



**BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN
EN TELECOMMUNICATIE**

B I P T

**NIET-VERTROUWELIJKE VERSIE VAN HET
BESLUIT VAN DE RAAD VAN HET BIPT
VAN 14 JULI 2017
BETREFFENDE HET OPLEGGEN VAN EEN ADMINISTRATIEVE BOETE AAN
CITYMESH NV WEGENS NIET-NALEVING VAN HET BESLUIT VAN DE RAAD
VAN HET BIPT VAN 7 MEI 2015 BETREFFENDE DE TOEKENNING AAN
CITYMESH VAN GEBRUIKSRECHTEN IN DE 3,5 GHZ-FREQUENTIEBAND
VOOR DE VERSTREKKING VAN ELEKTRONISCHE-
COMMUNICATIEDIENSTEN OP HET BELGISCHE GRONDGEBIED**

INHOUDSOPGAVE

1. Inleiding.....	3
1.1. ACHTERGROND.....	3
1.2. WETTELIJK KADER	4
2. Analyse van het BIPT.....	5
2.1. MEEGEDEELDE GRIEF	5
2.2. STANDPUNT VAN CITYMESH TEN AANZIEN VAN DE MEEGEDEELDE GRIEF	6
2.3. BEOORDELING DOOR HET BIPT	6
2.4. CONCLUSIE BETREFFENDE DE NALEVING VAN HET BESLUIT VAN HET BIPT VAN 7 MEI 2015.....	6
3. Motivering van het BIPT betreffende het opleggen van de boete en de bepaling van het bedrag ervan	6
3.1. MOTIVERING BETREFFENDE HET OPLEGGEN VAN EEN BOETE	6
3.2. BEOOGD BEDRAG VAN DE ADMINISTRATIEVE BOETE MEEGEDEELD AAN CITYMESH	6
3.3. STANDPUNT VAN CITYMESH TEN AANZIEN VAN HET OPLEGGEN VAN EEN ADMINISTRATIEVE BOETE EN HET BEOOGDE BEDRAG ERVAN	6
3.4. BEREKENING VAN DE ADMINISTRATIEVE BOETE	6
3.4.1. <i>Bepaling van het basisbedrag</i>	7
3.4.2. <i>Boeteverhogende en -verlagende factoren</i>	8
3.4.3. <i>Noodzaak om de boete een afschrikkend karakter te geven</i>	8
3.4.4. <i>Wettelijke maximum van de boete</i>	8
4. Besluit	9
5. Samenwerkingsakkoord	9
6. Beroepsmogelijkheden.....	9

1. Inleiding

1.1. Achtergrond

Bij besluit van de Raad van het BIPT van 7 mei 2015 betreffende de toekenning aan Citymesh van gebruiksrechten in de 3,5 GHz-frequentieband voor de verstrekking van elektronische-communicatiediensten op het Belgische grondgebied (hierna “besluit van het BIPT van 7 mei 2015”) werd aan Citymesh NV het frequentieblok 3430-3450/3530-3550 MHz toegewezen op basis van het koninklijk besluit van 24 maart 2009 *betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 3410-3500/3510-3600 MHz en 10150-10300/10500-10650 MHz* (hierna “KB van 24 maart 2009”). Dit besluit bevatte als bijlage 1 de lijst met gemeenten waarin de gebruiksrechten van toepassing zijn¹ en als bijlage 2 de verbintenissen van Citymesh in het kader van zijn kandidatuur voor deze gebruiksrechten².

Deze gebruiksrechten zijn geldig vanaf 7 mei 2015, voor een periode van 10 jaar (tot 6 mei 2025).

Artikel 10 §2 van het KB van 24 maart 2009 bepaalt :

“Een radiotoegangsoperator deelt gedurende de drie jaren die volgen op de toekenning van de gebruiksrechten, elke maand, aan het Instituut de volledige lijst mee van de basisstations die in gebruik zijn.

Na deze periode volstaat de betreffende kennisgeving per semester.”

Aangezien het BIPT na de toekenning van de gebruiksrechten aan Citymesh geen enkele lijst van basisstations in dienst ontving, vroeg het BIPT per brief van 27 oktober 2016 aan Citymesh tegen 30 november 2016 te laten weten of Citymesh het hem toegewezen frequentieblok in gebruik heeft genomen en hoe het zijn verbintenissen in het kader van zijn kandidatuur voor deze gebruiksrechten is nagekomen.

¹ Met name Gent, Antwerpen, Brugge, Brussel, De Panne, Koksijde, Nieuwpoort, Middelkerke, Oostende, Bredene, De Haan, Blankenberghe, Knokke-Heist.

² Bijlage 2 – Verbintenissen aangegaan in het kader van de kandidatuur

Gemeente	Totale capaciteit (in Mbps) beschikbaar in deze gemeente vanaf:		
	7 mei 2016	7 mei 2017	7 mei 2018
GENT	1000	2000	3000
ANTWERPEN	1000	2000	3000
BRUGGE	1000	2000	3000
BRUSSEL	1000	2000	3000
DE PANNE	1000	1000	1000
KOKSIJDE	1000	1000	1000
NIEUWPOORT	1000	1000	1000
MIDDELKERKE	1000	1000	1000
OOSTENDE	1000	1000	1000
BREDENE	1000	1000	1000
DE HAAN	1000	1000	1000
BLANKENBERGHE	1000	1000	1000
KNOKKE-HEIST	1000	1000	1000

Citymesh antwoordde hierop per brief van 25 november 2016. Hieruit bleek dat het in 2016 een aantal basisstations in werking had gesteld in Oostende, Bredene en Blankenberghe met een totale capaciteit (in Mbps) van respectievelijk 1250, 1200 en 1140. Voor deze gemeenten werden de aangegeven verbintenissen (1000 Mbps vanaf 7 mei 2016, zie voetnoot 2) dus nagekomen. Voor de 10 andere gemeenten was er echter nog geen capaciteit beschikbaar, hoewel er in deze gemeenten al vanaf 7 mei 2016 een totale capaciteit van 1000 Mbps beschikbaar diende te worden gesteld (zie eveneens voetnoot 2).

Per brief van 11 april 2017 heeft het BIPT aan Citymesh zijn grieven meegedeeld met betrekking tot de niet-naleving door Citymesh van het besluit van het BIPT van 7 mei 2015. Hierin stelde het BIPT vast dat er een reeks aanwijzingen bestonden in de zin van artikel 21 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (hierna "statuutwet", zie verder) dat Citymesh zijn verbintenissen zoals opgenomen in bijlage 2 van het besluit van het BIPT van 7 mei 2015, niet nakomt. Citymesh reageerde op deze brief met grieven per brief van 2 mei 2017 en 10 mei 2017 en op de hoorzitting van 11 mei 2017. Per brief van 6 juni 2017 bezorgde Citymesh aan het BIPT de laatste stand van zaken.

1.2. Wettelijk kader

Artikel 21 van de statuutwet bepaalt:

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

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

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

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

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

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

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

2° de betaling binnen de termijn bepaald door de Raad van een administratieve boete die aan de Schatkist toekomt ten bedrage van maximaal 5.000 euro voor natuurlijke personen en van maximaal 5 % van de omzet van de overtreder gedurende het jongste volledige boekjaar in de sector voor elektronische communicatie of voor postdiensten in België of, indien de overtreder geen activiteiten ontwikkelt waarmee een omzet wordt behaald, ten bedrage van maximaal 1.000.000 euro voor rechtspersonen;

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Analyse van het BIPT

2.1. Meegedeelde grief

De motivering op grond waarvan de grief werd meegedeeld en die de basis van dit besluit vormt, is de volgende:

“2. Grieven

2.1. Schending van het besluit van 7 mei 2015

Uit voornoemde brief van Citymesh van 25 november 2016 bleek dat Citymesh in 2016 een aantal basisstations in werking had gesteld in Oostende, Bredene en Blankenberghe met een totale capaciteit (in Mbps) van respectievelijk 1250, 1200 en 1140. Voor deze gemeenten werden de aangegane verbintenissen (1000 Mbps vanaf 7 mei 2016, zie voetnoot 2) dus nagekomen.

Voor de 10 andere gemeenten is er echter nog geen capaciteit beschikbaar. Hoewel Citymesh in zijn antwoord aangaf te verwachten in deze gemeenten dezelfde aanpak te kunnen hanteren als in Oostende, Bredene en Blankenberghe, stelt het BIPT vast dat op dit vlak de aangegane verbintenissen niet werden nagekomen. Ook in de 10 andere gemeenten diende immers al vanaf 7 mei 2016 een totale capaciteit van 1000 Mbps beschikbaar te worden gesteld (zie eveneens voetnoot 2). Het besluit van de Raad van het BIPT van 7 mei 2015 werd op dit vlak dus niet nageleefd.

Artikel 20 van het KB van 24 maart 2009 bepaalt dat de lijst van de gemeenten waarvoor de gebruiksrechten gelden alsook de verbintenissen die de radiotoegangsoperator in het kader van zijn kandidaatstelling heeft aangegaan, deel uitmaken van de gebruiksrechten. De voorwaarden verbonden aan de gebruiksrechten werden dus niet nageleefd aangezien de aangegane verbintenissen niet vervuld werden.

2.2. Conclusie

Er bestaat een reeks aanwijzingen in de zin van voornoemd artikel 21 dat Citymesh zijn verbintenissen zoals opgenomen in bijlage 2 van het besluit van het BIPT van 7 mei 2015, niet nakomt.”

2.2. Standpunt van Citymesh ten aanzien van de meegedeelde grief

[weglating vertrouwelijke passage]

2.3. Beoordeling door het BIPT

Uit de informatie verstrekt door Citymesh blijkt dat het in de drie gemeenten waar het de capaciteit verhoogde (Oostende, Bredene en Blankenberghe) voordien reeds in orde was met de vereiste capaciteit van 1000 Mbps, deze gemeenten maakten dus niet het voorwerp uit van de meegedeelde grieven. De in Antwerpen beschikbaar gemaakte capaciteit van 500 Mbps komt wat betreft deze gemeente niet tegemoet aan de grieven.

2.4. Conclusie betreffende de naleving van het besluit van het BIPT van 7 mei 2015

Wat betreft het niet-naleven van het besluit van het BIPT van 7 mei 2015, blijft de stand van zaken dus dezelfde als op het moment van mededeling van de grieven: voor 10 gemeenten is de vereiste capaciteit niet beschikbaar.

3. Motivering van het BIPT betreffende het opleggen van de boete en de bepaling van het bedrag ervan

3.1. Motivering betreffende het opleggen van een boete

Volgens art. 13, 1° van de van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna “WEC”) is het BIPT belast met het beheer van het radiofrequentiespectrum. Om het efficiënt gebruik van radiofrequenties te bevorderen, vindt het BIPT het belangrijk om het onderbenutten van toegewezen frequenties in de 3.5 GHz-band te sanctioneren. Gezien het belang van deze band (zie verder het punt “Ernst van de inbreuk”) acht het BIPT het noodzakelijk om een administratieve boete op te leggen.

3.2. Beoogd bedrag van de administratieve boete meegedeeld aan Citymesh

Op basis van de redenering opgenomen in punt 3.2 van de brief met grieven van het BIPT van 11 april 2017 heeft het BIPT aan Citymesh een beoogd bedrag van de administratieve geldboete meegedeeld van 24 474 euro.

3.3. Standpunt van Citymesh ten aanzien van het opleggen van een administratieve boete en het beoogde bedrag ervan

[weglating vertrouwelijke passage]

3.4. Berekening van de administratieve boete

Het BIPT vindt het passend en evenredig dat er bij het bepalen van een administratieve boete uitgegaan wordt van een basisbedrag, dat gebaseerd is op de duur en de ernst van de inbreuk.

Bijgevolg is het gepast en evenredig om dit bedrag aan te passen op basis van de concrete gedragingen van de overtreder in het dossier, door het in rekening brengen van boeteverhogende en -verlagende factoren. Doorheen deze oefening past het te overwegen of het boetebedrag aangepast moet worden om prikkels te creëren met het oog op disciplineren of ontmoediging van het gedrag van de overtreder. Ten slotte gaat het BIPT na of het bedrag het wettelijk bepaalde maximumbedrag niet overschrijdt.

3.4.1. Bepaling van het basisbedrag

Bij het vaststellen van het basisbedrag van de administratieve boete houdt het BIPT rekening met de onderstaande elementen:

A. Omzet op de betrokken markt

Het voornoemde artikel 21, § 5, 2°, van de statuutwet spreekt van een omzet van de overtreder *“gedurende het jongste volledige boekjaar in de sector voor elektronische communicatie”*. Op 21 november 2016 deelde Citymesh aan het BIPT zijn omzet mee voor het jaar 2015 die 982 884 euro bedroeg. Het BIPT neemt dit omzetcijfer in aanmerking voor de berekening van de administratieve boete voor Citymesh.

B. Duur van de inbreuk

Vanaf 7 mei 2016 had Citymesh een eerste reeks aangegane verbintenissen dienen na te komen dus het is in overtreding vanaf die datum. Het BIPT stelt de duur van de overtreding vast op één jaar met dien verstande dat de inbreuk op dit moment nog niet is stopgezet.

C. Ernst van de inbreuk

De ernst van de inbreuk kan worden beoordeeld rekening houdend met de manier waarop deze een invloed heeft op de verwezenlijking van de hoofddoelstellingen die door het regelgevingskader worden beoogd, zoals de bevordering van de concurrentie, de bescherming van de belangen van de gebruikers, de bevordering van het efficiënt beheer van schaarse middelen (spectrum) (art. 6 WEC) en de bevordering van efficiënte investeringen (art. 8/1, d) WEC).

Door zijn verbintenissen m.b.t. het beschikbaar stellen van een bepaalde capaciteit in 10 gemeenten niet na te komen, ontnemt Citymesh potentiële gebruikers de kans op een groter aanbod en meer concurrentie in de sector. Hierbij wordt het toegewezen spectrum niet efficiënt gebruikt en wordt niet efficiënt geïnvesteerd om de opgelegde verplichtingen na te komen.

In zijn advies³ dat aangenomen is op 9 november 2016 meent de RSPG⁴ dat de 3400-3800 MHz-band een primordiale band is om 5G in Europa te introduceren, zelfs vóór 2020. Voor de RSPG heeft deze band het potentieel om van Europa de voorhoede te maken van de 5G-uitrol. Dat advies van de RSPG heeft uiteraard een belangrijke weerslag op de interesse van de markt voor de 3400-3800 MHz-band. Het aan Citymesh toegewezen frequentieblok 3430-3450/3530-3550 MHz maakt deel uit van deze band. Gelet op het strategische belang van de 3400-3800 MHz-band voor de invoering van 5G, is het in het bijzonder van belang dat de gebruiksrechten voor deze band niet onderbenut blijven. Doordat Citymesh zijn verbintenissen niet nakomt, laat het dus hoogwaardige frequenties onderbenut.

³ RSPG Opinion on spectrum related aspects for next-generation wireless systems (5G).

⁴ Adviesgroep inzake radiospectrumbeleid opgericht bij Besluit 2002/622/EG van de Commissie van 26 juli 2002 tot oprichting van een Beleidsgroep Radiospectrum.

Rekening houdend met de voorgaande elementen gaat het hier om een ernstige inbreuk. Daarom vindt het BIPT het proportioneel om een percentage in aanmerking te nemen van 3% van de omzet wat betreft de ernst van de overtreding.

D. Conclusie

Het BIPT neemt een basisbedrag in aanmerking van 29 487 euro (3% x 982 884 euro x 1 jaar met afronding).

3.4.2. Boeteverhogende en -verlagende factoren

A. Verzwarende omstandigheden

Er zijn in dit geval geen verzwarende omstandigheden.

B. Verzachtende omstandigheden

In zijn brief met grieven van 11 april 2017 zag het BIPT geen reden om verzachtende omstandigheden in aanmerking te nemen. Naar aanleiding van de reactie van Citymesh acht het BIPT het aangewezen dit wel te doen.

Citymesh is een relatief kleine en jonge speler op de markt. Het heeft tegenover het BIPT open kaart gespeeld over de bestaande situatie en goed meegewerkt. Het heeft schuldinzicht en spant zich in om zijn te lakse houding uit het verleden goed te maken.

Het feit dat de 3,5 GHz-frequenties in kwestie bij de toekenning ervan aan Citymesh nog niet hetzelfde belang hadden als vandaag, kan ook als verzachtende omstandigheid in aanmerking worden genomen.

Bovendien werd Citymesh nog niet eerder aangesproken voor de niet-naleving van het besluit van 7 mei 2015 (geen soortgelijk precedent in hoofde van Citymesh).

C. Conclusie

Aangezien er verschillende verzachtende omstandigheden in aanmerking kunnen worden genomen, wordt het basisbedrag verminderd met 50 %, met name tot 14 743,5 euro.

3.4.3. Noodzaak om de boete een afschrikkend karakter te geven

Eén van de functies van een boete bestaat erin de overtreder ertoe aan te zetten om een eind te maken aan de overtreding. Het BIPT vindt dat het bedrag van 14 743,5 euro in dit geval een afschrikkend karakter heeft.

3.4.4. Wettelijke maximum van de boete

Volgens artikel 21, § 5, 2°, van de statutwet kan de boete maximaal 5 % van de omzet van de overtreder bedragen. Dat komt in dit geval neer op 49 144,2 euro zodat 14 743,5 euro zich dus onder het wettelijke maximum situeert.

4. Besluit

Gelet op het besluit van de Raad van het BIPT van 7 mei 2015 betreffende de toekenning aan Citymesh van gebruiksrechten in de 3,5 GHz-frequentieband voor de verstrekking van elektronische-communicatiediensten op het Belgische grondgebied en artikel 21 van de statuutwet, na Citymesh naar behoren, schriftelijk en mondeling te hebben gehoord:

- stelt het BIPT vast dat Citymesh zijn verbintenissen zoals opgenomen in bijlage 2 van het besluit van het BIPT van 7 mei 2015, niet nakomt;
- beveelt het BIPT Citymesh binnen zes maanden een einde te stellen aan de overtreding;
- legt het BIPT aan Citymesh een administratieve boete op van 14 743,5 euro
- beveelt het BIPT dat Citymesh dit bedrag binnen 60 dagen na de ontvangst van dit besluit betaalt via overschrijving op het rekeningnummer met IBAN-code: BE63 6792 0058 7108 - BIC: PCHQBEBB op naam van de FOD Economie – Algemene ontvangstenrekening, met als mededeling "Boete BIPT aan Citymesh - niet-naleving van het besluit van 7 mei 2015".

5. Samenwerkingsakkoord

Het BIPT heeft overeenkomstig de procedure beschreven in lid 1 en 2 van artikel 3 van het samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 het ontwerp van dit besluit overgezonden aan de gemeenschapsregulators:

“Art. 3. Elke ontwerpbeslissing van een regulerende instantie die betrekking heeft op elektronische communicatienetwerken wordt door de desbetreffende instantie overgemaakt aan de andere regulerende instanties die zijn opgesomd in artikel 2, 2°, van dit samenwerkingsakkoord.

De regulerende instanties die geconsulteerd worden bezorgen binnen de 14 kalenderdagen hun opmerkingen aan de regulerende instantie die de ontwerpbeslissing heeft overgemaakt. (...)”

Zowel de CSA, de Medienrat als de VRM hebben laten weten geen opmerkingen te hebben bij het ontwerpbesluit.

6. Beroepsmogelijkheden

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

Het verzoekschrift bevat op straffe van nietigheid de vermeldingen vereist door artikel 2, § 2, van de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector. Indien het verzoekschrift elementen bevat die u als vertrouwelijk beschouwt, dan moet u dat uitdrukkelijk aangeven en op straffe van nietigheid, een niet-vertrouwelijke versie van dat verzoekschrift indienen. Het Instituut publiceert op zijn website het verzoekschrift dat door de griffie van het gerecht genotificeerd is. Elke belanghebbende partij kan in de zaak tussenkomen binnen dertig dagen na deze publicatie.

Axel Desmedt
Lid van de Raad

Jack Hamande
Lid van de Raad

Luc Vanfleteren
Lid van de Raad

Michel Van Bellinghen
Voorzitter van de Raad