

Ethische Commissie voor de telecommunicatie

**Ellipse Building - Gebouw C
Koning Albert II-laan 35
1030 BRUSSEL**

Beslissing nr. D-2013-06

**Betreffende Etri NV
(Ondernemingsnummer 0456.240.191)
Mede inzake Myport BVBA
(Ondernemersnummer 0473.250.528)**

1. Voorwerp en procedurele voorgaanden

Deze beslissing betreft het dossier nr. D-2013-06 dat werd opgestart op eigen initiatief van de Ethische Commissie.

Voorafgaandelijk aan de behandeling van het dossier door de Ethische Commissie verklaarde de Jury voor Ethische Praktijken inzake Reclame (hierna "JEP") in haar beslissing van 30 januari 2013 zich onbevoegd om klachten aangaande de reclame voor de dienst inzake politiecontroles te behandelen. JEP verwees evenwel expliciet naar de bevoegdheid terzake van de Ethische Commissie (**stuk 3 dossier van het secretariaat**):

"De Jury is in casu van oordeel dat zij in de onmogelijkheid verkeert om zich in dit dossier uit te spreken over de toelaatbaarheid van de reclame voor de betrokken dienst zonder zich daarbij tevens eerst en vooral uit te spreken over de toelaatbaarheid van de dienst zelf waarvoor reclame wordt gemaakt, wat echter buiten haar bevoegdheid valt.

De Jury heeft er tevens nota van genomen dat het toezicht op de naleving van de bepalingen van het op dergelijke diensten betrekking hebbende Koninklijk besluit van 9 februari 2011 tot vaststelling van de Ethische Code voor de telecommunicatie met name is toevertrouwd aan de Ethische Commissie voor de telecommunicatie."

De vaststelling van een mogelijke inbreuk op artikel 7, 4° van het KB van 9 februari 2011 tot vaststelling van de Ethische Code voor de telecommunicatie (hierna "de vaststelling") werd per aangetekende brief met ontvangstmelding van 26 maart 2013 (**procedurestuk 1**) voor schriftelijk verweer toegezonden aan Etri NV, zijnde de dienst aanbieder voor de betalende SMS nummers 9336 en 9337 volgens de verklaring van KPN Group dienaangaande (**stuk 4 dossier van het secretariaat**).

Bij brief van 28 maart 2013 van Meester T. Van de Gehuchte, raadsman van Etri NV in dit dossier, werd gevraagd de termijn om het schriftelijk verweer aan het secretariaat van de Ethische Commissie over te maken, te verlengen met 10 dagen (**procedurestuk 2**). Het uitstel werd toegekend (**procedurestuk 3**).

Bij aangetekend schrijven van 30 april 2013 maakt ETRI NV haar schriftelijk verweer over aan het secretariaat van de Ethische Commissie (**procedurestuk 4**).

Het verslag van het secretariaat van 7 juni 2013 met opgave van alle stavende stukken (genummerd van 1 tot en met 11) werd per brief van 10 juni 2013 (**procedurestuk 5**) overgemaakt.

Ter zitting van 29 augustus 2013 wordt een "synthesememorie" neergelegd voor zowel de partij BVBA Myport als de N.V. Etri. De ingeroepen stukken zijn geïnventariseerd en opgelijst van 1 tot en met 6.

Het proces-verbaal van de zitting van 29 augustus werd op 3 september opgemaakt (**procedurestuk 8**).

2. Feiten

Zoals blijkt uit de stukken 1 en 2 bij de vaststelling, gebruikt Etri NV de betalende SMS nummers 9336 en 9337 om per betaalSMS waarschuwingen toe te sturen inzake snelheidscontroles en alcoholcontroles aan de eindgebruikers die op de betrokken abonnementsdienst hebben ingeschreven.

Uit de stukken 1 en 2 bij de vaststelling prijst Etri NV deze diensten aan met het argument dat met deze sms service boetes wegens inbreuken op de verkeerswetgeving kunnen vermeden worden (zie stuk 1: “*Gedaan met vervelende boetes.*”) of wettelijke verkeerscontroles kunnen vermeden worden (zie stuk 2: “*Ben je een nuchter mens die 's nachts niet wil aanschuiven bij een alcoholcontrole [...]*”).

3. Ten laste gelegde overtredingen

Aan Etri wordt verweten artikel 7,4° van de Ethische Code overtreden te hebben.

Artikel 7, 4° van de Ethische Code bepaalt:

*“De betalende diensten en de reclame ervoor mogen niet van die aard zijn dat ze:
(...)*

4° een persoon helpen om wettelijke controles ter bevordering van de veiligheid, waaronder de verkeersveiligheid, te omzeilen”

4. Standpunt van het secretariaat

4.1. Advies van het secretariaat betreffende het verweten feit en de inbreuk

4.1.1. Etri NV dient aangeduid te worden als dienstenaanbieder

Vooreerst dient de Ethische Commissie volgens het secretariaat te beslissen dat Etri NV de persoon is die in casu de betalende dienst via het elektronische communicatienetwerk in de zin van artikel 134, §2 WEC aanbiedt en aldus verantwoordelijk is voor de verweten inbreuken op de Ethische Code via het gebruik van de betalende SMS - nummer 9336 en 9337.

Dienaangaande dient gewezen te worden op de e-mail van KPN Group van 11 maart 2013 waarin een opsomming wordt gegeven van de verkorte nummers die door Etri NV worden gebruikt, waaronder de betalende SMS-nummers 9336 en 9337 (**stuk 4 dossier van het secretariaat**).

Dat Etri NV de dienstenaanbieder is voor de betalende SMS nummers 9336 en 9337, blijkt eveneens uit de publieke databases van aanbieders van elektronische communicatiediensten. Deze verwijzen bovendien naar het telefoonnummer en een e-mail adres van Etri NV voor wat betreft de klantendienst inzake deze short codes (**stuk 5 dossier van het secretariaat**).

Het secretariaat merkt tenslotte op dat Etri NV - met BTW nummer 0456.240.191 en maatschappelijke zetel te X. Decocklaan 49/1 te 9831 Deurle en met zaakvoerder V. Parisis – als dienstenaanbieder wordt aangeduid in de door Etri NV gemaakte publiciteit (en niet MyPort - met BTW nummer 0473.250.528 en maatschappelijke zetel te X. Decocklaan 49/1 te 9831 Deurle en met manager V. Parisis):

- Inzake het betalende SMS nummer 9336 vermeldt de web site van Etri NV (<http://www.etri.be>) dat voor wat betreft de dienst “preventie info” (voorheen “politiecontroles” genaamd) dat voor deze dienst dit betalend SMS nummer van toepassing is (**screen shot als stuk 6 dossier van het secretariaat**) ;



PREVENTIE INFO

Gedaan met vervelende boetes, want met deze sms-service blijf je steeds op de hoogte van alle actuele preventie campagnes. Een goed geïnformeerde chauffeur is immers een betere chauffeur.

INSCHRIJVEN

Voor provincie **Oost-Vlaanderen**, zend ALCOOVL naar 9336 (€ 1/SMS)

Voor provincie **West-Vlaanderen**, zend ALCOWVL naar 9336 (€ 1/SMS)

Voor provincie **Antwerpen**, zend ALCOANT naar 9336 (€ 1/SMS)

Voor provincie **Brabant**, zend ALCOBRA naar 9336 (€ 1/SMS)

Voor provincie **Limburg**, zend ALCOLIM naar 9336 (€ 1/SMS)

Vervolgens stuur je **OK** naar 9336 ter bevestiging.

- Tijdens het promotiefilmpje voor de SMS dienst inzake alcoholcontrole dat door Etri NV als stuk 2 wordt toegevoegd aan haar verweerschrift komt de naam Etri prominent in beeld.
- Inzake het betalende SMS nummer 9337 vermeldt de reclameboodschap op de web site www.hln.be onderaan: "SMS dienst van Etri NV. €0.75/sms. Uitschrijven op deze dienst? Zend de code, gevolgd door STOP, naar 9337" (**screenshot als stuk 7 dossier van het secretariaat**).

GLAASJE OP? LAAT JE RIJDEN!

Ben je een nuchter mens die 's nachts niet wil aanschuiven bij een alcoholcontrole, dan hebben we de ideale oplossing. Wij brengen je namelijk per sms op de hoogte van alle alcoholcontroles uit jouw buurt!

Hieronder vind je de regiocode's:

REGIO	CODE
Vlaanderen	ALCOVLA
Wallonië	ALCOWAL
Brabant	ALCOBRA
Antwerpen	ALCOANT
Limburg	ALCOLIM
Oost-Vlaanderen	ALCOOVL
West-Vlaanderen	ALCOWVL
Henegouwen	ALCOHEN
Luik	ALCOLUI
Luxemburg	ALCOLUX
Namen	ALCONAM

Ontdek ook onze andere sms-dienst:  [Flitscontroles via sms](#)



*Als je ingeschreven bent, ontvang je tijdens het weekend (vrijdag en zaterdag) en op feestdagen een link naar de wapsite toegestuurd via 9337 (€1,50/sms). Op die wapsite, die actief is van middernacht tot 8 uur 's morgens, kun je gratis alle aangekondigde en onaangekondigde

alcoholcontroles bekijken. Je vindt er ook interessante informatie over de gevaren van alcohol in het verkeer. SMS dienst van Etri NV. €0,75/sms. Uitschrijven op deze dienst? Zend de code, gevolgd door STOP, naar 9337 (€0,75/sms).

Hieruit blijkt dat door het gebruik van de SMS korte nummers 9336 en 9337 een dienst van Etri NV wordt aangekocht.

Dat de boekhoudkundige verplichtingen ten aanzien van Paratel NV voldaan worden door MyPort, doet aan deze vaststellingen geen afbreuk.

4.1.2. Toetsing van de dienst aangeboden door Etri NV aan het juridisch kader

a. Algemeen: toepassing artikel 7,4° Ethische Code

Voor het secretariaat moet de betalende dienst die Etri NV via de SMS korte nummers 9336 en 9337 aanbiedt gekwalificeerd te worden als een betalende dienst, die van die aard is dat ze een persoon helpt om wettelijke controles ter bevordering van de veiligheid, waaronder de verkeersveiligheid, te omzeilen (artikel 7,4° Ethische Code).

De dienst bestaat erin de gebruiker toe te laten wettelijke snelheids- en alcoholcontroles te omzeilen waardoor sancties ten gevolge van dronken rijden of overdreven snelheid kunnen vermeden worden. Zo prijst Etri NV haar waarschuwingsdienst voor snelheids- en alcoholcontroles aan met het argument dat met deze sms service komaf kan gemaakt worden met boetes.

Getuige hiervan de web site van Etri NV waar onder de rubriek "preventie info" (ten tijde van de vaststelling genaamd "politie controle") volgende boodschap vermeld wordt: "**Gedaan met vervelende boetes, want met deze sms-service blijf je steeds op de hoogte van alle actuele preventie campagnes. Een goed geïnformeerde chauffeur is immers een betere chauffeur**" (screen shot als stuk 6 dossier van het secretariaat).



PREVENTIE INFO

Gedaan met vervelende boetes, want met deze sms-service blijf je steeds op de hoogte van alle actuele preventie campagnes. Een goed geïnformeerde chauffeur is immers een betere chauffeur.

INSCHRIJVEN

Voor provincie **Oost-Vlaanderen**, zend ALCOOVL naar 9336 (€ 1/SMS)

Voor provincie **West-Vlaanderen**, zend ALCOWVL naar 9336 (€ 1/SMS)

Voor provincie **Antwerpen**, zend ALCOANT naar 9336 (€ 1/SMS)

Voor provincie **Brabant**, zend ALCOBRA naar 9336 (€ 1/SMS)

Voor provincie **Limburg**, zend ALCOLIM naar 9336 (€ 1/SMS)

Vervolgens stuur je **OK** naar 9336 ter bevestiging.

In haar verweer betoogt Etri dat "het doel van de sms-dienst er niet in bestaat om weggebruikers te helpen bij de omzeiling van wettelijke controles, maar daarentegen hoofdzakelijk een preventief oogmerk nastreeft. Hieruit volgt dat aan concludente geen sanctie kan worden opgelegd om de eenvoudige reden dat de voorwaarden van artikel 7,4° in zijner hoofde niet verenigd zijn. Er wordt immers niet aangetoond, en er valt ook niet in te zien op welke wijze zou kunnen worden aangetoond, dat er in hoofde van concludente het opzet bestaat om een omzeiling van wettelijke controles bij de eindgebruiker in de hand te werken."

Voor wat betreft het aspect "opzet" verwijst het secretariaat naar het verslag aan de Koning bij het KB van 9 februari 2011 tot vaststelling van de Ethische Code voor

telecommunicatie¹ waarin inderdaad wordt aangegeven dat de situaties waarin de dienst aanbieder daadwerkelijk het moreel opzet had om de strafwet te overtreden, zeldzaam geacht worden geacht, maar waarin tevens uitdrukkelijk wordt gespecificeerd dat de constitutieve elementen van de strafbepaling niet overeen komen met de constitutieve elementen van de inbreuk op de Ethische Code: voor het vaststellen van een inbreuk op de Ethische Code is geen opzet of kwade trouw vereist.

Voor wat betreft de verdere uitwerking van het preventie-aspect zou de Ethische Commissie een onderscheid kunnen maken tussen de waarschuwingsberichten voor snelheidscontroles en deze voor alcoholcontroles. Deze visie zou aansluiten bij de visie van de politie:

“Tine Hollevoet, woordvoester van de Federale Politie, erkent het probleem maar benadrukt dat je een onderscheid moet maken tussen alcoholcontroles en snelheidscontroles.” Voor ons primeert de verkeersveiligheid. Wij hebben er geen enkel probleem mee dat mensen snelheidscontroles aan elkaar doorgeven. Wij kondigen trouwens ook zelf een derde van onze snelheidscontroles aan. Als mensen weten dat er gecontroleerd wordt zullen ze zich aan de opgelegde snelheid houden en dat is uiteindelijk onze opzet.”

*“Bij alcoholcontroles ligt dat anders. Mensen gaan niet minder drinken, maar zoeken gewoon een andere route. We zijn geen voorstander van dit fenomeen, maar we kunnen er ook niet tegen optreden, omdat het niet strafbaar is om controles online kenbaar te maken. We zullen er hoe langer hoe meer rekening mee moeten houden, het is de realiteit.” (De Morgen, 18/12/2012, p.7 – **stuk 8 van het dossier van het secretariaat**)*

b. Waarschuwingsberichten voor snelheidscontroles

Naast haar eigen web site waarop Etri NV de waarschuwingsberichten via het verkorte nummer 9336 promoot, adverteert Etri NV eveneens op hln.be voor wat betreft het betalend sms nummer 9337 dat blijkt de advertentie zowel voor waarschuwingen inzake snelheids – als alcoholcontroles gebruikt wordt (**screenshot als stuk 9 van het dossier van het secretariaat**).

Voor wat betreft de snelheidscontroles ligt het accent in de advertentie louter op het feit dat via deze dienst boetes kunnen vermeden worden.



¹ Belgisch Staatsblad, 21 juni 2011, p. 36513 (onderaan) – 36514 (bovenaan)

SMS JE REGIODE NAAR 9337 >



Stap 1: Zoek hieronder de code op. bv: FLITSANT voor Antwerpen

Stap 2: Kies "Nieuw bericht" op je gsm.

Stap 3: Geef de code in.

Stap 4: Zend het bericht naar nummer 9337 (€0,75/sms).

Stap 5: Volg de aanwijzingen.

Stap 6: Uitschrijven? Zend de code, gevolgd door STOP, naar 9337 (€0,75/sms).

VERMIJD HOGE BOETES!

Weet altijd waar en wanneer er flitscontroles plaatsvinden in jouw regio. Hieronder vind je de regiocode's:

Het door Etri NV aangeduide preventie - aspect van haar dienst komt niet tot uiting in de publiciteit op de Etri NV web site en in de advertentie op www.hln.be.

Het secretariaat vestigt daarnaast de aandacht op volgende specifieke omstandigheden:

- De informatie waarop Etri NV zich baseert voor het melden van flitscontroles: het betreft enerzijds de door de politie aangekondigde acties en anderzijds data vergaard via andere kanalen zoals de (sociale) media.

Het secretariaat merkt dienaangaande evenwel op dat bij aangekondigde flitscontroles door de politie een ruime actieradius gehanteerd wordt: er wordt niet precies verteld waar de flitsers staan opgesteld, waardoor automobilisten binnen een groter geografisch gebied aandachtiger gaan rijden. Hierdoor zou er inderdaad sprake kunnen zijn van een preventief effect. Dit is niet of veel minder het geval wanneer gedetailleerde flitslocaties worden doorgegeven.

Dit is ook de visie van het BIVV die in het programma Volt van 23 januari 2013 erop wijst dat de door de politie – al dan niet via vallende sterren – aangekondigde snelheidscontroles verwijzen naar een grotere zone. Het BIVV, waarvan Etri NV stelt dat ze open staat voor verdere samenwerking met deze instantie, verklaart trouwens in dit programma geen geloof te hechten aan de sensibiliserende werking van waarschuwingen inzake flitscontroles (<http://www.een.be/programmas/volt/volt-vraag-geven-controleverklikkers-vrij-spel?page=1>).

- Het feit dat een vergelijkbare dienst, al dan niet betalend, ruim verspreid is (vb. Coyote, "vallende sterren" op de radio, info op sociale media).

Het secretariaat stipt aan dat de bevoegdheid van de Ethische Commissie evenwel beperkt is tot betalende diensten die via elektronische communicatienetwerken aangeboden worden.

c. Waarschuwingsberichten voor alcoholcontroles

- Waarschuwingsbericht via de verkorte sms nummers 3936 en 9337

Voor wat betreft alcoholcontroles verwijst Etri eveneens naar het volgens haar "preventieve effect" van dit soort berichten.

In haar verweer verwijst Etri NV naar een publiciteitsfilmpje voor de alcoholcontroles. In de TV spot wordt aangegeven dat de dienst aanbieder zich richt tot "*nuchtere chauffeurs die niet willen aanschuiven voor alcoholcontroles*" en staat naast het nummer 9336 in klein lettertype te lezen "*deze dienst is preventief en wenst niet aan te zetten tot rijden onder invloed*".

Etri NV illustreert het preventief aspect van dit soort berichten tevens met een afdruk van de site **www.verkeersnet.nl** waar in een bericht daterend van 23 oktober 2009 gewezen wordt op het effect van aangekondigde alcoholcontroles.

Hiermee wordt onterecht de indruk gewekt dat het gebruik van SMS berichten om chauffeurs te wijzen op alcoholcontroles in de buurt algemeen aanvaard is en zelfs aangemoedigd wordt in Nederland. Dit strookt niet met de realiteit.

Naar aanleiding van een reportage met als titel "Waarschuwen voor alcoholcontroles werkt preventief en redt levens - feit of fictie" in het Nederlandse opinieprogramma "Altijd wat" van 6 september 2011 (<http://www.uitzendinggemist.nl/afleveringen/1110489>) kwamen dergelijke blaasestwaarschuwingen in het oog van de storm terecht.

De bedenker van de dienst die erin bestaat om gratis via twitter en betalend via sms gewaarschuwd te worden waar alcoholcontroles plaatsvinden, werd door een journalist van het voormelde TV-programma gevraagd naar de reden waarom hij deze dienst ontwikkelde. Naar analogie met het verweer van Etri NV werd door de maker de preventieve werking van blaasestwaarschuwingen naar voor geschoven. Het Nederlandse Openbare Ministerie doet verder in het programma het preventie argument af als onzin, het OM ziet dit eerder als een middel om mensen er toe aan te zetten met alcohol achter het stuur te zitten. Volgend op het programma wordt in Nederland nu bekeken hoe dit soort diensten wettelijk kan verboden worden (zie bijvoorbeeld volgende artikelen: <http://nos.nl/op3/artikel/270685-pvda-waarschuwen-alcoholcontrole-mag-niet.html>; <http://www.nu.nl/internet/2365875/website-waarschuwing-alcoholcontroles-verwerpelijk-.html>).

- Thuisbrengservice via 070-nummer

De thuisbrengservice is een commerciële dienst die aangeboden wordt via een betaalnummer, namelijk een nummer met dienstidentiteit 70, en geënt is op een dienstverlening die strijdig is met artikel 7,4° van de Ethische Code.

Overeenkomstig artikel 48 van het koninklijk besluit van 27 april 2007 betreffende het beheer van de nationale nummeringsruimte en de toekenning en intrekking van gebruiksrechten voor nummers wordt de dienstidentiteit 70 gebruikt voor het aanbieden van betalende diensten via elektronische-communicatienetwerken, waarvan het eindgebruikerstarief aangerekend voor oproepen uitgaande van om het

even welk elektronische-communicatienetwerk, maximaal 30 eurocent per minuut bedraagt.

Artikel 20, lid 1 van de Ethische Code vereist dat alle reclame met betrekking tot een betalende dienst melding maakt van het hoogste eindgebruikerstarief dat in de sector van de elektronische communicatie toegepast wordt op een nationale oproep naar of communicatie met de betrokken betalende dienst.

Het secretariaat stelt vast dat voor de thuisbrengdienst reclame gemaakt wordt op de site <http://www.politiespotter.be/safety.html> zonder dat hierbij melding wordt gemaakt van het hoogste eingebruikertarief (**screenshot als stuk 10 van het dossier van het secretariaat**).

Bijgevolg adviseert het secretariaat aan de Ethische Commissie om eveneens een inbreuk op artikel 20 van de Ethische Code voor wat betreft de reclame voor de thuisbrengservice via het nummer 070/22.00.44, te weerhouden.

4.1.3. Verwerping van andere argumenten

Het argument van Etri NV dat de procedure voor de Ethische Commissie niet voldoet aan alle waarborgen van artikel 6 EVRM omdat de Ethische Commissie geen rechtbank is en omdat ze luidens Etri NV niet voldoet aan de eisen van onpartijdigheid en onafhankelijkheid, dient verworpen te worden.

Artikel 6.1 EVRM luidt:

“Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging heeft een ieder recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat bij de wet is ingesteld. De uitspraak moet in het openbaar worden gewezen maar de toegang tot de rechtszaal kan aan de pers en het publiek worden ontzegd, gedurende de gehele terechtzitting of een deel daarvan, in het belang van de goede zeden, van de openbare orde of nationale veiligheid in een democratische samenleving, wanneer de belangen van minderjarigen of de bescherming van het privé leven van procespartijen dit eisen of, in die mate als door de rechter onder bijzondere omstandigheden strikt noodzakelijk wordt geoordeeld, wanneer de openbaarheid de belangen van een behoorlijke rechtspleging zou schaden.”

Uit constante rechtspraak van het Europees Hof van Justitie volgt dat artikel 6 van het EVRM niet geschonden wordt als de rechtsonderhorige een beroep met volle rechtsmacht kan indienen bij een beroepsinstantie die wel voldoet aan de voorwaarden van artikel 6 EVRM:

« 58. En l'espèce, la sanction litigieuse n'a pas été infligée par un juge à l'issue d'une procédure judiciaire contradictoire, mais par l'AGCM. Si confier à des autorités administratives la tâche de poursuivre et de réprimer les contraventions n'est pas incompatible avec la Convention, il faut souligner cependant que l'intéressé doit pouvoir saisir de toute décision ainsi prise à son encontre un tribunal offrant les garanties de l'article 6 (Kadubec v. Slovaquie, 2 septembre 1998, § 57, Recueil des arrêts et décisions 1998-VI, et Čanádý c. Slovaquie, no 53371/99, § 31, 16 novembre 2004).

59. Le respect de l'article 6 de la Convention n'exclut donc pas que dans une procédure de nature administrative, une « peine » soit imposée d'abord par une autorité administrative. Il suppose cependant que la décision d'une autorité administrative ne remplissant pas elle-même les conditions de l'article 6 § 1 subisse le contrôle ultérieur d'un organe judiciaire de pleine juridiction (Schmautzer, Umlauf, Gradinger, Pramstaller, Palaoro et Pfarrmeier c. Autriche, arrêts du 23 octobre 1995, série A nos 328 A-C et 329 A-C, respectivement §§ 34, 37, 42 et 39, 41 et 38). Parmi les caractéristiques d'un organe judiciaire de pleine juridiction figure le pouvoir de réformer en tous points, en fait comme en droit, la décision entreprise, rendue par l'organe inférieur. Il doit notamment avoir compétence pour se pencher sur toutes les questions de fait et de droit pertinentes pour le litige dont il se trouve saisi (Chevrol c. France, no 49636/99, § 77, CEDH 2003-III, et Silvester's Horeca Service c. Belgique, n° 47650/99, § 27, 4 mars 2004). »²

Vrij vertaald als volgt :

"58. In het onderhavige geval is de betwiste sanctie niet opgelegd door een rechter na een gerechtelijke procedure op tegenspraak, maar door de AGCM.

Hoewel aan een administratieve overheid de taak toevertrouwen om overtredingen te vervolgen en te beteugelen niet onverenigbaar is met het Verdrag, moet toch worden onderstreept dat de betrokkene de beslissing die aldus tegen hem is genomen aanhangig moet kunnen maken bij een rechtbank die de garanties biedt van artikel 6 (Kadubec v. Slovaquie, 2 september 1998, § 57, Recueil des arrêts et décisions 1998-VI, en Čanády c. Slovaquie, nr. 53371/99, § 31, 16 november 2004).

59. De naleving van artikel 6 van het Verdrag sluit dus niet uit dat er in een procedure van administratieve aard, eerst een "boete" wordt opgelegd door een administratieve overheid.

Er wordt echter wel verondersteld dat de beslissing van een administratieve overheid die op zich niet voldoet aan artikel 6, § 1, later wordt gecontroleerd door een gerechtelijk orgaan met volle rechtsmacht (Schmautzer, Umlauf, Gradinger, Pramstaller, Palaoro en Pfarrmeier v. Oostenrijk, arresten van 23 oktober 1995, reeks A nrs 328 A-C en 329 A-C, respectievelijk §§ 34, 37, 42 en 39, 41 en 38).

Een van de kenmerken van een gerechtelijk orgaan met volle rechtsmacht is het feit van de genomen beslissing die door het lagere orgaan is genomen op alle punten te kunnen wijzigen, in feite en in rechte.

Het moet met name de bevoegdheid hebben om zich te buigen over alle relevante vragen in feite en in rechte voor de betwisting die eraan is voorgelegd (Chevrol c. France, nr. 49636/99, § 77, CEDH 2003-III, en Silvester's Horeca Service c. Belgique, nr. 47650/99, § 27, 4 maart 2004)"

Overeenkomstig artikel 2 van de wet van 6 juli 2005 betreffende sommige juridische bepalingen inzake elektronische communicatie kunnen de beslissingen van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie het voorwerp uitmaken van een beroep met volle rechtsmacht bij het hof van beroep te Brussel.

4.1.4. Conclusie betreffende de inbreuk en het verweten feit

Het secretariaat adviseert de Ethische Commissie dan ook om de in de vaststelling verweten feiten en inbreuk te weerhouden en aldus te beschouwen dat de betalende

² EHRM 27 september 2011 in de zaak Menarini Diagnostics v. Italië. In dezelfde zin: EHRM 21 mei 2003 in de zaak Janosevic v. Zweden, randnr. 81; EHRM 24 februari 1991 in de zaak Bendenoun v. Frankrijk, randnr. 46.

diensten van Etri die erin bestaan ingeschreven abonnees te waarschuwen voor wettelijke alcohol- en snelheidscontroles door gebruik te maken van de SMS korte nummers 9336 en 9337 in strijd is met artikel 7,4° van de Ethische Code.

De Ethische Commissie zou in haar beslissing evenwel het onderscheid kunnen maken tussen de betalende waarschuwingdiensten inzake enerzijds alcoholcontroles en anderzijds snelheidscontroles. Voor wat betreft de snelheidscontroles gebruikt de dienst deels informatie vrijgegeven door de politie, dit is niet het geval voor de alcoholcontroles.

Voor wat betreft de terugbrengservice stelt het secretariaat vast dat de publiciteit hieromtrent nalaat overeenkomstig artikel 20 lid 1 van de Ethische Code melding te maken van het hoogste eindgebruikerstarief voor deze dienst. Het secretariaat adviseert om Etri NV bijkomend voor deze inbreuk te sanctioneren.

4.2. Advies van het secretariaat betreffende de ernst van de inbreuken en het al dan niet opzettelijk karakter ervan

4.2.1. Ernst van de overtreding

a. Aangaande de inbreuk op 7,4° van de Ethische Code

Het secretariaat is van oordeel dat inbreuken op artikel 7,4° van de Ethische Code van nature uit beschouwd moeten worden als ernstig.

Het secretariaat merkt op dat artikel 7,4° is gesitueerd in de afdeling “Wettelijkheid en ethiek” van het Hoofdstuk 3 “Algemene regels inzake de wettelijkheid, ethiek, eerlijkheid en transparantie van betalende diensten via elektronische communicatienetwerken” van de Ethische Code. Een dienst die niet voldoet aan de vereisten vastgelegd in die afdeling is ontoelaatbaar en mag dus niet aangeboden worden.

Bovendien behaalt Etri uit die ontoelaatbare dienst financiële inkomsten die nooit aan de eindgebruiker aangerekend hadden mogen worden. In die zin is de inbreuk volgens het secretariaat minstens even ernstig als het aanrekenen van foutieve tarieven, wat in beslissing n° D-2012-08 inzake MECE beschouwd werd als een ernstige inbreuk.

Bijkomend suggereert het secretariaat dat het argument van Etri NV dat de onderneming geenszins de gebruiker misleidt of in zijn rechtmatige belangen schaadt, genuanceerd dient te worden rekening houdende met een klacht van een gebruiker van 14 december 2012 die er niet in slaagt de dienst van Etri NV geleverd via het verkort SMS nummer 9337 stop te zetten ondanks het herhaaldelijk versturen van een “stop” bericht aan Etri NV (**stuk 11 van het dossier van het secretariaat**).

b. Aangaande de inbreuk op artikel 20 van de Ethische Code

In sectie 5 van de beslissing Carmax.be bvba, op 21 december 2011 uitgevaardigd in dossier D-2011-02³, stelde de Ethische Commissie onder meer:

³ Zie www.telethicom.be – rubriek “Officiële publicaties” – “Beslissingen”

“Door de niet of gebrekkige vermelding van het tarief voor het gebruik van het bewuste betaalnummer wordt de gebruiker essentiële informatie onthouden. Elke informatie aangaande de kosten die hij kan ondergaan, is van primordiaal belang.”

Doordat het tarief voor het betalende nummer via hetwelk een beroep kan gedaan worden op de thuisbrengservice niet wordt vermeld in de reclame hierover, wordt essentiële informatie aan de gebruiker onthouden.

Het secretariaat aanziet deze inbreuk dan ook als ernstig.

4.2.2. Opzettelijk karakter

Het secretariaat vindt in het thans voorliggende dossier geen overtuigende elementen die wijzen op een opzet in hoofde van Etri.

4.2.3. Conclusie betreffende de ernst van de inbreuk en de opzet

Gelet op het voorgaande stelt het secretariaat voor dat de Ethische Commissie de inbreuken kwalificeert als **ernstige** inbreuken, waarvan **niet** bewezen is dat ze **opzettelijk** werden gepleegd.

4.3. Advies van het secretariaat betreffende de sanctie

4.3.1. Kwalificatie van de inbreuk als herhaaldelijk

De in de vaststelling aangestipte inbreuk en de vervolgens vastgestelde inbreuk op artikel 20 van de Ethische Code voor wat betreft het betalende nummer voor de thuisbrengservice, zijn volgens het secretariaat niet te beschouwen als herhaalde inbreuken, gezien de inbreuken nog niet eerder werden vastgesteld in een eindbeslissing van de Ethische Commissie.

4.3.2. Kwalificatie van de inbreuk als zwaar

a) De inbreuk op artikel 7,4° van de Ethische Code

Zoals hierboven aangestipt haalt Etri uit de ontoelaatbare dienst financiële inkomsten die nooit aan de eindgebruiker aangerekend hadden mogen worden.

Dit laat toe om de inbreuk, naast ernstig, zo nodig, aan te merken als zwaar.

In een beoordeling *in concreto* zou de inbreuk eventueel afgezwakt kunnen worden als zijnde “niet” (zo) “zwaar”, indien zou blijken dat die een geringe financiële impact op de eindgebruikers gehad zou hebben.

Er zijn in dit dossier evenwel nog geen gegevens voorhanden om de financiële impact van de inbreuk te beoordelen.

Het secretariaat vraagt **op grond van artikel 5 van de Ethische Code** aan Etri dan ook om **in zijn (schriftelijke) replek op dit verslag de precieze cijfers over te leggen in verband met:**

1. Het aantal abonnees dat op het einde van iedere maand in de periode 1 juli 2011⁴ – 31 mei 2013 geabonneerd was op de diensten geleverd aan de hand van de SMS korte nummers 9336 en 9337;
2. Het aantal betalende SMS'en dat er werd verstuurd vanuit en naar de SMS korte nummers 9336 en 9337 voor waarschuwingen voor (a) alcoholcontroles en (b) snelheidscontroles gedurende de periode 1 juli 2011⁵ – 31 mei 2013. Geef telkens het totaal en splits de cijfers ook op per maand;
3. De omzet die gedurende die periode uit het in punt 2. vermelde verkeer gehaald werd. Geef het totaal en splits de cijfers ook op per maand.

b) De inbreuk op artikel 20 van de Ethische Code

Door het niet-naleven van artikel 20 van de Ethische Code voor wat betreft het betalende nummer voor de thuisbrengservice is er onmiskenbaar een financiële impact op de eindgebruikers gezien zij niet ingelicht worden over de kost van deze betalende dienst.

Dit laat toe om de inbreuk, naast ernstig, zo nodig, aan te merken als zwaar.

Ook in verband met deze dienst vraagt het secretariaat **op grond van artikel 5 van de Ethische Code** aan Etri om in zijn (schriftelijke) repliek op dit verslag de precieze cijfers over te leggen in verband met:

1. Het aantal minuten verkeer naar het nummer 070 22 00 40 gedurende de periode 1 juli 2011⁶ – 31 mei 2013. Geef het totaal en splits de cijfers ook op per maand.
2. De omzet die Etri gedurende die periode uit het in punt 1. vermelde verkeer haalde. Geef het totaal en splits de cijfers ook op per maand.

dit om de Ethische Commissie toe te laten in concreto te oordelen dat de inbreuken, desgevallend als “niet zwaar” te beschouwen zijn.

4.3.3. Conclusie betreffende de sanctie

Gelet op het voorgaande, is het volgens het secretariaat mogelijk de inbreuken aan te merken als **zwaar**.

De mogelijke sancties in die omstandigheden zijn het opleggen van:

- 1° een administratieve geldboete ten belope van 250 tot 250.000 euro;
- 2° een schorsing van de betrokken diensten tot één jaar;
- 3° de opheffing van de betrokken dienst;

⁴ 1 juli 2011 is de datum waarop het grootste deel van de bepalingen van de Ethische Code van kracht werden.

⁵ 1 juli 2011 is de datum waarop het grootste deel van de bepalingen van de Ethische Code van kracht werden.

⁶ 1 juli 2011 is de datum waarop het grootste deel van de bepalingen van de Ethische Code van kracht werden.

4° het verbod om nieuwe diensten aan te bieden.

4.4. Advies van het secretariaat in verband met andere modaliteiten van de definitieve beslissing van de Ethische Commissie

Artikel 134, §2, tweede lid, van de wet van 13 juni 2005 bepaalt: “*De Ethische Code voor de telecommunicatie stelt eveneens de nadere regels vast volgens dewelke de operatoren hun medewerking verlenen [...] aan de uitvoering van de beslissingen van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie.*”

De bepalingen van de Ethische Code die, op dit moment, die passage van artikel 134 van de wet van 13 juni 2005 uitvoeren, zijn de artikelen 101 en 102 van de Ethische Code.

Artikel 32, § 2, eerste lid, van het koninklijk besluit van 1 april 2007 betreffende de procedure voor en de praktische regels in verband met de werking van de Ethische Commissie voor het aanbieden van betalende diensten via elektronische-communicatienetwerken, bepaalt dan weer dat de beslissingen van de Ethische Commissie voor de telecommunicatie per aangetekend schrijven worden verstuurd “aan de betrokken partijen”.

Om het rechtsherstel te bevorderen dat, overeenkomstig artikel 134, §3, laatste lid, van de wet van 13 juni 2005, op de sanctiebeslissing van de Ethische Commissie moet volgen⁷, zou de Ethische Commissie in haar definitieve besluit:

1. de bedragen die ten onrechte door de vastgestelde inbreuken werden verkregen kunnen aanduiden en/of omschrijven
2. het secretariaat kunnen gelasten om ook aan de partijen die tussenkwamen in de facturatie van (a) berichten van en naar de nummers 9336 en 9337 en van (b) verkeer naar het nummer 070 22 00 40 een kopie van het definitieve besluit te richten.

Wat betreft de sms-nummers zou hier met name gaan om de mobiele netwerkoperatoren⁸ Belgacom, Mobistar, KPN Group Belgium en Telenet.

Wat betreft het 070-nummer zou het gaan om de operatoren van wie Belgacom, de titularis van het nummer 070 22 00 40 volgens www.1299.be, oproepen ontving.

5. Standpunt van Etri NV

5.1. Aangaande de feiten

- a. *Inzake de inbreuk op de Ethische Code in hoofde van Etri NV*

⁷ Dat rechtsherstel bestaat uit de terugbetaling “*via de betrokken operatoren en binnen dertig dagen te rekenen vanaf de kennisgeving van de uitspraak*” van de bedragen die van de benadeelde of benadeelden verkregen werden ten gevolge van de vastgestelde inbreuk.

⁸ De connectiviteitsprovider in dit dossier is volgens de verklaringen van Etri de NV Paratel.

Etri NV stelt de weerhouden de betalende SMS nummers 9336 en 9337 niet te gebruiken en verwijst daarvoor naar overtuigingsstuk 3 bij haar verweerschrift waarin NV Paratel verklaart dat de boekhoudkundige afhandeling voor deze nummers gebeurt via MyPort BVBA met maatschappelijke zetel te 9831 Sint-Martens Latem, Xavier de Cocklaan 49.

b. Inzake de weerhouden betaaldiensten

Etri NV benadrukt dat de SMS diensten die waarschuwen voor snelheids - en alcoholcontroles uitgaan van een preventieve werking van het vooraf meedelen van deze controles. Er wordt daarvoor ondermeer gewezen op het feit dat de politie ook zelf vooraf snelheidscontroles bekendmaakt.

Inzake haar waarschuwingdienst voor alcoholcontroles wijst Etri NV op de organisatie van een thuisbrengdienst (070/22 00 40) gekoppeld aan de waarschuwingdienst. Etri NV benadrukt het preventieve effect van dergelijke sms-berichten – ook voor alcoholcontroles - en stelt hierin gesteund te worden door buitenlands onderzoek.

Etri NV wijst onder meer op het belang dat ze hecht aan het respecteren van de verkeersregels in haar communicatie naar het publiek. De onderneming stelt geenszins tot doel te hebben weggebruikers te helpen bij het omzeilen van wettelijke controles, wat volgens Etri NV noodzakelijk is om een dienst als onwettig te beschouwen in de zin van artikel 7,4° van de Ethische Code.

5.2. In rechte

a. Inzake de bevoegdheid van de Ethische Commissie om een straf op te leggen

Etri NV haalt aan dat de sancties voorzien in artikel 134, §3 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna “WEC”) moeten aanzien worden als straffen in de zin van artikel 6 EVRM waardoor aan alle waarborgen van artikel 6 EVRM moet worden voldaan.

Dit is volgens Etri NV niet het geval omdat:

- de Ethische Commissie geen rechtbank is;
- de Ethische Commissie niet voldoet aan de eisen van onpartijdigheid en onafhankelijkheid: door haar samenstelling biedt zij niet dezelfde waarborgen als beroepsmagistraten.

b. Inzake de verwijtbaarheid van de gedragingen van Etri

Etri NV wijst op eerdere uitspraken van de Ethische Commissie waarin wordt uitgegaan van de aard van de overtreding en de invloed ervan op de belangen van de eingebruikers om de ernst van de inbreuk te beoordelen. Dienaangaande verklaart Etri NV dat de belangen van de eindgebruikers niet geschaad worden. Voorts wordt herhaald dat Etri NV met haar waarschuwingdiensten in hoofdzaak een preventief oogmerk nastreeft en geen opzet aanwezig is.

In het verweerschrift wordt tevens gewezen op het feit dat een vergelijkbare dienst ook via andere kanalen wordt aangeboden die niet worden gevisieerd door de wetgever en op het feit dat de Ethische Commissie meer dan 2 jaar na de afkondiging van de Ethische Code wachtte om de waarschuwingdiensten van Etri NV te onderzoeken.

Tot slot stipt Etri NV aan dat via de betrokken betalende nummers eveneens informatie wordt meegedeeld aangaande o.a. wegversperringen, vaste snelheidsmeting en “mogelijke” controles op “populaire” controleplaatsen en dat ook informatie wordt doorgegeven vanuit publieke en door de wetgever zonder meer toegestane bronnen waarvan de inhoud vrij moet kunnen circuleren (door de politie zelf bekend gemaakte controles, “vallende sterren” op de commerciële radiostations, op sociale media ter beschikking gestelde informatie etc).

Aan de Ethische Commissie wordt gevraagd om uitdrukkelijk aan te geven op welke soort informatie (bron) deze inbreuk dan betrekking zou hebben en de precieze aard en draagwijdte van de inbreuk te specificeren.

5.3. Betreffende de eventuele sanctie

Etri NV stelt dat de door haar aangeboden dienst in geen enkel opzicht het oogmerk heeft om de gebruiker te misleiden of zijn rechtmatige belangen aan te tasten.

Tevens ziet Etri NV geen redelijke verantwoording om welke reden een betalende sms-dienst een sanctie zou kunnen worden opgelegd, terwijl personen die kosteloos exact dezelfde informatie aanbieden aan de eindgebruiker, geen sanctie kunnen worden opgelegd

Etri NV verzoekt de Ethische Commissie minstens om te oordelen dat er geen sprake is van een ernstige of opzettelijke inbreuk en de minimale sanctie van 125 EUR op te leggen.

5.4. Bijkomend verweer verwoord ter zitting

Ter zitting worden nog bijkomende argumenten naar voor gebracht die in essentie zijn weergegeven in het proces-verbaal van de zitting en in de neergelegde syntheseconclusie.

In essentie wordt aangevoerd dat het verslag van het secretariaat en de daarbij gevoegde bijkomende stukken uit de debatten moeten geweerd worden. Tevens wordt geweigerd in te gaan op het verzoek tot voorlegging van de precieze cijfers over het telefoonverkeer. Ter zake dient verwezen te worden naar de synthesememorie en het proces-verbaal van 3 september 2013.

6. Oordeel van de Ethische Commissie

De eerste en belangrijkste vraag is te weten of de aangeboden betalende dienst al dan niet valt onder de verbodsbepaling van het artikel 7, 4° van de Ethische Code zoals vastgelegd bij het KB van 9 februari 2011. Daarin wordt aangegeven dat een betalende dienst en de reclame niet van aard mogen zijn om een persoon te helpen om wettelijke controles ter bevordering van de veiligheid, waaronder de verkeersveiligheid, te omzeilen.

De Ethische commissie is van oordeel dat de voorgestelde dienstverlening onbetwistbaar van aard is om dergelijke wettelijke controles te omzeilen. De mogelijkheid dat een dergelijke aankondiging een ontradend effect zou kunnen hebben doet daar op zich niets van af. Hetzelfde geldt voor de eventuele bedoelingen of intenties die de nv Etri uitspreekt. De Ethische commissie dient zich over de door de gedaagde aangebrachte positieve effecten niet uit te spreken : het komt haar enkel en alleen toe al dan niet vast te stellen of de aangeboden dienst kan “helpen om wettelijke controles ter bevordering van de veiligheid...te omzeilen”. Niet meer of niet minder. En dit is onmiskenbaar het geval : door de aangeboden informatie kan de klant de aangegeven controle vermijden. De aangeboden dienst is niet een die preventieve raad of bijstand levert maar wel de locatie meldt van politiecontrole (snelheid dan wel alcohol controle). De nv Etri verkoopt onmiddellijk bruikbare informatie voor wie dergelijke controle wil ontlopen of omzeilen. Op zich is dat voldoende om te besluiten dat deze bepaling van de Ethische code wordt overtreden.

Overigens valt moeilijk in te zien welke diensten wel nog onder de verbodsbepaling van artikel 7,4° van de Ethische Code zou kunnen vallen als de betrokken dienstverlening zou worden beschouwd als verenigbaar.

Een tweede vraag die door de nv Etri wordt opgeworpen is de vraag of de Ethische Commissie enige rechtsmacht heeft en onder meer de door de wet elektronische communicatie van 13 juni 2005 opgelegde sancties kan uitspreken. Het komt de Ethische Commissie, als wettelijk geconstitueerd orgaan van actief bestuur evenwel niet toe haar bestaan en in het bijzonder haar jurisdictie in vraag te stellen. Enkel het Grondwettelijk Hof en in zekere mate de Hoven en rechtbanken zijn daartoe bevoegd. Louter ter inlichting wil de Ethische Commissie er toch op wijzen dat administratieve rechtshandhaving en de daaraan verbonden administratieve sancties, naast of met strafrechtelijke afdoening, een vaste plaats heeft gekregen in het Belgische en Europese bestuursrecht (zei ter zake “Administratieve sancties in België, Luxemburg en Nederland”, verslag van het colloquium van de Raden van State van de Benelux en van het administratief Hof van Luxemburg, 21 oktober 2011 en de daarin aangehaalde jurisprudentie en doctrine).

In het kader van de algemene rechtsbeginselen en deze van behoorlijk bestuur in het bijzonder dient de Ethische Commissie uiteraard niet alleen haar wettelijk voorziene opdracht en administratieve rechtsmacht uit te oefenen maar kan zij ook, binnen die wettelijke en reglementaire grenzen, nagaan of de procedure en de door haar uit oefenen maatregelen en sancties, verstaanbaar zijn met deze algemene rechtsbeginselen. Daarom werd tijdens de hoorzitting gevraagd om deze algemene kritiek te concretiseren en aan te geven hoe en waarom de rechten van de verdediging geschonden werden. Daarop werd geen gespecificeerd antwoord gegeven.

De rechten van de verdediging werden gewaarborgd. De nv Etri werd tijdig in kennis gesteld van de tenlastelegging, ook deze betreffende het betalende nummer 070, alsook van de stavende stukken. Blijkens de "synthesememorie" die mede voor de nv Etri werd neergelegd blijkt duidelijk dat alle door het secretariaat aangebrachte elementen konden onderzocht worden en beantwoord werden.

Er is dan ook géén enkele reden om de vraag van de nv Etri om het verslag van het secretariaat en de daarbij gevoegde stukken uit de debatten te weren. Van het secretariaat mag worden verwacht dat een zo volledig mogelijk verslag wordt opgemaakt die alle feitelijke elementen nagaat en ook de juridische afhandeling ervan in kaart brengt. Het komt aan de Ethische commissie toe om, met respect voor de fundamentele rechtsbeginselen in het algemeen en de rechten van de verdediging in het bijzonder, te beslissen in het kader dat door de wet-en regelgeving wordt uitgezet.

Een derde vraag die zich stelt is de verklaring van de NV Etri dat niet zij maar wel een andere rechtspersoon MyPort waardoor de mogelijke inbreuk op de Ethische code niet aan de NV Etri kan verweten worden. De Ethische Commissie kan hier niet anders dan kennis te nemen van de vaststellingen die door het secretariaat werd gedaan wanneer deze de dienstenaanbieder heeft moeten identificeren. Deze feitelijke elementen zijn opgelijst in het verslag van het secretariaat waarbij telkens ook verwezen wordt naar de stavende stukken (blz . 5 en 6). De Ethische Commissie stelt vast dat op grond van deze vaststellingen niets laat vermoeden dat het niet zou gaan om diensten die verleend en betaald worden aan de nv Etri, welintegendeel. Zowel in de externe communicatie via reclame of website over de SMS nummers 9336 en 9337 wordt telkens Etri vermeldt. Ook de operatoren (artikel 3 van de Ethische Code) kennen voor deze beide nummers enkel de nv Etri. Dat contractueel andere afspraken gelden doet niets af aan deze vaststellingen. Naar de buitenwereld, consument, operatoren en toezichthouder worden deze SMS nummers beheerd door de nv Etri. Dat de bvba MyPort alle inkomsten afhandelt doet niets af van deze vaststelling. Het voorgebrachte stuk 3 zegt niets over de verdere financiële verwerking van deze ontvangsten nadat deze door MyPort werden ontvangen. Een achterliggende contractuele constructie die in principe inter partes geldt doet niets af aan wat voor het publiek, daaronder ook begrepen de toezichthoudende regulatoren, zoals de Ethische Commissie, wordt bekend gemaakt.

Anderzijds staat geen wettelijke regel eraan in de weg dat de bvba MyPort ook verantwoordelijkheid opneemt voor de SMS nummers 9336 en 9337. Dit dient dan wel naast de nv Etri te gebeuren. Door dit te beslissen doet de Ethische Commissie géén afbreuk aan haar wettelijke verplichting te waken over het opvolgen en nakomen van de Ethische code. Daarom dienen beide rechtspersonen veroordeeld te worden tot het nakomen en het betalen van de hierna opgelegde administratieve sanctionerende maatregelen. Gelet op de houding van de bvba MyPort in deze zaak nr D-2013-06 tegen de nv Etri dient de bvba MyPort beschouwd te worden als vrijwillig tussenkomende partij : zij heeft zich uitdrukkelijk als procespartij gemanifesteerd en verweerd. Gelet op de aard van de zaak en op grond van de algemene rechtsbeginselen ter zake is het aangewezen dat de beide veroordeelden tot de betaling van de administratieve geldboete en de kosten worden veroordeeld, elk voor het geheel of in solidum (zie A. Van Den Broeck, "De relevantie van het onderscheid tussen de hoofdelijkheid en de in solidum gehoudenheid in het domein van de medeaansprakelijkheid", TPR, 2013, nr 2, blz 953-1025, randnummer 57, blz 989).

Bijkomend stelt zich de vraag in welke mate een inbreuk werd gemaakt op artikel 20, lid 1 van de Ethische code door het niet vermelden van het eindgebruikerstarief bij het betalende telefoonnummer 070 / 22 00 44. Deze dienst wordt uitdrukkelijk aangeboden door de nv Etri. Dat niet werd voldaan aan de wettelijke vereisten is meer dan duidelijk en wordt overigens niet ontkend, al was het maar omdat in de "synthesememorie" wordt aangegeven dat dit euvel ondertussen werd hersteld door nu wel de correctie prijismelding op te geven. Ook hier moet worden vastgesteld dat de bvba MyPort naast de nv Etri opkomt en dan ook samen zullen dienen in te staan voor de nakoming van de administratief sanctionerende maatregelen. De inbreuk op artikel 20, lid 1 dient niet afzonderlijk gesanctioneerd te worden en wordt opgeslorpt door de inbreuk op artikel 7, 4° voormeld aangezien deze laatste zwaarder doorweegt.

Betreffende de ernst van de inbreuk en het al dan niet opzettelijk karakter ervan is de Ethische Commissie van oordeel dat beide elementen hier aanwezig zijn. De essentie zelf van de dienst die door de nv Etri wordt geleverd bestaat erin mogelijkheden om aan politionele veiligheidscontroles te ontsnappen. Daarmee wordt géén kleine detailregeling overtreden die voor herstel of remediering vatbaar is. De geleverde dienst op zich maakt een inbreuk uit op de Ethische Code. Vandaar dat de Commissie ook oordeelt dat deze opzettelijk is : de dienst wordt verkocht met het opzet om dergelijke veiligheidscontroles te ontlopen. Het economische model bestaat er heel uitdrukkelijk in informatie ter beschikking te stellen die het de klant moet toelaten aan dergelijke controles te ontsnappen. Het doel van de dienstverlening is het ontlopen van dergelijke controles en dat is een bewuste strategie. In die zin is het opzet in hoofde van de nv Etri voor wat de inbreuk op artikel 7, 4° opzettelijk.

Dat deze inbreuk op artikel 7, 4° ook als zwaar moet worden beschouwd is dan ook het logische gevolg van voorgaande afwegingen. De passende maatregelen dienen dan ook gezocht in een passende bestraffing enerzijds en de opheffing van de betrokken dienst anderzijds. Wat deze laatste maatregel betreft moet worden vastgesteld dat deze onvermijdelijk is nu de essentie van de dienstverlening, zowel wat de snelheidscontroles als de alcoholboetes betreft, in strijd wordt geacht met artikel 7, 4° van de Ethische Commissie. Het valt niet in te zien dat deze diensten nog verder kunnen worden geleverd.

Bij het opleggen van de sanctie neemt de Ethische Commissie ook mee dat een inbreuk op artikel 20, lid 1, werd vastgesteld weze het dat deze tekortkoming niet doorweegt tegenover deze van artikel 7, 4°.

Bij het begroten van de administratieve geldboete heeft de Ethische Commissie ook rekening gehouden met de weigering om de door het secretariaat gevraagde inlichtingen over de omzet (blz 16 van het verslag) mede te delen. Die had van aard kunnen zijn om de zwaarte van de op te leggen sanctie te milderen zo zou blijken dat het om relatief beperkte bedragen zou gaan. De bonte weigering van de nv Etri om, wars van de duidelijke verplichtingen zoals opgelegd door artikel 5 van de Ethische Code, zelf te oordelen dat deze informatie niet nuttig is voor de Ethische Commissie, kan er niet bijdragen een milde bestraffing aan te nemen. Deze informatie kan nu niet nuttig bijdragen tot een meer afgewogen bestraffing aangezien de Commissie er niet over beschikt.

Ook hier moet worden vastgesteld dat de nv Etri van de verplichting van artikel 5 een lege doos maakt. Indien de weigering tot het verlenen van informatie door de Ethische Commissie zou worden gehonoreerd dan wordt het desbetreffende medewerkingsplicht onwerkzaam en kan deze maar beter geschrapt worden. Daarmee wordt een soepele administratieve afhandeling bemoeilijkt als niet onwerkzaam gemaakt.

Alle wel gekende elementen in acht genomen is de Ethische Commissie van oordeel dat een administratieve geldboete van 10.000 euro gepast voorkomt. Tevens dient de opheffing van de betrokken dienst bevolen te worden.

7. Overige bedingen van de beslissing

7.1. Kosten voor de behandeling van het dossier

Op grond van artikel 1, § 1, van het ministerieel besluit van 9 januari 2014 tot vaststelling van de kosten voor de behandeling van een dossier door de Ethische Commissie voor de telecommunicatie bedragen de kosten voor de behandeling van dit dossier 810 euro.

7.2. Verplichting inzake terugbetaling

Krachtens artikel 134, § 3, laatste lid, van de wet van 13 juni 2005 moet de overtreder het bedrag terugbetalen dat van de benadeelden verkregen werd ten gevolge van de vastgestelde inbreuk.

7.3. Kennisgeving aan andere betrokken partijen

De NV Paratel en de mobiele netwerkoperatoren Belgacom, Mobistar, base Company en Telenet kunnen worden gekwalificeerd als "betrokken partij". De beslissing van de Ethische Commissie moet hen dus via aangetekende brief worden toegezonden krachtens artikel 32, § 2, eerste lid, van het koninklijk besluit van 1 april 2007 betreffende de procedure voor en de praktische regels in verband met de werking van de Ethische Commissie voor het aanbieden van betalende diensten via elektronische-communicatienetwerken.

8. Beslissing

De Ethische Commissie voor de telecommunicatie,

- na de NV Etri en de BVBA Myport te hebben gehoord op 29 augustus 2013,
- na kennis te hebben genomen van het dossier,
- na overleg over en beoordeling van de zaak op 29 augustus 2013 en 29 juli 2014,

1. stelt vast dat Etri inbreuk heeft gepleegd op artikel 7,4° en artikel 20 lid 1 van het koninklijk besluit van 9 februari 2011 tot vaststelling van de Ethische Code voor de telecommunicatie;

2. legt om die reden en conform artikel 134, § 3, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, een boete op aan de NV Etri van een bedrag van 10.000 euro, alsmede het opheffen van de betrokken dienst;

3. stelt vast dat de BVBA Myport is tussengekomen in de procedure gericht tegen de NV Etri; bepaalt dat de door NV Etri verschuldigde administratieve geldboete en de behandelingskosten evenzeer voor het geheel, in solidum, verschuldigd zijn door de BVBA Myport en deze ook gehouden is, naast of voor de NV Etri, tot terugbetaling zoals voorzien door artikel 134, § 3, laatste lid van de wet van 13 juni 2005 alsook tot het niet meer uitoefenen van de betrokken dienst;

4. stelt overeenkomstig het ministerieel besluit van 9 januari 2014 tot vaststelling van de kosten voor de behandeling van een dossier door de Ethische Commissie voor de telecommunicatie de kosten voor de behandeling van dit dossier vast op 810 euro;

5. beveelt dat het bedrag van de boete betaald wordt binnen 30 dagen na de ontvangst van deze beslissing 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 aan de Ethische Commissie", gevolgd door het nummer van de beslissing dat op de titelpagina van deze beslissing wordt vermeld;

6. beveelt dat het bedrag van de behandelingskosten betaald wordt binnen 30 dagen na de ontvangst van deze beslissing via overschrijving **op het rekeningnummer met IBAN-code: BE05 6791 6701 2475 - BIC : PCHQBEBB** op naam van het BIPT, Koning Albert II-laan 35, B – 1030 BRUSSEL, met als mededeling "Dossierkosten aan het BIPT", gevolgd door het nummer van de beslissing dat op de titelpagina van deze beslissing wordt vermeld,

7. benadrukt dat, naar aanleiding van de vastgestelde overtredingen, alle bedragen verkregen vanwege de eindgebruikers die klacht hebben ingediend bij hun operator betreffende deze overtredingen, conform artikel 134, § 3, laatste lid, van de wet van 13 juni 2005 moeten worden terugbetaald door Etri aan de verschillende personen die zijn benadeeld via de betrokken operator, binnen dertig dagen na de kennisgeving van de beslissing;

8. gelast het secretariaat om een kopie van de definitieve beslissing te richten aan de NV Paratel en de mobiele netwerkkoperatoren Belgacom NV, Mobistar NV, Base Company NV en Telenet NV als betrokken partij(en);

9. Beroepsmogelijkheden

Overeenkomstig de wet van 6 juli 2005 betreffende sommige juridische bepalingen inzake elektronische communicatie heeft u de mogelijkheid om beroep in te stellen 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 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.

Het hoger beroep wordt ingesteld: 1° bij akte van een gerechtsdeurwaarder die aan de tegenpartij wordt betekend; 2° bij een verzoekschrift dat, in zoveel exemplaren als er betrokken partijen zijn, ingediend wordt op de griffie van het gerecht in hoger beroep; 3° bij ter post aangetekende brief die aan de griffie wordt gezonden; 4° bij conclusie, ten aanzien van iedere partij die bij het geding aanwezig of vertegenwoordigd is. Met uitzondering van het geval waarin het hoger beroep bij conclusie wordt ingesteld, vermeldt de akte van hoger beroep, op straffe van nietigheid de vermeldingen van artikel 1057 van het gerechtelijk wetboek. Het hoger beroep dient gericht te worden tegen de klager, indien de procedure verloopt op grond van een klacht en in ieder geval tegen de Belgische Staat, vertegenwoordigd door de Minister bevoegd voor Telecommunicatie.

10. Publicatie

Dit besluit zal, overeenkomstig artikel 32, § 3, van het koninklijk besluit van 1 april 2007 betreffende de procedure voor en de praktische regels in verband met de werking van de Ethische Commissie voor het aanbieden van betalende diensten via elektronische-communicatienetwerken, gepubliceerd worden door het secretariaat op de website van de Ethische Commissie: www.telethicom.be. De publicatie zal plaatsvinden na de vertaling in het Frans van het besluit.

Er zal ook worden gerefereerd aan dit besluit in een persbericht dat na publicatie van de Franse en Nederlandse versie van dit besluit zal worden verzonden.

Gedaan te Brussel, op 29 juli 2014

Voor de Ethische Commissie voor de telecommunicatie

Willem Debeuckelaere
Voorzitter