

**VERZOEKSRIFT TOT NIETIGVERKLARING**

**OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 2 VAN DE WET VAN 17 JANUARI 2003 BETREFFENDE DE RECHTSMIDDELEN EN DE GESCHILLENBEHANDELING NAAR AANLEIDING VAN DE WET VAN 17 JANUARI 2003 MET BETREKKING TOT HET STATUUT VAN DE REGULATOR VAN DE BELGISCHE POST- EN TELECOMMUNICATIESECTOR**

**VOOR:** **Telenet BV** met zetel gevestigd te 2800 Mechelen, Liersesteenweg 4, ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0473.416.418, vertegenwoordigd door de heer John Porter, gedelegeerd bestuurder, en de heer Dieter Nieuwdorp, bestuurder;

Hierna "Telenet" genoemd,

*Verzoekende partij;*

Bijgestaan door Mters **Thomas De Meese** en **Karl Stas**, advocaten, met kantoor te 1000 Brussel, Joseph Stevensstraat 7, waar keuze van woonplaats wordt gedaan;

**TEGEN:** Het **Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie**, met zetel gevestigd te 1030 Brussel, Koning Albert II-laan 35 bus 1, Ellipsgebouw C, ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0243.405.860;

Hierna "BIPT" genoemd,

*Verwerende partij;*

**BESLISSING WAARTEGEN BEROEP WORDT INGESTELD:**

Het besluit van de Raad van het BIPT van 23 augustus 2022 betreffende het niet nemen door Telenet van de gepaste veiligheidsmaatregelen voor zijn site in [VERTROUWELIJK] (hierna de "**bestreden beslissing**", zie stuk 1). Het BIPT heeft Telenet per e-mail van deze beslissing kennisgegeven op 24 augustus 2022.

**CODE AARD VAN DE ZAAK:** I.1.a – BIPT.

**PLAATS, DATUM EN UUR VAN VERSCHIJNING**

De onderhavige zaak zal worden ingeleid op de zitting van het Hof van beroep te Brussel, sectie Marktenhof (19<sup>de</sup> kamer A), Poelaertplein, 1000 Brussel, op 9 november 2022, om 9u, zaal 1.32.

## I. Weergave van de feiten

### A. Voorstelling van Telenet

1. Telenet is een kabeloperator met een vast netwerk dat heel Vlaanderen, 13 gemeenten in Brussel-Hoofdstad en zeven Waalse gemeenten dekt.
2. Telenet is daarnaast ook een mobiele netwerkoperator (MNO<sup>1</sup>) die mobiele telefoniediensten aanbiedt over het gehele Belgische grondgebied.

### B. Feitelijke antecedenten

3. In de nacht van 31 maart op 1 april 2021 is er in het gebouw te [VERTROUWELIJK] waar zich een lokale “headend” (HE)<sup>2</sup> van het kabelnetwerk van Telenet alsook één van de [VERTROUWELIJK] “switching offices” (SO)<sup>3</sup> van dit netwerk zich bevinden [VERTROUWELIJK]. Bijna onmiddellijk daarna is de westelijke gevel van het gebouw gedeeltelijk ingestort, [VERTROUWELIJK].<sup>4</sup> Door de instorting van de muur is ook het dak (waarop enkele airco-units stonden) gedeeltelijk ingezakt.<sup>5</sup> De gerechtsdeskundige, die werd aangesteld door de rechtbank om de oorzaak van het incident te onderzoeken, heeft daarover nog geen verslag opgesteld.
4. Een deel van de apparatuur werd bedolven onder het puin, maar alles bleef werken. [VERTROUWELIJK]. Er was echter geen onderbreking van de dienstverlening, [VERTROUWELIJK]. De getroffen zone van het gebouw is in het roze ingekleurd op onderstaand plan.<sup>6</sup>

[VERTROUWELIJK]

De luchtfoto (bron: Google Maps) hieronder geeft een overzicht van de situatie ter plaatse:

[VERTROUWELIJK]

[VERTROUWELIJK].

---

<sup>1</sup> “Mobile network operator” (mobiele netwerkoperator), d.w.z. een operator die over een eigen mobiele netwerkinfrastructuur (netwerk van zendmasten) beschikt.

<sup>2</sup> Een “headend” (kopstation) is een aggregatiepunt van de coax kabelnetwerken en glasvezelnetwerken op lokaal niveau (zie stuk 1, p. 7).

<sup>3</sup> De “switching offices” aggregeren het vaste en mobiele verkeer van de lokale toegangen (headends) en zorgen voor de connectiviteit naar de datacenters (zie stuk 1, p. 8).

<sup>4</sup> [VERTROUWELIJK].

<sup>5</sup> Zie stabiliteitsverslag van Stedec d.d. 9 april 2021 (stuk 2).

<sup>6</sup> [VERTROUWELIJK].

(Continued...)

5. De stabiliteit van het gebouw buiten de roze zone op het plan was niet aangetast.<sup>7</sup> Telenet heeft reeds op 1 en 2 april 2021 schoren laten aanbrengen om het gebouw te verstevigen. In een latere fase werden daarenboven permanente verstevigingen aangebracht.
6. Om de (nog werkende) apparatuur tegen weer en wind te beschutten, heeft Telenet tijdens het paasweekend (3 april 2021) een tent laten plaatsen over het ingestorte gedeelte van het gebouw. Omdat dergelijke tenten niet “op maat” gemaakt worden maar standaardafmetingen hebben, overkapte deze tent ook gedeeltelijk het niet-getroffen gedeelte van het gebouw.<sup>8</sup>
7. Na het incident heeft Telenet onmiddellijk maatregelen genomen om de continuïteit van de dienstverlening voor haar residentiële en zakelijke klanten te waarborgen. Tegen eind april 2021 waren alle kritische diensten reeds dermate ontdebeld dat bij een eventuele verdere instorting van het gebouw alle essentiële diensten verder zouden kunnen geleverd worden.
8. Op 20 mei 2021 heeft de ondernemingsrechtbank van Gent, afdeling Kortrijk, een gerechtsdeskundige aangesteld om een advies te geven over de mogelijke oorzaken en omstandigheden van het schadegeval. De gerechtsdeskundige heeft op 28 mei 2021 een eerste vergadering georganiseerd op de getroffen site, gevolgd door een tweede vergadering op 23 juni 2021 en een derde op 28 september 2021. Pas bij deze laatste vergadering geeft de deskundige toestemming om het puin buiten het gebouw te verwijderen. Pas op 21 januari 2022 werd bij een vierde vergadering ter plaatse de inventaris van de onder het puin bedolven apparatuur door de gerechtsdeskundige en alle partijen goedgekeurd, zodat Telenet kon overgaan tot het verwijderen van deze apparatuur en het ruimen van het puin.
9. Daartoe moest de tent afgebroken worden. Dit moest echter uitgesteld worden omdat [VERTROUWELIJK].
10. Op donderdag 17 februari 2022 heeft het BIPT volgend bericht gestuurd naar Telenet:

*“Le Centre de Crise nous a averti d’un avis de tempête avec des vents de plus de 150km/h annoncés à la côte et en Flandre ce 18 février de 12 à 24h00.*

*Un mail va être envoyé aux MNOs à ce sujet mais j’aimerais, dès à présent, pour ce qui vous concerne particulièrement, vous demander de porter la plus grande attention à la situation de votre switch Office de [VERTROUWELIJK]; déjà sujet à de fortes dégradations.*

---

<sup>7</sup> Stabiliteitsverslag Stedec, stuk 2, p. 2.

<sup>8</sup> Zie foto in stabiliteitsverslag Stedex, stuk 2, bijlage, figuur 17.

(Continued...)

*Pouvez-vous faire le maximum afin d'éviter un impact sur les services assurés depuis ce bâtiment. N'hésitez pas à nous informer de tout besoin particulier durant la période d'intempéries.*"<sup>9</sup>

11. In de ochtend van 17 februari 2022 was de gespecialiseerde tentenbouwer [VERTROUWELIJK] echter al op vraag van Telenet ter plaatse gekomen om de tent te inspecteren en waar nodig te verstevigen in het vooruitzicht van de storm. De tentenbouwer heeft alles nagekeken en laten weten dat alles in orde was.<sup>10</sup>
12. Er is geen "code rood" uitgegeven voor storm Eunice aan de kust en in West-Vlaanderen, enkel een "code oranje".<sup>11</sup> Dit betekent dat er geen rukwinden van meer dan 130 km/u werden verwacht.<sup>12</sup>
13. Tijdens de storm zijn bepaalde stukken zeil van de tent beginnen flapperen. Hoewel de stabiliteit van de tent nooit in gedrang is gekomen heeft Telenet, om elk mogelijk risico voor omwonenden en passanten te vermijden, getracht de lokale brandweer te contacteren. Telenet kreeg echter geen reactie, omdat de plaatselijke brandweer op dat ogenblik overstelpt werd met oproepen. Telenet heeft daarop het BIPT gecontacteerd om op die manier de plaatselijke brandweer te kunnen bereiken en prioriteit te kunnen bekomen voor hun tussenkomst, om het eventuele gevaar voor omwonenden en passanten te beperken. De brandweer is uiteindelijk ter plaatse gekomen. Om 19u was er een vergadering ter plaatse met de brandweerofficier, een vertegenwoordiger van Telenet en een afgevaardigde van [VERTROUWELIJK]. Na een inspectie binnen en buiten de tent en in het gebouw werd slechts de vaststelling gedaan dat er enkele stukken tentzeil losgekomen waren, zonder risico op verdere impact. Hierop werd beslist op de loshangende flappen tentzeil de volgende ochtend (19 februari 2022) met de ladderwagen van de brandweer te komen afsnijden, wat ook geschied is.
14. Op de dag van de storm heeft Telenet het BIPT op regelmatige tijdstippen op de hoogte gehouden van de status van zijn netwerk. Telenet heeft "status updates" gestuurd om 13u59, 15u43, 16u02, 16u18, 17u26 en 20u23. Het BIPT was dus de hele tijd op de hoogte van de status van het netwerk van Telenet.
15. Voor zover nodig herhaalt Telenet dat de stabiliteit van de tent nooit in gevaar is gekomen. Er zijn enkel een paar stukken zeil beginnen flapperen. Op het ogenblik van storm Eunice was alle apparatuur in het beschadigde gedeelte van het gebouw bovendien

---

<sup>9</sup> E-mail d.d. 17 februari 2022 van dhr. [VERTROUWELIJK] van de dienst netwerkveiligheid van het BIPT (stuk 3). Vrije vertaling: "Het Crisiscentrum heeft ons verwittigd voor een stormwaarschuwing met windsnelheden van meer dan 150 km/u aan de kust en in Vlaanderen op 18 februari van 12 tot 24 uur. Er zal nog e-mail aan de MNO's worden verzonden over dit onderwerp, maar ik zou u willen vragen om vanaf nu, voor wat u in het bijzonder aangaat, de grootste aandacht te besteden aan de situatie van uw switching office van [VERTROUWELIJK] dat reeds aan sterke degradaties onderhevig is. Kunt u uw uiterste best doen om een impact op de dienstverlening vanuit dit gebouw te vermijden? Aarzel niet om ons te informeren over eventuele speciale behoeften tijdens de periode van slecht weer".

<sup>10</sup> Mailbericht van dhr. [VERTROUWELIJK] aan dhr. [VERTROUWELIJK] (Telenet) d.d. 17 februari 2022 (stuk 4).

<sup>11</sup> <https://www.meteo.be/nl/info/nieuwsoverzicht/mogelijk-code-rood-voor-storm-eunice>.

<sup>12</sup> <https://www.meteo.be/nl/weer/waarschuwingen/uitleg>.

afgeschakeld en waren er dus geen actieve diensten meer in het beschadigde gedeelte van het gebouw dat door de tent moest worden afgedekt. Zelfs in het bijzonder onwaarschijnlijke geval dat de tent tijdens de storm zou “weggevlagen” zijn, zou de continuïteit van de dienstverlening dus niet in het gedrang gebracht zijn.

16. Ten overvloede had Telenet reeds na het incident van april 2021 gezorgd voor verbeterde redundantie voor het “switching office” (SO) te [VERTROUWELIJK]. Voorheen was er al voorzien in “site redundantie” (2 exemplaren van alle apparatuur op eenzelfde site), maar sindsdien is er gezorgd voor “georedundantie” (van alles nog een tweede exemplaar op een andere site), in casu op de site van het SO te [VERTROUWELIJK]. Dit betekent dat, zelfs in de uiterst onwaarschijnlijke hypothese dat het SO te [VERTROUWELIJK] volledig zou uitgevallen zijn, het SO te [VERTROUWELIJK] dit had kunnen opvangen. In dit uiterst onwaarschijnlijke geval zouden enkel de klanten op de HE van [VERTROUWELIJK] mogelijk een onderbreking van de dienstverlening ondervonden hebben.
17. De klanten van [VERTROUWELIJK] werden bediend vanuit een nieuw ingericht interconnect lokaal te [VERTROUWELIJK], in een deel van het gebouw dat intact was na de calamiteit. Voor deze klanten was er in georedundantie voorzien via het datacenter van Telenet te [VERTROUWELIJK]. Dit betekent dat zelfs in het uiterst onwaarschijnlijke geval dat de installaties te [VERTROUWELIJK] volledig zouden uitgevallen zijn, alleen de klanten van [VERTROUWELIJK] op de HE van [VERTROUWELIJK] daardoor zouden zijn getroffen geweest, net zoals het geval was voor de klanten van Telenet.
18. Enkele dagen na storm Eunice, op 21 februari 2022, zijn twee leden van de dienst Netwerkveiligheid van het BIPT onaangekondigd ter plaatse gegaan om de toestand te evalueren. De bewakingsagent van [VERTROUWELIJK] heeft daarbij niet de door Telenet voorgeschreven procedure voor de identiteitscontrole van bezoekers gevolgd. Telenet heeft daarvoor zijn onderaannemer [VERTROUWELIJK] tot de orde geroepen.<sup>13</sup>
19. De tent werd uiteindelijk afgebroken op 15 maart 2022. Het ingestorte dak, het overige puin en de installaties die in het ingestorte gedeelte stonden werden verwijderd. [VERTROUWELIJK]. De niet-beschadigde gedeeltes van het gebouw werden reeds eerder (voor storm Eunice) waar nodig weer- en winddicht afgesloten met tijdelijke wanden.
20. Op 29 maart 2022 organiseerde de gerechtsdeskundige nog een vijfde vergadering op de site.
21. Op 4 mei 2022 heeft het BIPT aan Telenet een ontwerpbesluit meegedeeld.
22. Op 20 mei 2022 heeft Telenet hier schriftelijk op gereageerd (stuk 5).
23. Op 23 mei 2022 is Telenet gehoord door de Raad van het BIPT.

---

<sup>13</sup> Zie e-mail van Telenet aan [VERTROUWELIJK] d.d. 11 mei 2022 (stuk 7); brief van Telenet aan [VERTROUWELIJK] d.d. 20 mei 2022 (stuk 5).

24. Op 23 augustus 2022 heeft het BIPT het definitieve besluit aangenomen. Dit werd op 24 augustus 2022 per e-mail aan Telenet meegedeeld.
25. Op 10 oktober 2022 heeft er op vraag van Telenet een vergadering plaatsgehad tussen vertegenwoordigers van Telenet en het BIPT over de vraag wat Telenet in de gegeven omstandigheden dan wel had moeten doen om een boete te vermijden. Het BIPT moest daarop het antwoord schuldig blijven.

## II. In rechte

### A. **Ontvankelijkheid van het beroep**

#### 1. *Ontvankelijkheid ratione temporis*

26. Artikel 2, §2, eerste lid van de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (hierna “wet rechtsmiddelen”) bepaalt dat het beroep wordt ingesteld “*op straffe van onontvankelijkheid die ambtshalve wordt uitgesproken, [...] 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*”.
27. Telenet heeft de bestreden beslissing per e-mail ontvangen op 24 augustus 2022.<sup>14</sup>
28. Het beroep is dus tijdig ingesteld.

#### 2. *Ontvankelijkheid ratione materiae*

29. Het Marktenhof is bevoegd om kennis te nemen van beroepen “*tegen de besluiten van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie*” (art. 2, §1 wet rechtsmiddelen).
30. In de bestreden beslissing oordeelt het BIPT dat Telenet artikel 107/2, §1 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie heeft geschonden en legt het Telenet een boete van 190.000 euro op.
31. De bestreden beslissing is dus onbetwistbaar griefhoudend voor Telenet. Bijgevolg heeft Telenet het vereiste belang om de nietigverklaring van deze bepalingen te vorderen.

### B. **Eerste middel: Geen schending van artikel 107/2, §1 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie wat betreft het risico dat de**

---

<sup>14</sup> Stuk 6.

**tent over de site van [VERTROUWELIJK] zou wegvliegen tijdens de storm Eunice op 18 februari 2022**

1. *Samenvatting van het middel*
32. Telenet ontleent een eerste middel aan de schending van artikel 107/2, §1, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna “telecomwet”), van het redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht en aan een manifeste beoordelingsfout.
33. De eerste in de bestreden beslissing weerhouden grief is kennelijk ongegrond. In de aanloop naar storm Eunice (18 februari 2022) heeft Telenet, conform artikel 107/2, §1 van de telecomwet, alle in de gegeven feitelijke omstandigheden passende en evenredige technische en organisatorische maatregelen genomen om de risico’s voor de veiligheid van zijn netwerken en diensten te beheersen en de mogelijke impact van de storm op gebruikers zoveel mogelijk te beperken. Er was op geen enkel ogenblik een gevaar voor de onderbreking van de diensten op de site te [VERTROUWELIJK] en er was bovendien voorzien in georedundantie via het “switching office” (SO) van [VERTROUWELIJK]. De inschatting die het BIPT in de bestreden beslissing maakt van het risico dat de tent over de site van [VERTROUWELIJK] zou wegvliegen en van de mogelijke impact daarvan op de netwerken en diensten, is kennelijk onjuist. Het is absoluut niet duidelijk wat Telenet in de concrete omstandigheden van het geval nog méér had kunnen doen om de site beter te beveiligen. Het BIPT blijft zich daarover tot op heden in stilzwijgen hullen.
34. De eerste grief die het BIPT in de bestreden beslissing weerhouden heeft, is dan ook kennelijk ongegrond.

2. *Uiteenzetting van het middel*

35. De eerste grief die het BIPT in de bestreden beslissing weerhouden heeft betreft een beweerde schending van artikel 107/2, §1 van de telecomwet. Deze bepaling luidt als volgt:

*“De operatoren analyseren de risico's voor de veiligheid van hun netwerken en diensten. Het Instituut kan de nadere regels van deze risicoanalyse vaststellen.*

*De operatoren nemen de passende en evenredige technische en organisatorische maatregelen, waaronder in voorkomend geval versleuteling, om deze risico's goed te beheersen, alsook om de impact van beveiligingsincidenten op gebruikers en op andere netwerken en diensten zo laag mogelijk te houden.*

*Deze maatregelen zorgen, gezien de stand van de techniek, voor een veiligheidsniveau dat is afgestemd op de risico's die zich voordoen.*

*De Koning, op voorstel van het Instituut of op eigen initiatief, na advies van het Instituut, kan de in het tweede lid bedoelde maatregelen preciseren, wanneer het in dat lid bedoelde risico voortvloeit uit de organisatie van de operatoren.*

*Onder voorbehoud van het vierde lid en na advies van het Instituut kan de Koning de maatregelen verduidelijken waarvan sprake in het tweede lid.”*

De verplichtingen die deze bepaling oplegt hebben uitsluitend betrekking op de beveiliging van netwerken en diensten. Zij zijn bovendien kennelijk niet bedoeld als een resultaatsverbintenis, maar slechts als een inspanningsverbintenis. De operatoren zijn verplicht de risico's "te beheersen". Zij dienen hiertoe "passende en evenredige" maatregelen te nemen. Zij zijn dus niet verplicht om alle mogelijke maatregelen te nemen, ongeacht de moeilijkheid of kost. Het passend en evenredig karakter van de genomen maatregelen moet beoordeeld worden rekening houdend met de "stand van de techniek" en "de risico's die zich voordoen" – en dus niet met louter hypothetische risico's. De operatoren moeten bovendien de impact op gebruikers "zo laag mogelijk" houden. Er wordt dus niet van hen verwacht dat zij in alle omstandigheden elke mogelijke impact volledig uitsluiten. *In casu* is er trouwens geen enkele impact geweest.

36. De vraag of Telenet in deze artikel 107/2, §1 van de telecomwet geschonden heeft, komt dus in wezen neer op de vraag of Telenet als een "goede huisvader" gehandeld heeft, bij de beveiliging van haar netwerken en diensten, d.w.z. als een normaal en zorgvuldig operator geplaatst in dezelfde omstandigheden.
37. Het BIPT verwijt Telenet dat het niet alle passende en evenredige technische en organisatorische maatregelen zou genomen hebben om het risico te vermijden dat de tent boven het gebouw te [VERTROUWELIJK] zou "wegvliegen". Volgens het BIPT zou de tent in dat geval "het gebouw, de schoorsteenkanalen of de airconditioning kunnen [beschadigd hebben], wat de verstrekking van netwerken of elektronische-communicatiediensten van Telenet zou kunnen beïnvloed hebben".<sup>15</sup>
38. Telenet herinnert er vooreerst aan dat dit vermeende risico zich niet heeft voorgedaan en de tent niet is weggewaaid en de storm geen enkele impact heeft gehad op de werking van het netwerk. Dit laat reeds toe het verwijt van het BIPT dat Telenet "geen correcte analyse heeft gemaakt van het risico dat de tent zou wegvliegen" zeer sterk te relativiseren. Het BIPT werpt weliswaar op dat "het BIPT zijn controletaak krachtens voormeld artikel 107/2 niet ten volle zou kunnen uitoefenen" indien voor de vaststelling van een grief zou vereist zijn dat een incident "een reële impact heeft gehad op de werking van het netwerk of de dienst".<sup>16</sup> Het is niettemin relevant op te merken dat de tent in werkelijkheid op geen enkel moment tijdens storm Eunice op het punt heeft gestaan om "weg te vliegen", ondanks windsnelheden van meer dan 100 kilometer per uur.
39. De reden waarom Telenet om de tussenkomst van de brandweer heeft verzocht was niet dat zij vreesde voor de veiligheid van haar netwerken en diensten. Zij heeft gehandeld vanuit de zorg voor de veiligheid van de omwonenden van de site. Artikel 107/2 strekt er evenwel niet toe deze risico's te dekken. De tussenkomst van de brandweer heeft zich er overigens toe beperkt om de volgende ochtend (dus na de storm) enkele flapperende stukken tentzeil af te snijden.

---

<sup>15</sup> Bestreden beslissing, randnr. 38.

<sup>16</sup> Bestreden beslissing, randnr. 40.



40. Zoals uiteengezet in het feitenrelaas hierboven, waren er op het ogenblik van storm Eunice geen actieve diensten meer aanwezig in het ingestorte gedeelte van het gebouw. Het niet-beschadigde gedeelte was waar nodig reeds weer- en winddicht afgesloten. Daarnaast heeft Telenet in de maanden voorafgaand aan de feiten verstevigingswerken aan het gebouw laten uitvoeren, zoals aanbevolen door een stabiliteitsingenieur. In het volstrekt onwaarschijnlijke geval dat de tent was weggewaaid, zou dit dus geen enkele impact gehad hebben op de residentiële en zakelijke gebruikers van het netwerk en diensten van Telenet ([VERTROUWELIJK]).
41. Het door het BIPT geïdentificeerde risico dat bij het “wegvliegen” van de tent “het gebouw, de schoorsteenkanalen of de airconditioning” zouden kunnen beschadigd geraakt zijn, is kennelijk ongegrond.
42. Zoals het BIPT zelf heeft vastgesteld, waren de oorspronkelijke airconditioning units op het dak naar aanleiding van de gedeeltelijke instorting van het gebouw niet meer in gebruik. Meer nog, zij waren op het ogenblik van de storm reeds geheel verwijderd, na akkoord van de gerechtsdeskundige.<sup>17</sup> Zij werden vervangen door units op de grond die naast het gebouw waren geplaatst. Indien de tent was “weggevlogen” had zij eventueel de airconditioninginstallatie op het dak kunnen geraakt hebben. Aangezien deze airconditioninginstallatie niet in gebruik was zou de impact daarvan op de netwerken en diensten onbestaande zijn geweest. Het valt ook niet te zien hoe het eventueel raken van de schoorsteenkanalen enige netwerkimpact zou hebben gehad. De schoorsteenkanalen hebben geen functionele impact op de werking van het netwerk.
43. Daarnaast weze nogmaals herhaald dat er hoe dan ook in voldoende redundantie was voorzien.
44. De redenen waarom de tent op het ogenblik van storm Eunice (18 februari 2022) er nog stond en nog niet vervangen had kunnen worden door een meer permanente oplossing, werden hiervoor uiteengezet in het feitenrelaas. De site was pas op 21 januari 2022 vrijgegeven door de gerechtsdeskundige. Vervolgens moest de afbraak verder uitgesteld worden omdat [VERTROUWELIJK]. Telenet was dus afhankelijk van derde partijen om de werken te kunnen aanvatten. [VERTROUWELIJK].
45. Telenet heeft geanticipeerd op storm Eunice door een professionele tentenbouwer ([VERTROUWELIJK]) daags voor de storm ter plaatse te sturen om de tent te controleren. De tentenbouwer heeft bevestigd dat alles in orde was. In tegenstelling tot wat het BIPT beweert, laat geen enkel objectief element toe teponeren dat deze onderaannemer een “*verkeerde*” inschatting heeft gemaakt. Het spreekt bovendien voor zich dat weerfenomenen altijd voor een stuk onvoorspelbaar zijn en niemand elk risico volledig kon uitsluiten (bv. indien de storm sterker was geweest dan voorspeld of indien er zich een lokale windhoos had voorgedaan). Als Telenet zich niet mocht baseren op het oordeel van een specialist ter zake – een professionele tentenbouwer – waarop kon

---

<sup>17</sup> Dit gebeurde op 24 september 2021. Het doel van de verwijdering van de units bestond erin de veiligheid van de (gerechts)expert(s) en anderen te verhogen tijdens de gerechtsexpertises die daarop zouden volgen in de zone van de instorting. Na 24 september bevonden zich er dus onder de gehele tent ter hoogte van de daklaag geen airco units meer.

Telenet dan nog voortgaan? Daarnaast was er in de dagen voorafgaand aan de storm reeds veel wind, waardoor het preventief verwijderen van de tent niet mogelijk was (of minstens potentieel gevaarlijker dan de tent gewoon te laten staan).

46. Het valt dus niet in te zien welke andere of bijkomende maatregelen Telenet nog redelijkerwijs had kunnen nemen om de risico's voor zijn netwerk en diensten te beperken. Het BIPT zwijgt daar in alle talen over. Tijdens de vergadering tussen vertegenwoordigers van Telenet en het BIPT op 10 oktober 2022, was het BIPT niet in staat ook maar één concrete maatregel te noemen die Telenet nog bijkomend had kunnen nemen.
47. Bijgevolg heeft Telenet zich gedragen als een normaal, voorzichtig en redelijk operator in de gegeven omstandigheden. Er kan Telenet dus geen fout of nalatigheid verweten worden. Telenet heeft zijn verplichtingen krachtens artikel 107/2, §1 van de telecomwet (inspanningsverbintenis) nageleefd.
48. Door er anders over te oordelen heeft het BIPT een kennelijke beoordelingsfout gemaakt.
49. Bovendien is de kwalificatie van ernst van de inbreuk als “gemiddeld” en het opleggen van een boete in deze omstandigheden manifest onredelijk en disproportioneel.
50. De bestreden beslissing is daarnaast aangetast door een materieel motiveringsgebrek, nu de ingeroepen motieven in feite en in rechte deze beslissing kennelijk niet kunnen schragen.
51. Om al deze redenen is het eerste middel ongegrond.

**C. Tweede middel: Geen schending van artikel 107/2, §1 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie wat betreft de camera- en alarminstallatie en wat betreft de airconditioning van het technisch gebouw te [VERTROUWELIJK].**

*1. Samenvatting van het middel*

52. Telenet ontleent een tweede middel eveneens aan de manifeste beoordelingsfout en de schending van artikel 107/2, §1, van telecomwet, het redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel en de materiële motiveringsplicht.
53. Wat de tweede in de bestreden beslissing weerhouden grief betreft, erkent Telenet dat de bewakingsagent bij de onaangekondigde inspectie door twee personeelsleden van het BIPT op 21 februari 2022 de door Telenet voorgeschreven procedure voor de identiteitscontrole van bezoekers niet gevolgd heeft. De agent heeft daarmee echter gehandeld in strijd met de uitdrukkelijke en duidelijke instructies van Telenet.
54. De twee andere punten van kritiek van het BIPT – m.b.t. enerzijds het alarmsysteem en de camerabeveiliging en anderzijds de airconditioninginstallatie – zijn echter kennelijk onterecht. De beweerde tekortkomingen die het BIPT wat dit betreft Telenet aanwrijft, waren te wijten aan omstandigheden buiten de controle van Telenet, en in het bijzonder de aanslepende gerechtelijke expertise en het feit dat de aangestelde gerechtsdeskundige de site gedurende lange tijd niet heeft vrijgegeven.

## 2. Uiteenzetting van het middel

55. Onder de tweede grief, formuleert het BIPT in feite drie punten van kritiek:

- m.b.t. de rol van de bewakingsagent van [VERTROUWELIJK], die bij de inspectie ter plaatse door het BIPT de procedure voor de identiteitscontrole niet heeft gevolgd (afdeling 4.3.2 van de bestreden beslissing);
- m.b.t. de toegang tot de site, de camera's en de alarmen (afdeling 4.3.3 van de bestreden beslissing); en
- m.b.t. de airconditioninginfrastructuur (afdeling 4.3.4 van de bestreden beslissing).

56. Wat het eerste punt betreft, benadrukt Telenet dat de bewakingsagent gehandeld heeft tegen uitdrukkelijke en duidelijke instructies van Telenet in. Telenet meent dan ook dat zij wat dit betreft alle nodige voorzorgen en maatregelen heeft genomen om de veiligheid van haar netwerken en diensten te verzekeren. Er kan in deze geen sprake zijn van "objectieve" aansprakelijkheid in hoofde van Telenet voor de fout van een (personeelslid van) een onderaannemer. Het betreft hier immers een quasi-strafrechtelijke regel<sup>18</sup> zodat het moreel element (opzet of onachtzaamheid) van de inbreuk moet aangetoond worden in hoofde van Telenet. Foutloze of objectieve aansprakelijkheid wordt in het strafrecht principieel afgewezen (*nullum crimen sine culpa*).<sup>19</sup>

57. Wat het tweede punt betreft, heeft de kritiek vooral betrekking op het ontbreken van camera's op bepaalde punten, waardoor de bewakingsagent geen volledig zicht had op de site.

58. Bij het incident van 31 maart 2021 is een groot deel van de westelijke muur van het technische gebouw te [VERTROUWELIJK] alsook een deel van het dak ingestort. Daarbij zijn een aantal bewakingscamera's die zich binnen het gebouw in het ingestorte gedeelte bevonden als een aantal camera's die zich buiten het gebouw aan de ingestorte muur bevonden, onklaar geraakt.

59. Het BIPT vindt het "onaanvaardbaar" dat er op datum van de onaangekondigde inspectie (21 februari 2022) nog geen bijkomende camera's werden geïnstalleerd gelet op de lange tijd die reeds verlopen was sinds het incident van 31 maart 2021. Dit is echter te wijten aan de aanslepende gerechtelijke expertise. Zoals uiteengezet in het feitenrelaas, heeft de gerechtsdeskundige die door de rechtbank werd aangeduid om de oorzaken van het incident te onderzoeken, in de betrokken periode vier plaatsbezoeken georganiseerd. Pas bij het laatste plaatsbezoek op 21 januari 2022, heeft hij toelating gegeven om over

---

<sup>18</sup> Zie HvJ 28 maart 2018, C-527/15, Menci, EU:C:2018:197, r.o. 29-31; EHRM 23 november 2006, Jussila t. Finland, CE:ECHR:2006:1123JUD007305301, ptn. 37-38.

<sup>19</sup> Cass. 12 mei 1987, Arr. Cass, 1986-1987; Cass 13 december 1994, Arr. Cass, 1994, 1104; B. SPRIET, "Elk misdrijf ook uit het bijzonder strafrecht vereist een moreel of schuldbestanddeel", *R.W.* 1995-96, 534-535. Zie ook A. DE NAUW en F. DERUYCK, "De strafrechtelijke verantwoordelijkheid van rechtspersonen", *RW* 1999-2000, 897; G. VAN DE MOSSELAER, "Sociaal strafrecht – aansprakelijkheid van de rechtspersoon", *Or.* 2014, afl. 3, 58-72, op p. 60-61.

te gaan tot het ruimen van het puin en het verwijderen van de apparatuur. Nadien moest de aanvang van de afbraakwerken nog uitgesteld worden omdat [VERTROUWELIJK].

60. De installatie van een nieuw alarmsysteem met nieuwe camera's was pas mogelijk na uitvoering van de afbraakwerken en heropbouw van het ingestorte gedeelte. In de nog functionerende delen van het gebouw alsook erbuiten, zijn de resterende bewakingscamera's steeds blijven functioneren. Het manipuleren van gebouwinfrastructuur in de beschadigde zone, was tot de vrijgave van de site voor opruim- en afbraakwerken niet toegestaan door de expert, en daarnaast ook zeker niet aan te raden wegens mogelijke bijkomende instabiliteit bij boor- en bekabelingswerken. Kabels konden ook niet worden ingegraven wegens de schoren en betonblokken die waren aangebracht om het gebouw te verstevigen, en het bevestigen van een kabel aan het hekwerk zou geen nut hebben gehad voor de beveiliging aangezien de kabels dan gemakkelijk kunnen worden doorgeknipt. Hoe dan ook was er 24/7 een bewakingsagent aanwezig op de site.
61. Men kan Telenet niet redelijkerwijs verwijten dat die werken op 21 februari 2022 nog niet voltooid waren, wanneer de site pas op 21 januari 2022 (en in feite zelfs pas op 14 februari 2022) vrijgegeven is. Het feit dat er op 21 februari 2021 weliswaar camera's aanwezig waren, maar niet voldoende om de volledige site te beslaan, is dus het gevolg van factoren onafhankelijk van de wil van Telenet.
62. Wat het derde punt van kritiek betreft, herinnert Telenet eraan dat de oorspronkelijke airconditioninginstallatie op het dak van het gebouw beschadigd is bij de gedeeltelijke instorting: de units stonden immers hoofdzakelijk op het deel van het gebouw dat ingestort is (zie foto).

[VERTROUWELIJK]

De airconditioning units die op het dak stonden, waren op het ogenblik van de storm met goedkeuring van de gerechtsdeskundige reeds verwijderd uit het puin. Telenet heeft deze airconditioning units laten vervangen door units naast het gebouw. Op het ogenblik van de inspectie stonden deze units inderdaad noodgedwongen buiten de perimeter van het terrein, om plaats te maken voor de geplande afbraak- en opruimingswerken. Zoals op de foto te zien is, is er slechts beperkte plaats voorhanden aan de westelijke zijde van het gebouw. Ondertussen zijn de units terug binnen de beveiligde perimeter geplaatst.

63. Het BIPT verwijt Telenet dat de airconditioninginstallatie "*vrij toegankelijk was en dus vatbaar voor schadelijke manipulatie door een voorbijganger*", wat een "*weerslag*" had kunnen hebben op de veiligheid van de netwerken en de dienstverlening.
64. In werkelijkheid was er geen reëel gevaar voor de veiligheid van de netwerken en de continuïteit van de dienstverlening. Indien de airconditioninginstallatie zou uitgevallen zijn, zou dit een alarm hebben doen afgaan, zodat de technische dienst kon ingrijpen. Bovendien duurt het een hele tijd voor de temperatuur binnen dermate oploopt dat de goede werking van de apparatuur in het gedrang komt. Vooral in de winterperiode is de kans dat dit gebeurt voordat er kan ingegrepen worden, verwaarloosbaar klein. Daarnaast was er, zoals hoger al aangehaald, in voldoende redundantie voorzien.

65. Telenet heeft dus, wat deze twee punten betreft, als een goede huisvader gehandeld in de gegeven omstandigheden en zijn verplichtingen krachtens artikel 107/2, §1 van de telecomwet (inspanningsverbintenis) nageleefd. Gelet op die omstandigheden – waarover Telenet geen controle had – is het onredelijk van het BIPT om Telenet te verwijten niet méér te hebben gedaan.

66. Bijgevolg is het tweede middel gegrond.

**D. Derde middel (in ondergeschikte orde): Het BIPT heeft ten onrechte drie verzwarende omstandigheden en geen verzachtende omstandigheden weerhouden**

*1. Samenvatting van het middel*

67. Telenet ontleent een derde middel aan de schending van het redelijkheids- en evenredigheidsbeginsel en van de materiële motiveringsplicht alsook aan de manifeste beoordelingsfout.

68. Het BIPT heeft in de bestreden beslissing geen verzachtende omstandigheden in overweging genomen, zonder dit op enigerlei wijze te motiveren. Nochtans heeft Telenet wel degelijk verzachtende omstandigheden ingeroepen.

69. Daarnaast heeft het BIPT drie verzwarende omstandigheden weerhouden, maar deze zijn ongegrond, of minstens onvoldoende onderbouwd.

*2. Uiteenzetting van het middel*

70. De bestreden beslissing bevat een afdeling 6.4 getiteld “Verzwarende en verzachtende omstandigheden”, maar in werkelijkheid heeft het BIPT enkel met verzwarende omstandigheden rekening gehouden. Nergens in de bestreden beslissing neemt het BIPT in overweging of er verzachtende omstandigheden voorhanden waren in hoofde van Telenet.

71. Telenet heeft in haar schriftelijke opmerkingen en tijdens de hoorzitting voor het BIPT nochtans verschillende verzachtende omstandigheden aangehaald, zoals onder meer:

- Het feit dat Telenet de voorzorg heeft genomen om, vóór de storm Eunice, de stevigheid van de tent te laten nakijken door een professionele tentenbouwer;
- Het feit dat er vóór de storm reeds in volledige ontdubbeling van de onder het puin bedolven apparatuur werd voorzien en bovendien ook in (geo)redundantie van de SO te [VERTROUWELIJK] via de SO te [VERTROUWELIJK];
- De beperkte mogelijkheden om werken uit te voeren op de site ten gevolge van de aanslepende gerechtelijke expertise en het niet vrijgeven van de verwoeste delen door de expert;
- Het feit dat Telenet duidelijke instructies had gegeven aan de bewakingsfirma m.b.t. de identiteitscontrole van bezoekers van de site;

- Het feit dat Telenet het BIPT op regelmatige tijdstippen tijdens de storm op de hoogte heeft gehouden van de toestand van haar netwerk;
  - Enz.
72. Door alleen verzwarende en geen mogelijke verzachtende omstandigheden in overweging te nemen, heet BIPT in feite alleen een onderzoek *à charge* maar niet *à décharge* gevoerd. Minstens had het BIPT moeten motiveren waarom het de hierboven vermelde en andere, door Telenet in de loop van de procedure aangevoerde, verzachtende omstandigheden niet in aanmerking heeft genomen.
73. Het BIPT heeft drie verzwarende omstandigheden weerhouden, zoals uiteengezet in afdelingen 6.4.2, 6.4.3 en 6.4.4 van de bestreden beslissing:
- Telenet zou verzuimd hebben de site te [VERTROUWELIJK] voldoende te beveiligen ondanks herhaaldelijke oproepen daartoe van het BIPT;
  - Telenet zou onvoldoende meegewerkt hebben met het BIPT tijdens storm Eunice;
  - Telenet zou “regelmatig” de procedures niet nageleefd hebben tijdens incidenten.
74. Telenet betwist deze alle drie, maar aangezien het BIPT aangeeft dat het bij de boeteberekening geen rekening gehouden heeft met de derde verzwarende omstandigheid, zal Telenet zich hier beperken tot een bespreking van de eerste twee.
75. Wat de eerste zgn. verzwarende omstandigheid betreft merkt Telenet vooreerst op dat het allerm minst duidelijk is hoe deze te onderscheiden is van de inbreuk zelf. Bovendien is de aantijging dat Telenet, ondanks de e-mails van het BIPT van 16 en 17 februari 2022 “verzuimd” zou hebben maatregelen te nemen om de site te beveiligen, kennelijk ongegrond. Telenet heeft op 16 februari 2022, preventief en proactief, en voorafgaand aan de e-mail van het BIPT van 17 februari 2022, een professionele tentenfirma ([VERTROUWELIJK]) ter plaatse gestuurd om de tent te controleren en waar nodig extra te beveiligen gelet op het aangekondigde stormweer.
76. Wat betreft het verzoek van het BIPT om de site te bezoeken, zijn de feiten als volgt. In zijn e-mail van 16 februari 2022 heeft het BIPT voorgesteld om ter plaatse te komen op 28 februari, 2 maart, 4 maart of een alternatieve datum in de eerste helft van maart 2022. Omdat er werken bezig waren op de site heeft Telenet in een mail van 17 februari 2022 voorgesteld om het bezoek uit te stellen naar de tweede helft van april 2022. Dezelfde dag antwoordde het BIPT akkoord te gaan om het bezoek uit te stellen naar 18 of 20 april 2022. Op 21 februari bevestigde Telenet dat het bezoek kon doorgaan op 20 april en gaf het een overzicht van de genomen fysieke beveiligingsmaatregelen. Dezelfde dag hebben echter twee personeelsleden van het BIPT een onaangekondigd bezoek gebracht aan de site. De insinuatie in pt. 96 van de bestreden beslissing dat Telenet niet zou ingegaan zijn op de vraag van het BIPT om de site te mogen bezoeken, is dus manifest ongegrond. Telenet heeft onverwijld op dit verzoek geantwoord en het BIPT heeft er zelf mee ingestemd om dit bezoek uit te stellen.
77. Wat de tweede zgn. “verzwarende omstandigheid” betreft, lijkt het BIPT Telenet vooral het niet naar de letter naleven van procedures te verwijten eerder dan een echt gebrek

aan medewerking tijdens storm Eunice. Ten eerste verwijt het BIPT Telenet dat het niet strikt om het uur en volgens het voorgeschreven formaat een update heeft gestuurd. Tijdens de storm (18 februari 2022) heeft Telenet het BIPT (zoals het BIPT zelf erkent) echter weldegelijk op regelmatige tijdstippen op de hoogte gehouden van de status van haar netwerk, nl. om 13u59, 15u43, 16u18, 17u26 en 20u23. De updates van 15u43, 16u02 en 16u18 bevatten specifieke informatie over de situatie in [VERTROUWELIJK]. Op 18 februari om 21u00 en op 19 februari om 9u00 is er geen nieuwe status update meer verstuurd omdat het rapport van 18 februari om 20u23 nog steeds geldig was. Hoe dan ook was het BIPT volledig op de hoogte van de toestand van het netwerk van Telenet.

78. Daarnaast verwijt het BIPT Telenet dat het de “escalatiematrix” zou genegeerd hebben door naar een lid van de dienst netwerkveiligheid van het BIPT te bellen in plaats van naar de wachtdienst voor netwerkveiligheid. Telenet heeft na dit telefonisch contact echter vrijwel onmiddellijk een e-mail gestuurd naar de wachtdienst van het BIPT, zoals voorzien is in de escalatie-matrix. Bovendien werd bij het telefonisch contact niet aangegeven dat Telenet een ander nummer had moeten bellen.
79. Deze zgn. verzwarende omstandigheid is dan ook zuiver formalistisch en heeft geen noemenswaardige impact gehad in de praktijk.
80. Het weerhouden van deze elementen als verzwarende omstandigheden is dan ook ongegrond, of minstens disproportioneel.
81. Bijgevolg is het derde middel gegrond.

OM DEZE REDENEN,

En alle andere nog te doen gelden indien nodig in de loop van het geding,

Onder voorbehoud van rechten en zonder enige nadelige erkenning in rechte noch in feite,

BEHAGE HET UW HOF,

- Het verzoek tot nietigverklaring ontvankelijk en gegrond te verklaren;
- Bijgevolg, het besluit van de Raad het BIPT van 23 augustus 2022 “betreffende het niet nemen door Telenet van de gepaste veiligheidsmaatregelen voor zijn site in [VERTROUWELIJK]” nietig te verklaren, in zijn geheel of in de mate waarin Uw Hof de middelen van verzoekende partij gegrond acht;
- In ondergeschikte orde, de ernst van de inbreuk te herkwalficeren als “licht”;
- In elk geval, het bedrag van de boete te verminderen;
- De verwerende partij te veroordelen in de kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, begroot op 1680 euro.

Brussel, 24 oktober 2022,

Voor de verzoekende partijen,

Hun raadslieden,

Thomas De Meese

Karl Stas