



**BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN
EN TELECOMMUNICATIE**

BESLUIT VAN DE RAAD VAN HET BIPT

van 14 september 2010

tot het opleggen van een administratieve boete aan Telenet wegens de niet-naleving van artikel 14, §2, 2° van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector en van artikel 137 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie

Inhoudsopgave

1. VOORWERP	3
2. FEITEN, JURIDISCHE CONTEXT EN RETROACTA	3
2.1. FEITEN	3
2.2. WETTELIJKE VERPLICHTINGEN TEN GRONDE	4
2.3 GEVOLGDE PROCEDURE.....	4
3. WETTELIJKE BASIS.....	5
4. ANALYSE VAN HET BIPT BETREFFENDE DE NALEVING VAN ARTIKEL 14, §2, 2° VAN DE WET VAN 17 JANUARI 2003 EN VAN ARTIKEL 137 VAN DE WET VAN 13 JUNI 2005.....	5
4.1. MEEGEDEELDE GRIEF.....	5
4.2. STANDPUNT VAN TELENET TEN AANZIEN VAN DE MEEGEDEELDE GRIEVEN EN BEOORDELING DOOR HET BIPT	6
4.2.1. <i>Motivering van de meegedeelde grief</i>	6
4.2.2. <i>Standpunt van Telenet</i>	8
4.2.3. <i>Beoordeling door het BIPT</i>	10
4.3. <i>Besluit betreffende de naleving van artikel artikel 14, §2, 2° van de wet van 17 januari 2003 en van artikel 137 van de wet van 13 juni 2005</i>	12
5. MOTIVERING VAN HET BIPT BETREFFENDE HET OPLEGGEN VAN DE BOETE EN DE BEPALING VAN HET BEDRAG ERVAN.....	12
5.1. BEOOGD BEDRAG VAN DE ADMINISTRatieve BOETE MEEGEDEELD AAN TELENET	12
5.2. STANDPUNT VAN TELENET TEN AANZIEN VAN HET BEOOGDE BEDRAG VAN DE ADMINISTRatieve BOETE	12
5.3. MOTIVERING BETREFFENDE HET OPLEGGEN VAN EEN BOETE.....	12
5.4. MOTIVERING BETREFFENDE HET BEDRAG VAN DE BOETE	13
5.4.1. <i>Algemeen</i>	13
5.4.2. <i>Principe van proportionnaliteit en omzet op de betrokken markt</i>	14
5.4.3. <i>Ernst van de overtreding</i>	14
5.4.4. <i>Duur van de overtreding</i>	14
5.4.5. <i>Verzachtende omstandigheden</i>	15
5.5. BESLUIT BETREFFENDE DE BOETE.....	15
6. BESLUIT	15
7. KENNISGEVING EN PUBLICATIE VAN HET BESLUIT	16
8. BEROEPSMOGELIJKHEDEN	16

1. VOORWERP

Dit besluit heeft tot doel te bepalen of de meegedeelde grieven omtrent de niet-naleving van artikel 14, §2, 2° van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (hierna ook: “de wet van 17 januari 2003”) en van artikel 137 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna ook “de wet van 13 juni 2005”) definitief kunnen worden aangenomen ten aanzien van Telenet en, indien dat het geval is, te bepalen of er overeenkomstig artikel 21 van de wet van 17 januari 2003 een administratieve boete opgelegd moet worden aan Telenet.

2. FEITEN, JURIDISCHE CONTEXT EN RETROACTA

2.1. FEITEN

Op 11 december 2009 heeft het BIPT aan Telenet een brief gestuurd om meer informatie te ontvangen omtrent het aanpassen van het Telenet retailaanbod op basis van EuroDOCSIS 3 technologie. Meer bepaald wou het Instituut weten:

1. hoever de voorbereidingen staan om EuroDOCSIS3 in dienst te nemen;
2. of alle klanten standaard een nieuwe modem zullen krijgen of dat ze daar zelf om moeten vragen na het lanceren van het retailaanbod;
3. welke specificaties deze retailproducten zullen hebben (downloadsnelheid, uploadsnelheid, prijs, downloadlimiet); en
4. wanneer Telenet van plan is om deze nieuwe retailproducten te lanceren.

In een schrijven van 25 december 2009 en verzonden per mail van 26 december 2009, meldt Telenet dat:

1. Docisis 3.0 geleidelijk aan uitgerold zal worden in de loop van 2010;
2. Telenet nog geen Docsis 3.0 in de markt geïnstalleerd heeft;
3. er geen definitieve commerciële strategie ontwikkeld is op het vlak van productdefinitie (downloadsnelheid, uploadsnelheid, prijs en volume limiet); en
4. Telenet nog geen concreet uitrolplan heeft.

In hetzelfde schrijven kondigt Telenet aan dat zodra hierover een duidelijkere commerciële en investeringsbeslissing wordt genomen, Telenet niet zal nalaten om het BIPT hierover te informeren.

Op 1 februari 2010 wordt aan het Instituut in opvolging van de mail van 26 december 2009 gemeld dat op maandag 8 februari 2010 Telenet haar nieuwe Docsis 3.0 product zal lanceren. De specificaties van het product zullen er als volgt uitzien: 100 Mbit/s voor download, 5 Mbit/s voor upload en een volume capaciteit van 250 GB.

2.2. WETTELIJKE VERPLICHTINGEN TEN GRONDE

Artikel 14 §2, 2° van de wet van 17 januari 2003 bepaalt het volgende:

“§ 2. In het kader van zijn bevoegdheden :

[...]

2° kan het Instituut van elke betrokken persoon op gemotiveerde wijze alle nuttige informatie opvragen. Het Instituut bepaalt de termijn waarbinnen de inlichtingen moeten worden meegedeeld;”

Artikel 137 van de wet van 13 juni 2005 bepaalt:

“§1. In het kader van zijn bevoegdheden kan het Instituut van elke betrokken persoon op gemotiveerde wijze alle nuttige informatie opvragen. Het Instituut duidt de termijn aan waarbinnen de inlichtingen moeten worden meegedeeld.

De voorafgaande informatieverstrekking aan het Instituut kan geen vermelde voorwaarde voor toegang tot de markt zijn.

De door het Instituut gevraagde informatie dient in evenredigheid te zijn met de uitvoering van de betrokken bevoegdheid. Het Instituut geeft de redenen voor zijn verzoek om informatie.

§ 2. De minister bepaalt, na advies van het Instituut, gegeven na consultatie van de betrokken markspelers, de nadere regels inzake de informatie- uitwisseling zoals bepaald in deze wet.”

2.3 GEVOLGDE PROCEDURE

Op 5 februari 2010 stuurde het BIPT een schrijven naar Telenet om erop te wijzen dat Telenet mogelijk niet in overeenstemming handelde met de verplichtingen die haar worden opgelegd door artikel 14, §2, 2° van de wet van 17 januari 2003 en artikel 137 van de wet van 13 juni 2005.

Het BIPT bood Telenet in dat schrijven van 5 februari 2010 de gelegenheid om haar standpunt kenbaar te maken omtrent de vaststellingen van een mogelijke overtreding op de hierboven vermelde artikelen. Dit standpunt moest uiterlijk tegen 19 februari 2010 aan het BIPT worden overgezonden.

In de brief van het BIPT van 5 februari 2010 werd aangegeven dat dat schrijven een mogelijke laatste stap vormde voorafgaand aan het openen van de procedure voor de vervolging en bestraffing waarin artikel 21 van de wet van 17 januari 2003 voorziet.

Telenet antwoordde in een schrijven van 17 februari 2010 dat de problemen met de ‘field trial’ van Docsis 3 modem (eind januari), het radioprogramma Peeters & Pichal van dinsdag 2 februari en de lancering door Belgacom van haar nieuw internetaanbod op 5 februari tot gevolg hebben gehad dat Telenet op het allerlaatste moment een aantal zaken grondig herbekeken heeft en deels heeft moeten bijsturen.

Telenet beklemtont dat dit de redenen waren waarom op maandag 1 februari enkel die informatie naar het BIPT doorgestuurd werd waarvan Telenet op dat moment zeker was dat ze definitief was.

Per brief van 17 juni 2010 weerlegde het BIPT de argumentatie van Telenet, stelde het de overtreding vast van artikel 14, §2, 2°, van de wet van 17 januari 2003 en van artikel 137 van de wet van 13 juni 2005, deelde het zijn grief en het beoogde bedrag van de administratieve boete mee aan Telenet, nodigde het Telenet uit haar schriftelijke commentaren hierover mee te delen en nodigde het Telenet uit om te verschijnen op een hoorzitting.

Telenet legde haar schriftelijke commentaren aan het BIPT voor per brief van 30 juni 2010.

Telenet verscheen op een hoorzitting met de Raad van het BIPT, die plaatsvond op 20 juli 2010.

In de brief van 17 juni 2010 gaf de Raad van het BIPT aan dat hij, na de ontvangst van de schriftelijke commentaren van Telenet en na de hoorzitting, zou kunnen besluiten tot het definitief weerhouden van (één of meer onderdelen van) de meegedeelde grief en tot het definitief opleggen van een administratieve geldboete, overeenkomstig artikel 21, § 5, van de wet van 17 januari 2003.

3. WETTELIJKE BASIS

Artikel 21, §5, van de wet van 17 januari 2003 bepaalt:

“§5. De Raad neemt een besluit binnen zestig dagen na de sluiting van de debatten. Dit besluit wordt per aangetekende brief aan de betrokkene en aan de Minister meegedeeld, en gepubliceerd op de website van het Instituut.”

Gelet op de opbouw van artikel 21 van de wet van 17 januari 2003, dient te worden besloten dat het besluit bedoeld in §5, betrekking heeft op het al dan niet definitief aannemen van de grieven, meegedeeld in toepassing van artikel 21, §1, van de wet van 17 januari 2003, en op het al dan niet definitief opleggen van een administratieve boete, waarvan het beoogde bedrag eveneens werd meegedeeld overeenkomstig artikel 21, §1.

4. ANALYSE VAN HET BIPT BETREFFENDE DE NALEVING VAN ARTIKEL 14, §2, 2° VAN DE WET VAN 17 JANUARI 2003 EN VAN ARTIKEL 137 VAN DE WET VAN 13 JUNI 2005

4.1. MEEGEDEELDE GRIEF

Per brief van 17 juni 2010 deelde het BIPT de volgende grief mee aan Telenet:

“Het niet naleven van artikel 14, §2, 2° van de wet van 17 januari 2003 en van artikel 137 van de wet van 13 juni 2005 door niet (vraag over de modems) of onvolledig (andere vragen) te antwoorden op een verzoek om informatie van het BIPT.”

4.2. STANDPUNT VAN TELENET TEN AANZIEN VAN DE MEEGEDEELDE GRIEVEN EN BEOORDELING DOOR HET BIPT

Telenet verwoordde haar standpunt ten aanzien van de meegedeelde grief in een brief van 30 juni 2010 en op de hoorzitting van 20 juli 2010.

Het Instituut herhaalt hieronder de motivering voor het formuleren van de grief die werd meegedeeld, geeft het standpunt van Telenet weer ten aanzien van de meegedeelde grief om vervolgens zijn definitieve beoordeling aan het standpunt van Telenet en de meegedeelde grief te geven.

4.2.1. Motivering van de meegedeelde grief

De motivering op grond waarvan de grief werd meegedeeld was de volgende :

“a. Inhoud van het verzoek om informatie

In de brief van 11 december 2009 heeft het BIPT de volgende informatie gevraagd aan Telenet op basis van bovenvermelde bepalingen:

1. hoever de voorbereidingen staan om EuroDOCSIS3 in dienst te nemen;
2. of alle klanten standaard een nieuwe modem zullen krijgen of dat ze daar zelf om moeten vragen na het lanceren van het retailaanbod;
3. welke specificaties deze retailproducten zullen hebben (downloadsnelheid, upload-snelheid, prijs, downloadlimiet); en
4. wanneer Telenet van plan is om deze nieuwe retailproducten te lanceren.

b. Antwoord van Telenet

In haar brief van 25 december 2009 heeft Telenet geantwoord dat:

1. Docsis 3.0 geleidelijk aan uitgerold zal worden in de loop van 2010;
2. Telenet nog geen Docsis 3.0 in de markt geïnstalleerd heeft;
3. er geen definitieve commerciële strategie ontwikkeld is op het vlak van productdefinitie (downloadsnelheid, uploadsnelheid, prijs en volume limiet); en
4. Telenet nog geen concreet uitrolplan heeft.

Amper 25 werkdagen later kondigde Telenet echter aan dat het op maandag 8 februari 2010 haar nieuwe Docsis 3.0 product zal voorstellen en lanceren en dat de specificaties van het product er als volgt zullen uitzien: 100 Mbit/s voor download, 5 Mbit/s voor upload en een volume capaciteit van 250 GB.

c. Analyse

1. Telenet betwist niet dat het in zijn brief van 25 december 2009 niet geantwoord heeft op de vraag of alle klanten van Telenet standaard een nieuwe modem zullen krijgen dan wel of dat ze daar zelf om moeten vragen na het lanceren van het retailaanbod (vraag 2 van de brief van 11 december 2009 hierboven vermeld)

Het niet beantwoorden van een vraag van het BIPT gesteld in het kader van een verzoek om informatie is een overtreding op de in punt V.1 vermelde wetsbepalingen.

Het feit dat er in de brief van Telenet van 17 februari 2010 wel een antwoord gegeven wordt op deze vraag neemt niet weg dat het BIPT een overtreding kan weerhouden. Er is immers een overtreding geweest van 25 december 2009 tot en met 17 februari 2010.

2. Het opvragen van informatie door een regulator is geen doel op zich maar een middel om de doelstellingen van het regelgevend kader te bereiken via het aannemen van besluiten van het BIPT binnen het kader van zijn bevoegdheden.

In de informatie-aanvraag van 11 december 2009 werd duidelijk aangegeven dat de gevraagde informatie gerechtvaardigd was in het kader van de taak van het BIPT in het kader van de marktanalyse betreffende de breedbandtoegangsmarkten en dat deze aanvraag gebaseerd was op artikel 14, §2, 2°, van de wet van 17 januari 2003.

Telenet heeft binnen de antwoordtermijn niet aangegeven dat het verzoek dat aan haar gericht was onvoldoende duidelijk was en heeft niet aan het BIPT gevraagd om het doel van zijn verzoek toe te lichten.

Het diende dus duidelijk te zijn dat de informatie-aanvraag gebeurde om de impact van nieuwe retailaanbiedingen op de breedbandtoegangsmarkten en omroepmarkten te kunnen in rekening nemen bij het uitwerken van het consultatiedocument terzake en op basis van de juiste gegevens een inschatting te kunnen maken van de toekomstige evolutie van de concurrentie op deze markten.

Door in die context het antwoord te geven dat op 25 december 2009 is gegeven en vervolgens, 25 werkdagen later, de lancering van nieuwe producten gebaseerd op de nieuwe technologie waarover de vragen van het BIPT werden gesteld aan te kondigen, heeft Telenet minstens onvolledige en derhalve ook onjuiste informatie meegedeeld aan het BIPT en is er dus niet op gepaste wijze geantwoord op het verzoek om informatie van het BIPT in zijn brief van 11 december 2009.

Door niet op gepaste wijze te antwoorden heeft Telenet de in punt V.1 geciteerde wetsbepalingen overtreden.

In het schrijven van 5 februari 2010 heeft het BIPT duidelijk gemaakt dat het schrijven van 25 december 2009 (door Telenet verzonden per mail op 26 december 2009) een mogelijke inbreuk uitmaakt op artikel 14 §2, 2° van de wet van 17 januari 2003:

“Het antwoord van Telenet in haar schrijven van 25 december 2009 dat het “in de loop van 2010” van plan is om Docsis 3.0 uit te rollen is inderdaad te vaag om verenigbaar te zijn met een aankondiging in de mail van 1 februari 2010 van een productvoorstelling op 8 februari 2010 aan de in de mail van 1 februari 2010 opgegeven specificaties. De periode tussen 25 december 2009 en 1 februari 2010 (overeenkomend met 25 werkdagen) is duidelijk te kort om een volledige commerciële strategie, productspecificatie en uitrolplannen uit te werken. Het Instituut gaat ervan uit dat Telenet reeds op 25 december 2009 over meer informatie moest beschikken, zeker omtrent de timing van de productpresentatie, de specificaties en de uitrolplannen. Telenet had het Instituut hier concreet en specifiek over moeten inlichten, zoals gevraagd.”

In haar brief van 17 februari 2010 weerlegt Telenet de feiten niet die door het BIPT worden opgesomd in de brief van 5 februari 2010. Het schrijven van 17 februari 2010 beperkt zich inderdaad tot het opsommen van de aanpassingen die Telenet nog heeft doorgevoerd aan haar productspecificaties tussen de communicatie van 1 februari 2010 aan het Insti-

tuut en de persvoorstelling op 8 februari 2010. Dit neemt niet weg dat vóór 1 februari 2010, Telenet reeds in staat was om uitgebreide specifieke productspecificaties en zijn plannen omtrent productpresentatie en uitrol aan het BIPT mee te delen. Sommige stukken als bijlage bij de brief van Telenet van 17 februari 2010 tonen dit overigens aan. De interne mail van 27 januari 2010 (bijlage 4 bij de brief van Telenet van 17 februari 2010) stelt bijvoorbeeld: “Voor de SBV6120E hadden we nog geen bliksem testen gedaan, we zijn daar vandaag mee begonnen”. Een dergelijke formulering wijst niet alleen op een test gedaan op 27 januari 2010, maar ook op andere testen met andere modems vóór die datum, gezien het niet voor betwisting vatbaar is dat het “de SBV6120E” verwijst naar de Motorola SBV6120E SURFboard® EuroDOCSIS 3.0 Digital Voice Modem en er meerdere modems moeten getest geweest zijn, bij gebreke waarvan er in de betrokken mail nooit de woorden “voor de SBV6120E” en “nog geen” hadden gestaan. Dergelijke testen kunnen uiteraard niet uitgevoerd worden, als er geen voorafgaande definiëring bestaat van wat er moet getest worden (hetgeen noodzakelijkerwijze het voorafgaandelijk vaststellen van te testen productspecificaties vereist) en er geen geschikte testmodems werden aangevraagd en bekomen (hetgeen noodzakelijkerwijs een voorafgaand marktonderzoek, -bevraging en bestellings- en leveringsprocedure (minstens bij Motorola) impliceert).

Het is dan ook niet voor betwisting vatbaar dat er vóór 1 februari 2010 bij Telenet testen waren en daaraan voorafgaande documenten en plannen bestonden die later gingen leiden tot de lancering van hun nieuw Docsis 3.0 product voor de markt en waarover Telenet het BIPT diende te informeren.

Hieruit volgt dat de informatie die Telenet op 25 december 2009 verstrekte aan het BIPT onvolledig en ontoereikend was ten opzichte van de informatie die noodzakelijkerwijs op dat moment al beschikbaar moest zijn bij Telenet.”¹

4.2.2. Standpunt van Telenet

a. Standpunt in de brief van 30 juni 2010

1. Telenet betwist niet dat er niet geantwoord werd op de vraag over de modems. De reden hiervoor is dat ze op 25 december 2005 nog niet over voldoende informatie beschikte om daar een correct antwoord op te geven. Ze stelt dat ze dit bovendien duidelijk aangegeven heeft in haar brief door te verwijzen naar het feit dat ze het BIPT daarover zou inlichten van zodra deze informatie beschikbaar zou zijn. De opmerking dat Telenet “minstens onvolledige, en derhalve ook onjuiste informatie heeft meegedeeld aan het BIPT” onderschrijft volgens Telenet precies de houding van Telenet in het dossier. Telenet wenste het BIPT geen informatie te bezorgen die niet zeker was, al was het maar om te vermijden dat Telenet achteraf het verwijt zou krijgen het BIPT onjuiste informatie te hebben bezorgd.

2. Wat betreft het onvolledig beantwoorden van de andere vragen stelt Telenet dat ze inderdaad voor 25 december 2009 al had nagedacht over de strategie en de commerciële uitrol van Docsis 3.0, maar dat ze toen niet over de informatie beschikte om op de concrete vragen van het BIPT te antwoorden. Het feit dat ze voor 27 januari 2010 de modems aan het testen was en dat deze testen zeker nog niet afgerond waren, toont volgens Telenet juist aan dat Telenet nog niet over alle elementen beschikte om haar definitieve commerciële strategie vast te leggen. De definitieve modem-testresultaten zijn immers een *conditio sine qua non* voor het bepalen van de specificaties en het uiteindelijk vastleggen van de prijs. Uit de testen moest blijken welke snelheden en volumes Telenet gemiddeld op haar netwerk kan aanbieden. Bovendien bleef er onzekerheid over de modem (wegens problemen met bliksemtesten) die Telenet

¹ Punt V.2 van de brief van het BIPT van 17 juni 2010.

uiteindelijk zou weerhouden. Enkel nadat Telenet over al deze elementen beschikte (snelheid, volume en modem), kon er volgens Telenet overgegaan worden tot prijszetting. Aan de hand van de interne mailuitwisseling kan volgens Telenet worden vastgesteld dat hier de laatste dagen nog druk over vergaderd werd en dat inderdaad op zeer korte termijn werd beslist.

b. Standpunt op de hoorzitting van 20 juli 2010

1. Op feitelijk niveau lichtte Telenet de testen met de nieuwe Docsis 3.0 modems verder toe als volgt:

- Tijdens Q4 van 2009 werd een Docsis modem 3.0 van Motorola getest bij enkele personeelsleden van Telenet.

- Tijdens die testen deelde Motorola ² mee dat de geleverde testmodems niet meer geproduceerd werden. Er werd vervolgens een nieuwe versie van een Docsis 3.0 modem voor testdoel-einden geplaatst bij de betrokken personeelsleden.

- Tijdens het testen van de nieuwe versie van de Docsis 3.0 modems doken enkele problemen op : ze doorstonden de “bliksemtest” (hoge spanning doorheen de modem) niet en de specificaties van de modems werden veranderd.

Telenet gaf aan dat er op het ogenblik van het antwoord aan het BIPT dus wel testen aan de gang waren op bepaalde testspecificaties en dat er partiële resultaten bekend waren, maar de definitieve specificaties stonden op dat moment zeker nog niet vast en konden niet zomaar vertaald worden naar een retail-aanbod. Telenet stipte wat dit betreft ook aan dat de modemtesten die aan de gang waren op de datum van het antwoord aan het BIPT (25 december 2009), de testen betroffen van de modems, waarvan Motorola later communiceerde dat ze niet meer geproduceerd werden. Telenet achtte het niet noodzakelijk deze partiële testresultaten op 25 december 2009 door te geven en vond het aangewezen pas meer uitleg te geven aan de regulator wanneer alles met zekerheid geweten was.

Telenet herhaalde dat de definitieve specificaties en prijzen pas eind januari 2010 vastgelegd werden en herhaalde dat er daarna nog wijzigingen aan haar nieuwe retailproduct zijn gemaakt naar aanleiding van de verklaringen rondom datalimieten van Minister Van Quickborne in het radioprogramma “Peeters & Pichal” op 2 februari. Telenet begrijpt dat dit voor een buitenstaander overkomt als een zeer snelle ontwikkelingsprocedure maar legde uit dat het de aanpak van het bedrijf is om kort op de bal te spelen en producten snel te lanceren, zonder daar lang uitgespannen strategische overwegingen over te maken.

3. Op een vraag van het BIPT gaf Telenet aan dat bij het ontvangen van het verzoek om informatie van het BIPT (11 december 2009) het budget en resources (bvb. op vlak van IT en netwerkontwikkeling) vastgelegd waren om te beginnen met de uitrol van Eurodocsis 3.0 in 2010. Telenet merkte echter op dat de brief van het BIPT eerder vaag is omtrent de informatie die verlangd werd en verkoos om enkel de informatie te geven die met zekerheid vaststond. Over de commerciële uitrol was er op dat moment, volgens Telenet, nog niets bekend.

² Per mail van 23 juli 2010 aan het BIPT verduidelijkte Telenet dat het een raamakkoord heeft met Motorola voor het bestellen van modems. In dat raamakkoord zitten zowel Docsis 2.0 modems als Docsis 3.0 modems. Het raamakkoord staat, volgens Telenet, toe flexibel en binnen korte leveringstermijn bestellingen te plaatsen.

4.2.3. Beoordeling door het BIPT

a. Het niet antwoorden op de vraag betreffende de modems

Telenet betwist niet dat er op 25 december 2009 niet geantwoord werd op de vraag over de modems³.

De reden die Telenet in zijn schriftelijke opmerkingen van 30 juni 2010 hiervoor aanhaalt (met name dat ze op 25 december 2009 nog niet over voldoende informatie beschikte om een correct antwoord op de vraag van het BIPT te geven) is niet aangehaald in het antwoord van Telenet aan het BIPT van 25 december 2009.

Het BIPT ziet ook niet in waar Telenet in zijn brief van 25 december 2009 aangeeft dat ze het BIPT een antwoord zou verschaffen van zodra deze informatie beschikbaar zou zijn. Telenet heeft in zijn antwoord van 25 december 2009 gewoon niet gesproken over de modems.

Ook het argument van Telenet, ontwikkeld tijdens de hoorzitting van 20 juli 2010, dat ze het aangewezen vond pas meer uitleg over de modems te geven aan het BIPT wanneer alles met zekerheid geweten was, komt niet overeen met de feiten. Het antwoord op de betrokken vraag werd door Telenet gegeven in zijn brief van 17 februari 2010. Op dat ogenblik had Telenet de lancering van zijn nieuw Docsis 3.0 aanbod reeds publiek aangekondigd (dit gebeurde met name op 8 februari 2010; zie hierboven sectie 2.1).

De door Telenet aangehaalde vrees om het verwijt te krijgen onjuiste informatie te bezorgen, wanneer het aan het BIPT informatie zou bezorgen die niet zeker was, is tot slot geen argument om, in strijd met de wettelijke bepalingen terzake, niet te antwoorden.

De argumenten van Telenet zijn dan ook niet afdoende om het niet beantwoorden van de betrokken vraag van het BIPT te verantwoorden.

b. Het onvolledig beantwoorden van de andere vragen van het BIPT

Telenet gaf in het kader van dit dossier meermaals aan dat het “*het BIPT geen informatie [wenste] te bezorgen die niet zeker was*”⁴.

Dit wijst erop dat er op 25 december 2009 informatie aanwezig was bij Telenet. Deze informatie moest uitgebreider zijn dan hetgeen meegedeeld werd aan het BIPT, aangezien er op basis van de aan het BIPT meegedeelde informatie onmogelijk 25 werkdagen later een productlancering kon plaatsvinden (ook al zou het beslissingsproces bij Telenet snel gaan).

Het BIPT begrijpt dat tijdens een testfase bepaalde informatie nog aan verandering onderhevig kan zijn.

Het BIPT is echter van oordeel dat definitieve modemtestresultaten alleen van belang zijn voor het definitief vastleggen van de specificaties en prijzen van een product, maar niet voor de geplande lanceringsdatum ervan.

Telenet was met zekerheid al lang op voorhand bezig met het plannen van de Eurodocsis 3.0-uitrol, gezien de grote impact op resources en netwerkcapaciteit. Telenet geeft in zijn brief

³ Ter herinnering: met de betrokken vraag wenste het BIPT te weten “*of alle klanten standaard een nieuwe modem zullen krijgen of dat ze daar zelf voor moeten vragen na het lanceren van het retailaanbod.*”

⁴ Citaat uit de brief van Telenet van 30 juni 2010. Zie bijvoorbeeld ook punt 3 van de brief van 17 februari 2010.

van 30 juni 2010 toe dat het voor 25 december 2009 al had nagedacht over de strategie en de commerciële uitrol van Docsis 3.0. Ook het antwoord op de vraag van het BIPT tijdens de hoorzitting van 20 juli 2010 getuigt hiervan: er was een budget voorzien en een planning op IT- en netwerkniveau voor 2010.

Wanneer er plannen zijn gemaakt op budgettair vlak en op vlak van IT- en netwerkresources, kan het redelijkerwijze niet anders zijn dat er ook een doeldatum voor uitrol bepaald is. Deze geplande uitroldatum had door Telenet aan het BIPT meegedeeld moeten worden, hetgeen het niet gedaan heeft⁵.

Wat betreft de overige vragen (vragen naar de stand van de voorbereidingen om EuroDOCSIS 3 in dienst te nemen en naar de specificaties van de retailproducten), is het Instituut van oordeel dat Telenet sowieso alle informatie waarover ze op 25 december 2009 beschikte had moeten meedelen aan het BIPT, weze het onder voorbehoud van aanpassingen op basis van, bijvoorbeeld, de definitieve modemtestresultaten⁶.

Telenet heeft dit niet gedaan.

Zoals hierboven aangehaald heeft Telenet in zijn antwoord van 25 december 2010 zelfs niet gesproken over de aan de gang zijnde modemtesten, hoewel de resultaten van deze testen volgens de schriftelijke commentaren van Telenet van 30 juni 2010 een “*conditio sine qua non*” waren voor het bepalen van de specificaties op het vlak van snelheid en downloadlimiet en het uiteindelijk vastleggen van de prijzen. Het niet communiceren over een bepalende factor voor het vastleggen van de specificaties en prijzen van een nieuw retailproduct in antwoord op vragen van de regulator hierover getuigt van nalatigheid en is onverschoonbaar.

Het is dan ook vaststaand dat de informatie die Telenet op 25 december 2009 verstrekke aan het BIPT onvolledig en ontoereikend was ten opzichte van de informatie die noodzakelijkerwijs op dat moment al beschikbaar moest zijn bij Telenet.

Telenet heeft dan ook niet op gepaste wijze geantwoord op het verzoek om informatie van het BIPT in zijn brief van 11 december 2009.

De opmerking van Telenet dat de brief van het BIPT vaag is kan niet door het BIPT in overweging genomen worden. Zoals reeds aangegeven door het BIPT in zijn brief van 17 juni 2010⁷, heeft Telenet binnen de antwoordtermijn niet aangegeven dat het verzoek dat aan haar gericht was onvoldoende duidelijk was en heeft het niet aan het BIPT gevraagd om het doel van zijn verzoek toe te lichten. Dat Telenet niet om toelichting gevraagd heeft en in de plaats daarvan antwoordt met informatie, waarvan na onderzoek komt vast te staan dat ze onvolledig en ontoereikend was, is een keuze van Telenet. Het gevolg van een dergelijke keuze kan niet aan het BIPT worden tegengeworpen.

Het Instituut herhaalt⁸ bovendien dat in de informatie-aanvraag van 11 december 2009 duidelijk werd aangegeven dat de gevraagde informatie gerechtvaardigd was in het kader van de taak van het BIPT in het kader van de marktanalyse betreffende de breedbandtoegangsmarkten en dat deze aanvraag gebaseerd was op artikel 14, §2, 2°, van de wet van 17 januari 2003,

⁵ In een bedrijf zoals Telenet, werkend in een concurrentiële context waarin Telenet opereert, kan een dergelijke targetdate redelijkerwijze niet “in de loop van 2010” zijn, zoals Telenet antwoordde aan het BIPT. Het BIPT vroeg in zijn brief van 11 december 2009 Telenet ook niet naar een zekere lanceringsdatum; de vraag was immers: “*Wanneer is Telenet van plan om deze retailproducten te lanceren ?*” (door ons onderlijnd)

⁶ Dit zou dan op dat ogenblik volledige en juiste informatie geweest zijn.

⁷ Zie brief van het BIPT van 17 juni 2010, p. 4.

⁸ Zie brief van het BIPT van 17 juni 2010, p. 4.

en dat het dus duidelijk diende te zijn dat de informatie-aanvraag gebeurde om de impact van nieuwe retailaanbiedingen op de breedbandtoegangsmarkten en omroepmarkten in rekening te kunnen nemen bij het uitwerken van het consultatiedocument terzake en op basis van de juiste gegevens een inschatting te kunnen maken van de toekomstige evolutie van de concurrentie op deze markten.

Het Instituut houdt dan ook definitief vast aan de grief meegedeeld per brief van 17 juni 2010.

4.3. Besluit betreffende de naleving van artikel artikel 14, §2, 2° van de wet van 17 januari 2003 en van artikel 137 van de wet van 13 juni 2005

Op basis van het voorgaande is het BIPT van oordeel dat Telenet **artikel 14, §2, 2° van de wet van 17 januari 2003 en artikel 137 van de wet van 13 juni 2005** niet heeft nageleefd door niet (vraag over de modems) of onvolledig (andere vragen) te antwoorden op een verzoek om informatie van het BIPT.

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

5.1. BEOOGD BEDRAG VAN DE ADMINISTRatieve BOETE MEEGEDEELD AAN TELENET

Op basis van de ontwerpredenering, opgenomen in punt VI.2. van de brief van het BIPT van 17 juni 2010, deelde het BIPT, conform artikel 21, §1, van de wet van 17 januari 2003, een beoogd bedrag van de administratieve geldboete aan Telenet mee van 12 500 euro.

5.2. STANDPUNT VAN TELENET TEN AANZIEN VAN HET BEOOGDE BEDRAG VAN DE ADMINISTRatieve BOETE

In haar brief van 30 juni 2010 geeft Telenet aan van mening te zijn dat het opleggen van een boete een niet-proportionele maatregel zou zijn, wetende dat Telenet nog nooit een veroordeling van de regulator heeft gekregen.

Op de hoorzitting van 20 juli 2010 benadrukte Telenet dat zij nooit de intentie hadden om informatie achter te houden. Telenet haalde op de hoorzitting bijkomend aan dat ze tot nog toe niet al te vertrouwd zijn met het beantwoorden van specifieke regulatorische vragen.

5.3. MOTIVERING BETREFFENDE HET OPLEGGEN VAN EEN BOETE

Het Instituut herhaalt ⁹ dat het opvragen van informatie door een regulator geen doel op zich is maar een middel om de doelstellingen van het regelgevend kader te bereiken via het aannemen van besluiten van het BIPT binnen het kader van zijn bevoegdheden. Informatie over producten, processen, plannen, enzovoort, die niet publiek beschikbaar zijn, zijn van groot belang in de besluitvorming van het BIPT en het uitvoeren van zijn wettelijke opdrachten. Door niet of niet met de nodige zorg te antwoorden op vragen van het BIPT hieromtrent wordt het BIPT belemmerd in het uitvoeren van zijn wettelijke opdrachten.

⁹ Zie brief van 17 juni 2010, p. 4.

In casu heeft Telenet in dit dossier de werking van het BIPT verzaagd en het BIPT gedurende de duur van de overtreding op verkeerde pistes gezet in verband met de evolutie van de producten van Telenet.

Het ging hier over essentiële informatie nodig om in het kader van de marktanalyse betreffende de breedbandtoegangsmarkten en de omroepmarkten de impact van nieuwe retailaanbiedingen op deze markten in rekening te kunnen nemen bij het uitwerken van het consultatiedocument terzake en op basis van de juiste gegevens een inschatting te kunnen maken van de toekomstige evolutie van de concurrentie op deze markten.

Gelet op het voorgaande en het weerhouden van de grief die een inbreuk vormt op artikel 14, §2, 2° van de wet van 17 januari 2003 en artikel 137 van de wet van 13 juni 2005, is het Instituut van oordeel dat het opleggen van een administratieve boete aan Telenet gerechtvaardigd is.

5.4. MOTIVERING BETREFFENDE HET BEDRAG VAN DE BOETE

5.4.1. Algemeen

De administratieve geldboete kan overeenkomstig artikel 21, § 1, van de wet van 17 januari 2003 maximaal 5% van de omzet van Telenet gedurende het jongste volledige referentiejaar in de sector voor elektronische communicatie bedragen.

Het jongste volledige referentiejaar is 2009.

Telenet heeft in dat jaar volgens zijn jaarverslag 2009 een totale omzet gerealiseerd van 1 miljard 197,4 miljoen euro:

Revenue EU GAAP - in € millions	Q4 2009	Q4 2008	Change %	FY 2009	FY 2008	Change %
Basic cable television ⁽¹⁾	82.2	79.8	+ 3%	322.3	244.3	+ 32%
Premium cable television ⁽²⁾	32.9	21.6	+ 52%	115.4	78.0	+ 48%
Distributors / Other ⁽³⁾	18.5	6.3	+ 192%	56.5	29.8	+ 90%
Residential broadband internet	103.3	95.5	+ 8%	402.0	375.1	+ 7%
Residential telephony	59.2	55.5	+ 7%	224.3	214.9	+ 4%
Business services	19.3	20.6	- 7%	76.9	76.8	+ 0%
Total Revenue	315.5	279.4	+ 13%	1,197.4	1,018.8	+ 18%
Organic revenue growth			+ 10%			+ 9%

Het Instituut kan dan ook een administratieve geldboete opleggen van maximaal 59.870.000 euro (5 % van voormeld bedrag).

Het Instituut acht een maximale boete evenwel niet proportioneel en niet opportuun.

Bij het vaststellen van het bedrag van de administratieve boete heeft het Instituut rekening gehouden met de onderstaande elementen:

5.4.2. Principe van proportionaliteit en omzet op de betrokken markt

Hoewel artikel 21 verwijst naar de omzet die behaald is in de sector van de elektronische communicatie in zijn geheel, kan op basis van het evenredigheidsbeginsel worden gerechtvaardigd dat de omzet die in aanmerking wordt genomen voor de berekening van een boete, wordt beperkt tot de omzet die de onderneming heeft behaald in de branche waarop de overtreding betrekking heeft.

Het Instituut is van oordeel dat het in het huidige dossier mogelijk en proportioneel is om voor de berekening van de boete uit te gaan van de omzet behaald op een nauwer omschreven markt of activiteitengebied dan de omzet van Telenet behaald in de sector voor elektronische communicatie in België.

De marktanalyse, waarvoor de informatie opgevraagd was, was de analyse van de markten 4 en 5 (Aanbeveling van de Europese Commissie van 2007) en de analyse van markt 18 (Aanbeveling van de Europese Commissie van 2003)

Die marktanalyse vertrekt van de marktaandelen (en andere indicatoren) van de ISP's op de residentiële breedbandmarkt.

De betrokken markt is dan ook de residentiële breedbandmarkt.

Telenet heeft hierop een omzet van 402 miljoen euro volgens het jaarrapport 2009, hetzij ongeveer één derde van de totale omzet van Telenet in 2009.

5.4.3. Ernst van de overtreding

De ernst van een overtreding kan worden beoordeeld rekening houdend met de aard van de overtreding en met de manier waarop die invloed heeft op de verwezenlijking van de hoofddoelstellingen die door het regelgevingskader worden beoogd: de bevordering van de concurrentie en de bescherming van de belangen van de gebruikers.

In abstracto is de aard van de overtreding ernstig.

Informatie over producten, processen, plannen, enzovoort, die niet publiek beschikbaar zijn, zijn van groot belang in de besluitvorming van het BIPT en hierover geen of vage informatie verschaffen belemmert het BIPT in het uitvoeren van zijn wettelijke opdrachten.

De regulator vertragen in zijn werking en het BIPT op verkeerde pistes zetten over de evolutie van de producten van Telenet (zie punt 5.3) kan niet aanvaard worden.

De overtreding (die ook van beperkte duur was; zie punt 5.4.4) heeft echter de concurrentieverhoudingen of de belangen van de eindgebruiker niet geschaad met name gezien de beperkte duur van de overtreding.

5.4.4. Duur van de overtreding

De overtreding heeft uiteindelijk een vrij beperkte duur gehad.

Concreet is het Instituut verstoken geweest van informatie over de "modempolitiek" van Telenet (vraag 2 van de brief van het BIPT van 11 december 2009) tussen 25 december 2009 en 17 februari 2010 (hetzij ongeveer acht weken) en van informatie in antwoord op de andere

vragen in het verzoek om informatie tussen 25 december en 1 februari 2010 (hetzij ongeveer 6 weken).

5.4.5. Verzachtende omstandigheden

Er bestaat geen precedent van dezelfde aard bij Telenet ondanks de vermeende onervarenheid van Telenet met het beantwoorden van specifieke regulatorische vragen.

Telenet is daarenboven zijn engagement in zijn brief van 25 december 2009 om het BIPT te informeren *“zodra er een duidelijke commerciële en investeringsbeslissing genomen wordt”* niet vergeten en heeft alleszins vóór de publieke bekendmaking van de lancering van zijn nieuwe Internetproducten het BIPT geïnformeerd over de definitieve lanceerdatum en productspecificaties, zodat het BIPT dit niet uit de pers diende te vernemen.

5.4.6. Noodzaak om een disciplinerend effect te creëren

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

Desalniettemin wordt nu nog gekozen voor een eerder beperkte boete ten aanzien van Telenet, waarbij het BIPT vooral een duidelijk signaal wenst te geven dat het niet-verstrekken van informatie of het verstrekken van onvolledige of onjuiste informatie niet door het BIPT geduld wordt.

5.5. BESLUIT BETREFFENDE DE BOETE

Gelet op het voorgaande acht het Instituut het gerechtvaardigd en evenredig om aan Telenet een administratieve boete op te leggen van 12 500 (twaalf duizend vijfhonderd) euro.

6. BESLUIT

Het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie,

gelet op artikel 14, § 1, 3°, van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector,

gelet op artikel 14, §2, 2°, van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector en artikel 137 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie,

gelet op artikel 21 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector,

na op 17 juni 2010 de grief, waarvan sprake in artikel 21, §1, van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, te hebben meegedeeld aan Telenet, alsmede een beoogd bedrag van de administratieve boete ten bedrage van 12 500 euro,

na Telenet naar behoren te hebben gehoord op 20 juli 2010,

na de debatten te hebben gesloten op 23 juli 2010,

1. stelt vast dat Telenet een inbreuk heeft begaan op artikel 14, §2, 2° van de wet van 17 januari 2003 en van artikel 137 van de wet van 13 juni 2005;
2. legt om die reden en overeenkomstig artikel 21 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, een administratieve boete op aan Telenet ten bedrage van 12 500 (twaalduizend vijfhonderd) euro;
3. dit bedrag dient binnen zestig dagen na ontvangst van dit besluit betaald te worden door overschrijving op rekeningnummer 679-0000771-92, IBAN: BE12 6790 0007 7192, BIC: PCHQ BEBB op naam van het BIPT met als mededeling « Telenet – administratieve geldboete – verzoek om informatie».

7. KENNISGEVING EN PUBLICATIE VAN HET BESLUIT

Krachtens artikel 21, § 5, van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, wordt dit besluit eveneens meegedeeld aan de minister en gepubliceerd op de website van het Instituut, onder voorbehoud van vertrouwelijkheid.

8. BEROEPSMOGELIJKHEDEN

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

Het verzoekschrift wordt ingediend op de griffie van het gerecht in hoger beroep in zoveel exemplaren als er betrokken partijen zijn. Het verzoekschrift bevat, op straffe van nietigheid, de vermeldingen van 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.

A. Desmedt
Lid van de Raad

C. Cuvellez
Lid van de Raad

C. Rutten
Lid van de Raad

L. Hindryckx
Voorzitter van de Raad