belangen van de gebruikers werden, zoals hierboven vermeld in de sectie in verband met de motivering betreffende het opleggen van een boete, geschaad door Telenet. Met name hebben de betrokken klanten niet de informatie gekregen op de factuur, waarop zij recht hadden. Die abonnees hebben ten onrechte extra handelingen moeten stellen om vanuit Telenet te migreren naar een andere operator.
97. Telenet is één van de grootste aanbieders op de markt van elektronische-communicatiediensten, geleverd op een vaste locatie. De overtreding treft evenwel niet het overgrote deel van de Telenet-abonnees op die markt, hoewel het aantal getroffen abonnees, zoals hierboven aangegeven, niet gering is.
98. Omwille van voorgaande redenen dient gesteld te worden dat de overtreding door Telenet van artikel 16, tweede zin, van het KB Easy Switch een overtreding met een **gemiddelde ernst** is.

c) Aangaande de duur van de inbreuk

Standpunt van Telenet

99. Telenet merkt op dat het BIPT geen duurtijdfactor verwerkte in de ontwerpbeslissing die hij per brief van 5 november 2018 aan Telenet meedeelde.

100. Telenet beschouwt dat alleen de periode vanaf 1 juli 2018 als inbreukperiode in aanmerking mag genomen worden (d.w.z. 5 maanden). Als argumentatie daarvoor haalt Telenet aan dat het BIPT Telenet pas op 13 februari 2018 formeel in gebreke heeft gesteld en het BIPT [door niet te reageren op het engagement van Telenet voorgesteld in zijn brief van 6 maart 2018; *nvdv*] aanvaard heeft om Telenet nog tot 1 juli 2018 respijt te geven om zich in orde te stellen. Telenet is van mening dat er voordien geen inbreuk heeft plaatsgevonden, omdat Telenet niet formeel op de hoogte was gebracht dat het BIPT de door Telenet toegepaste alternatieve oplossing als een inbreuk op artikel 16, tweede zin, van het KB Easy Switch beschouwde. Vóór de ingebrekestelling van het BIPT was er volgens Telenet slechts sprake van een voorlopige, *prima facie* beoordeling van het BIPT.

Beoordeling van het BIPT

101. Het klopt dat het BIPT geen duurtijdfactor verwerkte in de ontwerpbeslissing. Dat duurtijd een variabele is die overtreders bij overtredingen van (per hypothese) “*een beperkte duur*” recht geeft om hun boete (per hypothese) verlaagd¹⁷ te zien vloeit voor het BIPT niet per definitie voort uit artikel 21 van de BIPT-wet. Het BIPT beschikt over een discretionaire bevoegdheid om bij de boeteberekening de factoren te betrekken, die hij, gelet op de omstandigheden van de zaak, passend acht.

102. Wat er ook van zij, het BIPT is van oordeel dat de niet-naleving van artikel 16, tweede zin, van het KB Easy Switch startte op het ogenblik van de inwerkingtreding van het KB Easy Switch op 1 juli 2017.

103. Uit de formulering dat de door Telenet voorgestelde alternatieve oplossing “*(op het eerste gezicht) niet conform [was] aan artikel 16, tweede zin*” van het KB Easy Switch, (reeds¹⁸) gebruikt in de brief van het BIPT van 6 juli 2017, kan immers enkel afgeleid worden dat het BIPT op die datum, zoals voorgeschreven door het publiek recht, Telenet de gelegenheid wenste te geven om een wederwoord te geven aangaande zijn bevindingen. Indien uit de rest van het dossier blijkt dat het BIPT de argumenten die de rechtstreeks en persoonlijk betrokken persoon indiende niet volgt, zoals *in casu*, kan uit zo’n formulering geen inkorting van de inbreukperiode worden afgeleid.

104. De lengte van de inbreukperiode volgt eenvoudigweg uit de naar behoren vastgestelde feiten. In dit dossier betekent dit dus dat de inbreuk op artikel 16, tweede zin, van het KB Easy Switch startte op 1 juli 2017 en eindigde op [vertrouwelijk] december 2018.

d) Berekening van het basisbedrag van de boete, rekening houdend met de weerhouden ernst van de overtreding

105. Het BIPT vindt het belangrijk dat er bij het bepalen van het boetebasisbedrag ook nog ruimte is om over te gaan tot boeteverhoging, onder meer wegens verzwarende omstandigheden en met het oog op afschrikking en ontrading.

106. Daarom vindt het BIPT het in casu gepast om **het basisbedrag van de boete**, in relatie tot deze overtreding van een gemiddelde ernst vast te leggen op [vertrouwelijk], hetzij iets minder dan 0,6 % van de hierboven bepaalde niche-omzet.

¹⁷ Het BIPT noteert ook dat Telenet zelf aangeeft dat er, naargelang de zienswijze, sprake kan zijn van een duurtijd van 5 maanden of van 17 maanden. De vraag stelt zich dan ook of er, bij het weerhouden van een duurtijd van 17 maanden, een verhoging van het basisbedrag van de boete moet worden doorgevoerd.

¹⁸ Dit wil zeggen 6 dagen nadat het BIPT bevoegd werd voor het toezicht op het KB Easy Switch.

107. Het BIPT vindt het in dit dossier niet opportuun om (alsnog) de duurtijd van de inbreuk van 17 maanden in rekening te brengen.

6.4.2. Boeteverhogende en -verlagende factoren

a) Verzwarende omstandigheden

Standpunt van Telenet

108. Telenet bestrijdt de verzwarende omstandigheid die het BIPT hem notificeerde in zijn brief van 5 november 2018 in de eerste plaats met het hierboven bij de beoordeling van de grief weergegeven standpunt dat Telenet nooit een overmacht heeft ingeroepen ten aanzien van het BIPT. Telenet vindt dan ook zeker niet dat hij het BIPT in dit dossier heeft voorgelogen of getracht heeft dat te doen.

109. Wat betreft het niet-respecteren van het eigen engagement om te betrokken facturen tegen 1 juli 2018 in lijn te brengen met de vereisten van het KB Easy Switch, herhaalt Telenet dat dit te wijten was aan het feit dat de aanpassing van het *legacy*-facturatieplatform complexer is gebleken dan verwacht. Ook hier vindt Telenet dat hij niet willens en wetens het BIPT iets heeft voorgelogen of beloofd waarvan hij al op voorhand wist dat hij het niet zou (kunnen) realiseren.

110. Telenet vindt tot slot dat het niet redelijk is om het niet-naleven van Telenets engagement als een verzwarende omstandigheid te weerhouden, aangezien hetgeen het BIPT hier Telenet verwijt, volgens Telenet, niets anders is dan de (beweerde) inbreuk zelf.

Beoordeling van het BIPT

111. Hierboven, bij het beoordelen van de grief, besliste het BIPT al om niet meer uit te gaan van een door Telenet ingeroepen overmacht, maar wel van een door Telenet aangevoerde disproportionaliteit. Formeel gezien is Telenet dus, in tegenstelling tot hetgeen het BIPT aanhaalde in zijn ontwerp-motivering van 5 november 2018 betreffende het bedrag van de boete, niet van mening veranderd.

112. Toch vindt het BIPT niet dat Telenet in dit dossier steeds een houding heeft aangenomen die verwacht mag worden van een operator die door de toezichthouder bevraagd wordt omtrent de naleving van diens reglementaire verplichtingen. Zulks blijkt volgens het BIPT onder meer uit de volgende elementen:

112.1. Telenet heeft niet geantwoord op de vraag van het BIPT in verband met de kostprijs van de IT-ontwikkeling op de *“legacy”*-systemen om de Easy Switch ID toch op de facturen van de betrokken abonnees te plaatsen^{19 20}.

¹⁹ Zie met name het eerste deel van vraag 2 in de brief van het BIPT van 6 juli 2017: “2. *Verduidelijk de precieze reden(en) waarom een “Easy Switch ID” (zijnde een uniek nummer) niet op de factuur van de in vraag 1 bedoelde klanten kan geplaatst worden. Om welke technische/IT gerelateerde reden(en) gaat het? Kan de onmogelijkheid ongedaan gemaakt worden door een IT-ontwikkeling? Zo ja, wat is de geraamde kostprijs daarvan?*” (het BIPT benadrukt).

²⁰ Terwijl dit in een dossier waarin men een disproportionaliteit aanvoert toch een pertinent gegeven zou moeten zijn.

112.2. Telenet heeft het BIPT pas op 26 juli 2018 geïnformeerd over het niet honoreren van het eigen engagement om de betrokken facturen tegen 1 juli 2018 in lijn te brengen met artikel 16, tweede zin, van het KB Easy Switch.

112.3. Na de hoorzitting is gebleken dat de Easy Switch ID, in tegenstelling tot hetgeen Telenet eerder in zijn schriftelijke opmerkingen liet uitschijnen²¹, toch niet altijd prominent op een tegel op de eerste pagina van de klantenzone te vinden is ²².

113. Gelet op het voorgaande herleidt het BIPT de in aanmerking te nemen verzwarende omstandigheid tot het **niet-verlenen van een volledige medewerking aan het dossier die verwacht kan worden van een zorgvuldige en vooruitziende operator.**

114. Verder stelt het BIPT geen andere verzwarende omstandigheden vast.

b) Verzachtende omstandigheden

Standpunt van Telenet

115. Telenet is van oordeel dat het BIPT meer verzachtende omstandigheden zou moeten erkennen dan diegene verwerkt in de ontwerp-motivering meegedeeld in de brief van het BIPT van 5 november 2018.

116. Ten eerste vindt Telenet dat er geen sprake van opzet is in hoofde van Telenet. Telenet heeft niet willens en wetens beslist om zijn verplichting krachtens artikel 16, tweede zin, van het KB Easy Switch niet na te leven. Hij is geconfronteerd geweest met een probleem om deze verplichting (tijdig) te implementeren, doordat zijn bestaande facturatiesystemen eenvoudigweg niet toelieten om, binnen de categorie van de professionele gebruikers, de subcategorie van professionele gebruikers te identificeren die in aanmerking komen voor Easy Switch en het Easy Switch ID af te drukken op de facturen van deze gebruikers. Telenet heeft zich niettemin ingespannen om een alternatieve oplossing te implementeren. Telenet is daarover ook volledig transparant geweest ten aanzien van het BIPT.

117. Ten tweede is volgens Telenet de duur van de inbreuk hoe dan ook beperkt gebleven. In lijn met het standpunt van Telenet dat hierboven weergegeven werd is Telenet van mening dat de facturen met een vertraging van slechts vijf maanden niet conform waren. Telenet vindt dat het BIPT dit gegeven, in navolging van gelijkaardige dossiers, waarbij het BIPT veel lagere boetes heeft opgelegd voor veel langere inbreukperiodes, moet honoreren met een lagere boete.

²¹ Zie randnummer 19 van de schriftelijke opmerkingen van Telenet: *“Geconfronteerd met de onmogelijkheid om met haar bestaande facturatiesysteem voor professionele klanten het Easy Switch ID aan te brengen op de facturen van de betrokken subcategorie van professionele klanten, heeft Telenet een alternatieve oplossing toegepast, namelijk een verwijzing naar Easy Switch op alle facturen van professionele klanten en een verwijzing naar de klantenzone, waar het Easy Switch ID prominent vermeld wordt (op een “tegel” op de startpagina), voor zover de klant voor Easy Switch in aanmerking komt uiteraard.”* (het BIPT benadrukt) en vergelijk met de eerste bullet van het antwoord namens Telenet van 11 december 2018.

²² Het BIPT ziet hierin dus een bevestiging dat sommige abonnees, zoals de abonnee waarvan een screenshot voorgelegd werd in de schriftelijke opmerkingen van Telenet van 26 november 2018, een aantal maal (volgens het BIPT tot 3x) op het pijltje naar rechts van de tab “administratie” van de klantenzone moeten klikken om aan de tegel “Je Easy Switch ID” te geraken.

118. Ten derde moet het feit dat Telenet een alternatieve oplossing heeft geïmplementeerd, volgens Telenet, als verzachtende omstandigheid in aanmerking worden genomen.
119. Ten vierde is Telenet van mening er dankzij de alternatieve oplossing geen aantoonbare negatieve impact is geweest op het gebruik van Easy Switch voor de betrokken gebruikerscategorie.
120. Tot slot moet er volgens Telenet worden rekening gehouden met het feit dat Telenet inmiddels het nodige heeft gedaan om zich te conformeren en de inbreuk op [vertrouwelijk] december 2018 ten einde zal komen.

Beoordeling van het BIPT

121. De elementen duur van de inbreuk, effect van de alternatieve oplossing en geen aantoonbare negatieve impact zijn door het BIPT besproken en, in voorkomend geval, in rekening gebracht bij de bepaling van de ernst van de inbreuk. Zij moeten hier dus niet een tweede maal door het BIPT besproken en beoordeeld worden.
122. In antwoord op Telenets argumenten, neemt het BIPT in dit dossier volgende verzachtende omstandigheden aan.
123. Telenet heeft zijn probleem in verband met het plaatsen van de Easy Switch ID op sommige facturen niet **voorafgaand** aan de inwerkingtreding van het KB Easy Switch verborgen voor de toezichthouder, maar de regulator hiervan **transparant op de hoogte gebracht**.
124. Telenet heeft eveneens vóór het afsluiten van de inbreukprocedure daadwerkelijke **herstelmaatregelen** uitgerold.
125. Het BIPT vindt niet dat er in dit dossier afdoende elementen zijn om een volledige afwezigheid van opzet in hoofde van Telenet als een verzachtende omstandigheid aan te nemen. De feiten na de aanmaning van het BIPT tonen immers aan dat het wel degelijk mogelijk was om, mits een investering, een Easy Switch ID te plaatsen op de factuur van de betrokken abonnees. In die omstandigheden kan het BIPT niet anders dan concluderen dat, indien Telenet zich bij de bekendmaking van het KB daadwerkelijk wenste te conformeren aan artikel 16, tweede zin, van het KB Easy Switch (dat duidelijke voorschriften terzake bevatte) hij de mogelijkheid had om dat te doen. Door evenwel initieel niet de nodige investering te verrichten, heeft Telenet ervoor gekozen zijn eigen belangen te laten primeren op de reglementering. Zoals hierboven gesteld, onderstond er hierdoor een negatieve impact op de belangen van abonnees die een operator zoals Telenet wensten te verlaten, ook al heeft Telenet hen, blijkens de elementen in dit dossier, niet verhinderd om het Easy Switch proces te gebruiken en is er een alternatieve oplossing uitgewerkt die maakt dat de inbreuk aangemerkt kan worden als een inbreuk van een gemiddelde ernst.
126. Ook de claim van Telenet van volledige transparantie ten aanzien van het BIPT kan door de elementen die het BIPT hierboven in zijn beoordeling van de verzwarende omstandigheden aanhaalde²³ niet volledig gehonoreerd worden.

²³ Deze elementen beslaan de periode tussen het eerste verzoek om informatie van het BIPT van 6 juli 2017 en de laatste informatie die Telenet het BIPT bezorgde op 11 december 2018. Ze dienen gescheiden te worden van het element van het voorafgaand aan de inwerkingtreding van

6.4.3. Noodzaak om de boete een afschrikkend karakter te geven

Standpunt van Telenet

127. Telenet vindt tot slot dat de voorgestelde boete onevenredig is in het licht van de vroegere beslissingspraktijk van het BIPT in vergelijkbare gevallen. Telenet onderbouwt dit standpunt in zijn schriftelijke opmerkingen aan de hand van een tabel²⁴ waarin Telenet een aantal kernelementen oplijst van boetebeslissingen van het BIPT, waarin het BIPT aan een telecomoperator een sanctie oplegde wegens het niet-naleven van een verplichting om bepaalde informatie te vermelden op de factuur van klanten. Onder meer de duur van de inbreuk, de ernst van de inbreuk en de hoogte van de boete worden in de betrokken tabel opgenomen.

Beoordeling van het BIPT

128. Eén van de functies van de boete bestaat erin de overtreder ertoe aan te zetten om een eind te maken aan de overtreding en/of om niet te recidiveren en om anderen te ontraden eenzelfde gedrag aan te nemen.

129. Het BIPT begrijpt dat het invoeren van een project zoals Easy Switch, dat de belangen van de ingebruikers dient, maar ook bedoeld is om de concurrentie te bevorderen, door de hindernissen voor een migratie te verlagen, voor een operator een zware, impacterende oefening is, waarbij in een beginfase bepaalde dingen fout kunnen gaan of trager verlopen dan voorzien²⁵.

130. Het BIPT kan evenwel niet dulden dat actiepunten, die volgen uit eerdere door de operator aangegane engagementen als antwoord op een aanmaning van het BIPT, niet (of met een late kennisgeving aan het BIPT) zonder afdoende reden op het zelf door de operator voorgestelde tijdstip gehonoreerd worden, zeker niet in het geval van een operator van de orde van grootte van Telenet, die voor het opvolgen en vervullen van zijn regulatoire verplichtingen beschikt over een *team* van professionele medewerkers.

het KB (op 1 juli 2017) transparant op de hoogte brengen van de regulator, die het BIPT aanneemt als verzachtende omstandigheid.

²⁴ Zie schriftelijke opmerkingen Telenet, randnummer 24.

²⁵ Het was om die reden ook dat het BIPT Telenet door middel van een aanmaning een laatste kans gaf om zich in orde te brengen met zijn verplichtingen.

131. Ten aanzien van de verwijzingen van Telenet naar andere boetebeslissingen van het BIPT meent het BIPT, onverminderd het gegeven dat er in het Belgisch recht geen “precedentregel” bestaat²⁶, Telenet met zijn tabel (of toch minstens zijn verwijzingen in die tabel naar de boetebeslissingen van het BIPT van 2017²⁷) naast de kwestie argumenteert. De boetebeslissingen van 2017 werden immers stevast afgesloten met een overweging dat het BIPT in de (drie) betrokken gevallen opteerde voor een eerder beperkte boete “*waarmee het BIPT vooral een duidelijk signaal naar de toekomst wil uitzenden dat de **overtredingen van de artikels die voorschrijven dat bepaalde informatie op de factuur moet worden vermeld (zoals vanaf 1 juli 2017 artikel 16 van het koninklijk besluit van 6 september 2016 of artikel 1 van het ministerieel besluit van 31 augustus 2016, hierboven vermeld), zullen leiden tot sancties conform de wettelijke voorschriften.***” (het BIPT benadrukt).
132. Telenet heeft dit signaal niet voldoende opgepikt. Mede om ervoor te zorgen dat Telenet een uitgezonden signaal in het vervolg wel oppikt (en dus om recidive in hoofde van Telenet te ontmoedigen) past het een voldoende ontmoedigende boete aan te nemen.

6.4.4. Conclusie

133. Gezien de bovenstaande elementen stelt het BIPT de administratieve boete vast op **300.000 euro** (driehonderd duizend euro).

²⁶ Een precedentregel verplicht een publieke overheid om zijn besluiten af te stemmen op diegene die in het verleden zijn genomen (of, hetgeen in werkelijkheid op hetzelfde neerkomt, zijn besluit te motiveren ten opzichte van de vorige, indien hij daarvan afwijkt). Zie ook, mutatis mutandis, Gerecht van de EU (GEU), 16 juni 2011, *Caffaro*, T-192/06, EU:T:2011:278, en Hof van Justitie van de EU (HvJ), 21 september 2006, *JCB Service*, C-167/04 P, EU:C:2006:594, de punten 201 en 205, en 7 juni 2007, *Britannia Alloys & Chemicals*, C-76/06 P, EU:C:2007:326, punt 60, alsook GEU, 29 maart 2012, *Telefonica*, T-336/07, EU:T:2012:172, de punten 355 en volgende, bevestigd door HvJ, 10 juli 2014, *Telefonica*, C-295/12, EU:C:2014:2062).

²⁷ Het BIPT is het inderdaad eens met de nuance die Telenet ter zake zelf in randnummer 25 van zijn schriftelijke opmerkingen (d.i. het randnummer na diegene waarin de tabel is opgenomen) aanbrengt. De beslissingen van 2013 betroffen immers een verplichting die maar één maal per jaar diende nageleefd te worden.

7. Besluit

134. Het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie,

- gelet op artikel 16 van het KB Easy Switch,
 - gelet op artikel 21 van de BIPT-wet,
1. stelt vast dat Telenet tot en met december 2018 artikel 16, tweede zin, van het KB Easy Switch niet heeft nageleefd door op de facturen van de niet-residentiële klanten die een residentieel tariefplan afnemen niet het unieke nummer te plaatsen dat de dienst of het geheel van diensten identificeert dat het voorwerp kan uitmaken van een eenvoudige migratie in de zin van het koninklijk besluit van 6 september 2016 betreffende de migratie van vastelijndiensten en bundels van diensten in de sector van de elektronische communicatie.
 2. legt Telenet hiervoor een boete op van 300.000 euro;
 3. beveelt Telenet dit bedrag binnen 60 dagen na de ontvangst van dit besluit te betalen 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 wegens niet-naleving van artikel 16, tweede zin, van het KB Easy Switch".

8. Beroepsmogelijkheden

135. Overeenkomstig artikel 2, § 1 van de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector hebt u de mogelijkheid om tegen dit besluit beroep in te stellen bij het Marktenhof, Poelaertplein 1, B-1000 Brussel. Het beroep wordt, op straffe van nietigheid die ambtshalve wordt uitgesproken, ingesteld door middel van een ondertekend verzoekschrift dat wordt ingediend ter griffie van het hof van beroep van Brussel binnen een termijn van zestig dagen na de kennisgeving van het besluit of bij gebreke aan een kennisgeving, na de publicatie van het besluit of bij gebreke aan een publicatie, na de kennisname van het besluit.
136. Het verzoekschrift bevat op straffe van nietigheid de vermeldingen vereist door artikel 2, § 2, van de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector. Indien het verzoekschrift elementen bevat die u als vertrouwelijk beschouwt, dan moet u dat uitdrukkelijk aangeven en op straffe van nietigheid, een niet-vertrouwelijke versie van dat verzoekschrift indienen. Het Instituut publiceert op zijn website het verzoekschrift dat door de griffie van het gerecht genotificeerd is. Elke belanghebbende partij kan in de zaak tussenkomen binnen dertig dagen na deze publicatie.

Axel Desmedt
Lid van de Raad

Jack Hamande
Lid van de Raad

Luc Vanfleteren
Lid van de Raad

Michel Van Bellinghen
Voorzitter van de Raad