

AUDITORAAT

Nr.: A/A 235.740/IX-10.012

Code: V-12-APR

VERSLAG

Betreffende het beroep tot nietigverklaring

inzake: **nv TELENET GROUP,**

Vertegenwoordigd door mrs. DE MEESE en STAS, advocaten, met kantoor te 1000 BRUSSEL, Joseph Stevensstraat 7, waarbij keuze van woonplaats wordt gedaan.

tegen: **BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister van Telecommunicatie,**

Vertegenwoordigd door mrs. DEPRÉ en DE FAUW, advocaten, met kantoor te 1050 BRUSSEL, E. Flageyplein 7, waarbij keuze van woonplaats wordt gedaan.

I. VOORWERP VAN HET VERZOEKSCHRIFT

Met een op 21 februari 2022 elektronisch verzonden enig verzoekschrift vordert de verzoekende partij de nietigverklaring van:

- In hoofdorde: artikelen 25 tot en met 37 van het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende de radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz1 en van artikel 24 van het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende de radiotoegang in de frequentieband 700 MHz (hierna: de 'bestreden bepalingen');
- In ondergeschikte orde: artikel 25, eerste lid, 2° en 3° van het koninklijk besluit van 28 november 2021 'betreffende de radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz'.

II. RECHTSPLEGING

De memories werden regelmatig ingediend.

Een bericht over dit vernietigingsberoep verscheen in het Belgisch Staatsblad van 4 mei 2022.

DE TOTSTANDKOMING VAN HET BESTREDEN BESLUIT EN DE VIERDE MOBIELE NETWERKOPERATOR

Belgische markt mobiele netwerkoperatoren

1. Een mobiele netwerkoperator (hierna: MNO) is een operator die beschikt over een eigen radiotoegangsnetwerk en spectrumvergunning. Daarvoor gebruiken de mobiele operatoren verschillende frequentiebanden.¹

Niet alle frequentiebanden hebben echter dezelfde propagatiekenmerken. Hoe lager de banden, hoe beter de propagatie van de golven en hoe groter de dekkingzone van een zendlocatie kan zijn. De lage banden (onder 1000 MHz) worden gebruikt om een dekking van het hele grondgebied te verwezenlijken. De hoge banden (boven 1000 MHz) worden doorgaans enkel gebruikt daar waar bijkomende capaciteit nodig is. Het is dus belangrijk voor een mobiele operator om over tegelijk frequenties in de lage banden en frequenties in de hoge banden te beschikken.²

De tabel hieronder geeft aan welke technologieën er zijn uitgerold in elke band.

Technologie	Banden gebruikt voor de dekking	Banden gebruikt voor de capaciteit
2G	900 MHz	1800 MHz
3G	900 MHz	2000 MHz
4G	800 MHz	1800 MHz 2000 MHz 2600 MHz
5G ("5G-light")		2000 MHz
5G		3600 MHz

Figuur 29. Technologie per band (bron: BIPT)

Er dient te worden opgemerkt dat de 2G- en 3G-technologieën op termijn zullen verdwijnen. De 900MHz-band zal dan kunnen worden gebruikt voor 4G en 5G.

¹ Mededeling van de Raad van het BIPT van 4 mei 2021 betreffende de impact van een vierde mobielnetwerkoperator op de Belgische mobiele markt, p 10 (adm. doss., stuk 36):
https://www.bipt.be/file/cc73d96153bbd5448a56f19d925d05b1379c7f21/c382c4c289a5dfa02598190c7986c6473912333b/Mededeling_impact_vierde_mobiel-netwerkoperator_Belgie.pdf

² *Ibidem*, p. 56.

2. Voor een overzicht van de Belgische markt valt te verwijzen naar de mededeling van de Raad van het Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie (hierna: BIPT) van 4 mei 2021 betreffende de impact van een vierde mobiele netwerkoperator op de Belgische mobiele markt.³

In België zijn er drie mobiele operatoren actief: Proximus, Orange Belgium en Telenet Group. Deze drie operatoren hebben elk drie mobiele technologieën uitgerold (2G, 3G en 4G) en richten zich zowel tot de particuliere als de professionele markten. Het BIPT heeft in 2020 een 4G-vergunning toegewezen aan Citymesh, een operator die zijn activiteiten focust op de bedrijvenmarkt

Een virtuele mobiele operator (MVNO) beschikt – in tegenstelling tot een MNO - niet over een eigen netwerk. MVNO's zijn bijgevolg afhankelijk van het netwerk van één van de drie MNO's. De meest geavanceerde MVNO's (zogenaamde "Full MVNO's") beschikken niet over een eigen radionetwerk, maar wel over eigen vaste-netwerkelementen. Hierdoor kunnen zij hun diensten in grotere mate differentiëren van de operator wiens netwerk ze gebruiken. Dat maakt dat zij een grotere invloed kunnen uitoefenen op de concurrentiedynamiek van de markt.

Eind 2014 waren Telenet en Lycamobile de belangrijkste Full MVNO's die actief waren op de markt. Door de overname van MNO Base door Telenet het jaar daarop was Lycamobile gedurende enige tijd de enige Full MVNO in België. Sindsdien zijn twee vooraanstaande operatoren overgestapt van een Light MVNO-model naar een Full MVNO-model: VOO9 (dat het Telenet-netwerk gebruikt) in 2018 en Mobile Vikings (dat het Orange-netwerk gebruikt) in 2019/10. In december 2020 kondigde Proximus zijn intentie aan om Mobile Vikings over te nemen. Ondertussen heeft de Belgische mededingingsautoriteit begin 2022 groen licht gegeven voor het afronden van de overname van Mobile.

Op basis van het aantal actieve klanten is Proximus marktleider met een marktaandeel van [30-40%] in 2020, gevolgd door Orange Belgium (marktaandeel van [20-30%] en Base/Telenet ([20-30%]). Full MVNO's vertegenwoordigen [0-10%] van de markt en Light MVNO's [0-5%]. Wat de omzet betreft heeft Proximus een marktaandeel van [40-50%] in 2020, Orange van [20-30%] en Telenet / Base van [20-30%]. Alle MVNO's vertegenwoordigen een gecombineerd marktaandeel van [0-10%].

³*ibidem*, p 10 e.v.

3. de vergunningssituatie in 2021 van elke band is als volgt:⁴

- Lopende vergunningen:
 - 800 MHz (30 MHz duplex¹⁰⁷ voor de drie MNO's) tot 2033;
 - 2600 MHz (55 MHz duplex voor de drie MNO's) tot 2027;
 - 2600 MHz (15 MHz duplex voor Citymesh) tot 2035.

- Banden die opnieuw voor 20 jaar zullen geveild worden:
 - 900 MHz (35 MHz duplex);
 - 1800 MHz (75 MHz duplex);
 - 2000 MHz (60 MHz duplex).

- Nieuwe banden voor 20 jaar:
 - 700 MHz (30 MHz duplex);
 - 1400 MHz (90 MHz SDL¹⁰⁸);
 - 3600 MHz (390 MHz TDD¹⁰⁹).

De mededeling van de Raad van het BIPT van 4 mei 2021 betreffende de impact van een vierde mobielnetwerkoperator op de Belgische mobiele markt (hierna: Impactstudie)⁵

4. Naar aanleiding van het overlegcomité van 12 februari 2021 vraagt de vice-eersteminister De Sutter aan het BIPT om zijn studie van 26 juni 2018 over de *status quaestionis* van de *consumer welfare* in de Belgische telecommarkt, up-to-date te brengen. Ook vraagt het Overlegcomité aan de bevoegde minister “om een studie te bestellen over de impact op investeringen, de reservatie van 35 MHz duplex voor de nieuwkomer, de tewerkstelling en het aspect volksgezondheid inzonderheid wat betreft afval en het energieverbruik met betrekking tot de komst van de vierde speler en 5G en deze samen met het advies van de Raad van State voor te leggen op een volgend Overlegcomité”.⁶

⁴ *Ibidem*, p. 57.

⁵ Mededeling van de Raad van het BIPT van 4 mei 2021 betreffende de impact van een vierde mobielnetwerkoperator op de Belgische mobiele markt, p 56 (adm. doss., stuk 36): https://www.bipt.be/file/cc73d96153bbd5448a56f19d925d05b1379c7f21/c382c4c289a5dfa02598190c7986c6473912333b/Mededeling_impact_vierde_mobiel-netwerkoperator_Belgie.pdf

⁶ *ibidem*, p 4.

De Impactstudie gaat vergezeld met een studie van het consultantkantoor AXON inzake de financiële en milieu-impact van 5G en een vierde mobiele netwerkoperator in België.⁷

5. De Impactstudie bevat de bevindingen over de gevolgen van de mogelijke spectrumreservering voor een vierde speler op de concurrentiesituatie van de markt. In de *'Executive Summary'* staat hieromtrent:

11. De mobiele markt wordt gekenmerkt door een concurrentie via infrastructuur tussen drie algemene mobiele operatoren (die met name zowel op de particuliere markt als op de businessmarkt actief zijn). In tegenstelling tot de vaste markt die slechts twee netwerkoperatoren kent, wordt de Belgische mobiele markt dan ook niet gekenmerkt door grote concurrentieproblemen die een tussenkomst ex ante vereisen of gemakkelijk mogelijk maken. De MNO's sluiten tot op heden commerciële toegangsakkoorden met de MVNO's. Er is dus geen sprake van toegangsweigering. Met de fusie in 2015 tussen Telenet en BASE is evenwel een belangrijke Full MVNO verdwenen die goed was voor 8 à 10% van de markt en die het marktspel dynamischer had gemaakt bij zijn aankomst. De aangekondigde overname van Mobile Vikings door Proximus gaat ook in die richting.

12. In het algemeen vertoont het prijsniveau van de mobiele-telefoniediensten in België sinds enkele jaren een dalende trend. Toch zijn de Belgische prijzen, ondanks deze trend, echter niet altijd goedkoop in een internationale context, vooral wat betreft de gebruikersprofielen met een groot datavolume. Enerzijds blijkt België met betrekking tot de "lichte profielen" (d.w.z. met een laag of relatief beperkt datavolume), redelijk competitief te zijn in vergelijking met zijn burens alsook in vergelijking met het Europese gemiddelde. Anderzijds blijft België voor de zwaarste profielen (d.w.z. met een datavolume van meer dan 5 GB) aanzienlijk duurder dan zijn naaste burens en de meeste landen van de Europese Unie.

13. De dekking en de dienstkwaliteit, onder meer in termen van snelheid, zijn goed, zelfs erg goed. Ze worden ook aldus ervaren door de consument, die in het algemeen tevreden is over de kwaliteit van de dienstverlening. De concurrentie via kwaliteit werd meer bepaald gestimuleerd door de maatregelen die de regulator deze laatste jaren heeft voorgesteld (onder meer het in kaart brengen van de mobiele netwerken waardoor de dekking van de operatoren kan worden vergeleken). De take-up en het gebruik van mobiele breedbandinternet blijven in België echter aanzienlijk onder het Europese gemiddelde.

⁷ Adm. doss., stuk 35.

14. De Belgische mobiele markt wordt dan wel niet gekenmerkt door grote concurrentieproblemen maar dat neemt niet weg dat de concurrentie kan worden versterkt. Vandaag werkt het BIPT reeds aan een verhoogde transparantie, zoals prijzen vergelijken via www.bestetarief.be, dekingskaarten en de kwaliteitsbarometer. Daarenboven moet de regulering van toegang tot de vastebreedband- en tv-markten de mobiele operatoren (zonder eigen vast netwerk) laten overleven in een markt die steeds meer uit bundels bestaat (inclusief quadruple-bundels met een mobiele-telefoniecomponent, het sterkst stijgende segment). Transparantiemaatregelen hebben echter geen effect op de diversiteit van het aanbod in geval van toenemende concentratie. De maatregelen die worden genomen in het kader van de analyse van de vaste markten zijn bovendien niet rechtstreeks gericht op het vergroten van het concurrentievermogen van de mobiele markt. Wat betreft de regelgeving voor de toegang tot de mobiele markt, is het niet realistisch gezien de voorwaarden voor dergelijke regulering wellicht niet vervuld zijn en de mobiele markt door de Europese Commissie al jaren niet meer in de lijst van markten die vatbaar zijn voor ex-anteregulering is vermeld. Ook het reguleren van de retailprijzen op de mobiele markten is geen realistische optie volgens het huidige reglementaire kader (los van het feit of dit wenselijk zou zijn).

15. Een vierde speler kan hier dus een rol spelen voor het verder aanscherpen van de concurrentie. Op basis van enkele ervaringen bij een toetreding van een vierde speler in het buitenland (Frankrijk, Nederland, Italië) is de verwachting dat de prijzen sterk zullen dalen, zeker in een eerste fase. Ook zien we dat deze nieuwkomers vaak met nieuwe prijsformules en diensten de markt betreden waardoor ook bestaande operatoren zich aanpassen. Een typische reactie van de bestaande operatoren is bijvoorbeeld om goedkope tariefformules op de markt te brengen om zo de intrede van een nieuwe speler te counteren. Omgekeerd bestaan er studies (o.a. van Berec) die aantonen dat consolidaties van 4 naar 3 in het buitenland tot prijsstijgingen hebben geleid.

16. Het is niet evident om te bepalen wat de impact op lange termijn en de impact op het algemene niveau van investeringen zal zijn. Terwijl de studies over de impact op het algemene niveau van investeringen elkaar tegenspreken, wijzen bepaalde elementen er evenwel op dat het niveau van investeringen bij de bestaande operatoren onder druk komt te staan door beperkte winsten. Dat is zeker het geval bij een operator waarvan de winsten aan de lagere kant zijn ten opzichte van zijn sectorgenoten.

17. De investeringsbeslissingen in de mobiele sector hangen echter eerder af van de investeringscyclussen die samengaan met de verschillende technologische evoluties (3G en 4G). Hierdoor is het mogelijke effect van het aantal spelers op de investering moeilijk te voorspellen.

18. Het effect op het kwaliteitsniveau is tweeledig. Enerzijds kan men uit een verhoogde concurrentie meer innovatie verwachten. Zo is volgens ACM de uitrol van 4G in Nederland versneld door de intrede van operator Tele2. Ook de OESO spoorde onlangs Duitsland aan tot meer netwerkconcurrentie (Duitsland kent 3 MNO's na een consolidatie van 4 naar 3), niet enkel voor prijsconcurrentie maar ook om meer innovatie te bereiken op de markt. Anderzijds kan de verlaagde winst ook betekenen dat operatoren minder zullen investeren in zones waar de concurrentie niet speelt (bijv. de dekking van de landelijke gebieden) of kosten zullen drukken op

kwaliteit om een antwoord te bieden op de prijsconcurrentie. Wat het eerste punt betreft, valt op te merken dat dekkingsvereisten die verbonden worden aan de vergunningen een adequate dekking kunnen verzekeren.

19. De veiling van frequentiebanden gepland voor 2022 zal weer extra spectrum vrijmaken op de markt, waaronder het meest interessante deel, met name het spectrum onder de 1 GHz, dat stijgt met 30%. Tegelijk is dit ook een eenmalige mogelijkheid in de twee komende decennia om een nieuwe speler op de markt te brengen die waarschijnlijk ook op de vaste markt actief zal worden en dit dankzij de regulering op de vaste markten voor breedbandinternet- en omroepdiensten die de CRC in 2018 heeft ingevoerd.

20. Zelfs mét een vierde speler komt er voor de bestaande spelers extra spectrum bij door de nieuwe banden die ter beschikking worden gesteld (ook al is er verlies van spectrum in sommige banden zoals de 900MHz- en de 1800MHz-band). Daarnaast is er ook nog spectrum dat vandaag onderbenut wordt (bijvoorbeeld in de 2600MHz-band). De verdere verwachte exponentiële groei van de mobiele data in de komende jaren zal dus deels opgevangen worden door het onderbenutte spectrum en het extra spectrum afkomstig van de komende veiling en het toekomstige spectrum (26 GHz), en deels door het installeren van bijkomende antennes. Niettegenstaande de toename van mobiele data, is er dus voldoende spectrum beschikbaar om frequenties toe te wijzen aan een vierde mobiele operator.

21. Wel zullen de bestaande operatoren zich na de veiling moeten aanpassen aan de nieuwe situatie. Zo kan het potentiële verlies van spectrum in de 900MHz-band leiden tot een vermindering van de capaciteit voor de bestaande diensten (2G, 3G of 4G) in de landelijke zones voor maximaal één van de bestaande spelers. Voor 5G zal één van de drie spelers, net als de nieuwkomer, over 5 MHz beschikken in plaats van 10 MHz in de 700MHz-band. Hierdoor wordt de debietcapaciteit voor deze operatoren (alsook de “deep indoor”-dekking) verminderd in de landelijke gebieden. Deze verminderde capaciteit kan echter opgevangen worden door andere banden, mits er andere technologieën eerder worden stopgezet (bijv. 3G). Ten slotte valt op te merken dat er tijdelijke kwaliteitsproblemen kunnen ontstaan tijdens de migratieperiode.

22. Een van de grootste uitdagingen waarmee een eventuele vierde operator geconfronteerd zal worden, is het verkrijgen van de nodige bouw- en milieuvergunningen voor de sites, pylonen en antennes. Aangezien tal van sites reeds ingenomen zijn door twee of drie operatoren zal de verplichte sitiesharing maar een beperkt deel van de problemen kunnen oplossen. De doorlooptijden voor het verkrijgen van een bouwvergunning voor nieuwe pylonen zijn relatief lang. Deze situatie zal een mogelijke nieuwkomer dus waarschijnlijk aanmoedigen om op het gebied van infrastructuur een samenwerking aan te gaan met een of meerdere operatoren.

23. De huidige stralingsnormen van het Brussels Hoofdstedelijk Gewest werpen bovendien een bijkomende drempel op (een drempel die overigens nu ook reeds bestaat voor de verdere uitrol van 5G door de bestaande operatoren). Alternatieven zijn eventueel vormen van network sharing. Die kunnen in principe enkel op commerciële basis worden afgesloten. Netwerkdelen kan echter door de versterkte concurrentie het middel bij uitstek worden om de kosten van operatoren te drukken.

24. De interesse van een vierde speler was oorspronkelijk niet voorspeld door het BIPT, aangezien er destijds geen concrete interesse werd geuit door nieuwe spelers wat de aankoop van spectrum betreft. Daarenboven was de trend van de afgelopen jaren eerder naar een consolidatie van 4 naar 3 (netwerk)operatoren. Wat het eerste punt betreft is er duidelijke interesse vanuit de markt gebleken voor de aankoop van spectrum in België ingeval het portfolio en de voorwaarden realistisch zijn voor intrede. Daarenboven valt op te merken dat de consolidatietrend steeds met argusogen bekeken werd door de Europese Commissie. Soms zijn consolidaties aan voorwaarden onderworpen om de toetreding door een nieuwe speler te vergemakkelijken (al dan niet met afstand van spectrum) om verminderde concurrentie die uit de consolidatie kan volgen te vermijden. In recentere besluiten treedt de Europese Commissie veel strenger op door fusies te weigeren, bijvoorbeeld in het Verenigd Koninkrijk en Denemarken, nadat bleek dat de aangeboden remedies in andere zaken niet altijd voldoende succesvol bleken om de concurrentie op de markt (prijsstijgingen) te behouden. Dit kan betekenen dat deze consolidatietrend zou kunnen vertragen in de komende jaren.

25. Hoe dan ook, indien men beslist om een vierde speler de mogelijkheid te geven om de markt te betreden, dienen uiteraard de nodige randvoorwaarden vervuld te zijn om een gelijk speelveld te creëren. Naast een pakket gereserveerd spectrum (700, 900, 1800, 2000 MHz) moet er ook in nationale roaming worden voorzien en zal er een minder streng tijdschema voor de dekkingsverplichting moeten komen.

26. Ten slotte dient opgemerkt te worden dat de mogelijkheid tot intrede voor een vierde speler slechts een optie is die uiteindelijk vanuit de markt dient gelicht te worden. De keuze die hier dus gemaakt wordt, gaat over een kans te laten voor een mogelijke intrede indien daar commerciële interesse voor bestaat. Het gaat er niet om een mogelijke intrede op te leggen. Indien er uiteindelijk geen interesse zou bestaan, bijvoorbeeld door de drempels en moeilijkheden hierboven beschreven, blijven de bestaande operatoren over met het volledige pakket aan spectrum. Als in het geval van de intrede van een vierde operator zou blijken dat de markt geen vier spelers kan dragen, zal later een consolidatie volgen, waardoor men opnieuw naar drie spelers zou overgaan.

De bestreden bepalingen

6. De Raad van het BIPT heeft op verzoek van de minister van Telecommunicatie betreffende het regelgevingskader voor de organisatie van een multibandveiling, openbare raadpleging georganiseerd die heeft plaatsgevonden van 16 juli tot 31 augustus 2021.⁸

⁸ Zie aanhef van de KB's waarin de bestreden bepalingen zijn opgenomen.

7. De Koning heeft verschillende met elkaar verband houdende besluiten genomen. Deze zijn:⁹

- Het koninklijk besluit van 28 november 2021 ‘betreffende radiotoegang in de 1427-1517 MHz’
- Het Koninklijk besluit van 28 november 2021 ‘betreffende radiotoegang in de 3400-3800 MHz-band’;
- Het Koninklijk besluit van 28 november 2021 ‘betreffende radiotoegang in de frequentieband 700 MHz’;
- Het Koninklijk besluit van 28 november 2021 ‘betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz’.

8. In het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State staat over de vierde operator o.m. het volgende:¹⁰

[...] 4.1. Vastgesteld moet worden dat dit artikel 52 de lidstaten met name de mogelijkheid biedt om, op advies van de nationale regelgevende instantie, “een bepaald deel van een radiospectrumband of een groep van banden voor toewijzing aan nieuwe marktdeelnemers [te reserveren], als dit passend en gerechtvaardigd is gezien een specifieke situatie op de nationale markt”.

Het reserveringssysteem ten behoeve van een mogelijke nieuwe, vierde operator waarin door de stellers van het ontwerp voorzien wordt, wordt dus door het Europees recht in het vooruitzicht gesteld en toegestaan

Er dient evenwel opgemerkt te worden dat voor de invoering van zulk een systeem de bevoegde instanties erop moeten toezien dat ze:

- daadwerkelijke mededinging bevorderen en verstoringen van de mededinging op de interne markt voorkomen;
- rekening houden met de marktomstandigheden en de beschikbare benchmarks,
- hun beslissingen baseren op een objectieve en toekomstgerichte beoordeling van de mededingingsomstandigheden op de markt, van de vraag of dergelijke maatregelen noodzakelijk zijn om daadwerkelijke mededinging in stand te houden of tot stand te brengen en van de waarschijnlijke effecten van dergelijke maatregelen op bestaande en toekomstige investeringen door marktdeelnemers, met name op het gebied van de uitrol van netwerken, waarbij ze rekening moeten houden met de marktanalyseaanpak van artikel 67, lid 2, van het Wetboek.

⁹ De koninklijke besluiten werden op 23 december 2021 in het Staatsblad gepubliceerd.

¹⁰ Adv.RvS nr. 69.769/4 van 4 oktober 2021 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘betreffende radiotoegang in de frequentieband 700 MHz’, p. 36 e.v.; Adv.RvS nr. 69.770/4 van 4 oktober 2021 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz’, p. 34 e.v.

Zoals reeds eerder werd gesteld, heeft de afdeling Wetgeving niet te beoordelen of in casu aan de aldus bij het Europees recht opgelegde voorwaarden is voldaan in al hun aspecten en nuances, in zoverre ze geen specifieke kennis heeft van de feitelijke situaties waarop het ontwerpbesluit betrekking heeft en geen specifieke expertise heeft betreffende de wetenschappelijke, technische en economische aspecten waarmee rekening moet worden gehouden.

Zij hoort daarentegen wel na te gaan of de stellers van het ontwerp zelf rekening gehouden hebben met de voornoemde elementen en of zij de vereiste analyses hebben uitgevoerd. Uit het dossier dat aan de afdeling Wetgeving is bezorgd, kan evenwel niet worden afgeleid dat dit het geval is.

Bijgevolg moeten de stellers van het ontwerp kunnen aantonen dat ze het onderzoek opgelegd bij artikel 52 van het Wetboek in al zijn aspecten hebben gevoerd. Het verslag aan de Koning moet dienovereenkomstig worden aangevuld.

4.2. De stellers van het ontwerp moeten evenzo kunnen aantonen dat ze de procedures bedoeld in artikel 52, lid 3, van het Wetboek, in acht genomen hebben. In casu gaat het meer in het bijzonder om de procedures bepaald in de artikelen 23 en 35 van het Wetboek.

Uit de inlichtingen van de gemachtigde van de minister blijkt dat de raadpleging waarvan sprake in artikel 23 tussen 16 juli en 31 augustus 2021 is gehouden. [...]

9. Het verslag aan de Koning bij Koninklijk besluit van 28 november 2021 'betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz' bevat, na de aanvulling als gevolg van de opmerkingen van de afdeling Wetgeving, de volgende toelichting:

Artikelen 25 tot 36

Om een nieuwkomer op de markt aan te trekken en de voorwaarden te scheppen voor een efficiënte en duurzame concurrentie, en om tevens de blijvende aanwezigheid van de nieuwkomer op de markt op lange termijn te garanderen, zou een nieuwkomer op de markt een portfolio van frequenties moeten kunnen krijgen die degene van de gevestigde operatoren benadert.

De kans is uiterst klein dat een nieuwkomer op de markt in staat is om een hoger bod te doen dan de gevestigde operatoren om een portfolio van frequenties te verkrijgen die degene van de gevestigde operatoren benadert. Een nieuwkomer op de markt moet dus uitdrukkelijk de mogelijkheid krijgen om een dergelijke portfolio van frequenties te verwerven.

In de buurlanden, met name het Verenigd Koninkrijk en Nederland, zijn er relevante precedentes met betrekking tot de procedures voor spectrumtoewijzing in de 800 MHz-band waarbij het voorrecht van de nieuwkomer met succes is toegepast. In het Verenigd Koninkrijk

heeft Hutchison 3G op die manier zijn eerste spectrum onder 1 GHz kunnen verwerven, waardoor zijn concurrentiepositie op lange termijn is verbeterd op een markt met vier operatoren. In Nederland kon daardoor de overstap worden gemaakt van een markt met drie operatoren naar een markt met vier operatoren, waarbij Tele2 de vierde mobiel-netwerkoperator werd. Soortgelijke succesvolle precedents vindt men in Cyprus en Slovenië.

De bestaande mobiele operatoren beschikken elk over 10 MHz duplex in de 800 MHz-band. Aangezien het voor een nieuwkomer op de markt niet meer mogelijk is om in de 800 MHz-band spectrum te verkrijgen, moet de portfolio van frequenties die voorbehouden wordt aan een nieuwkomer op de markt ook spectrum bevatten in de 700 MHz-band opdat de nieuwkomer ook in de lage band over 4G-spectrum kan beschikken.

In toepassing van artikel 52 van het Europees wetboek voor elektronische communicatie heeft het BIPT een prospectieve evaluatie gemaakt van de mededingingsvoorwaarden op de markt voor mobiele telecommunicatie, van de eventuele noodzaak aan maatregelen om een daadwerkelijke concurrentie te behouden of te waarborgen en van de waarschijnlijke gevolgen van dat soort van maatregelen op de bestaande en toekomstige investeringen. Conform artikel 67, lid 2 van datzelfde Wetboek, houdt de uitgevoerde studie rekening met de marktontwikkelingen, relevante concurrentiedruk en de verschillende soorten van regulering opgelegd op deze markt of op andere relevante markten. De studie heeft met name betrekking op de marktaandeelen, op de prijzen en hun evolutie en op de kwalitatieve aspecten van de markt (dekking, snelheden, kwaliteit). Ze analyseert de impact van de introductie van 5G in termen van diensten, spectrum en milieu. Ze bekijkt verschillende opties voor de mobiele markt, waaronder het gebruik van het spectrum om een nieuwe toetreding tot de markt te stimuleren. De impact van een dergelijke toetreding op de prijzen, de investeringen en de dienstkwaliteit worden evenzeer geanalyseerd. De introductie van 5G zou voor de consument op termijn moeten leiden tot een sterk verbeterde mobiele communicatie en ultra-betrouwbare netwerken voor het internet der dingen en toepassingen waarbij een zeer lage latency van essentieel belang is, zoals voor de zelfrijdende wagen. Een nieuwe vierde MNO op de markt zou mede de ontwikkeling en differentiatiemogelijkheden van deze technologie kunnen versnellen en ervoor zorgen dat de brede mogelijkheden van deze technologie in diverse economische sectoren ten volle benut kunnen worden. Het reserveren van spectrum voor een nieuwkomer is noodzakelijk om te vermijden dat bestaande operatoren de markt vergrendelen door al het spectrum op te nemen om zo elke intrede tegen te gaan. Anderzijds moeten het gereserveerde spectrum en de daaraan verbonden voorwaarden voor de nieuwkomer een zo gelijk mogelijk speelveld creëren (bijv. voldoende spectrum voorzien en in alle banden die relevant zijn voor de gebruikelijke en toekomstige technologieën) zodat hij met de bestaande operatoren kan concurreren. Er dient te worden opgemerkt dat een vierde speler absoluut nood heeft aan een portefeuille met ten minste 2 blokken van 5 MHz duplex onder 1 GHz teneinde deze in staat te stellen om een 4G-netwerk en een 5G-netwerk uit te rollen over het ganse grondgebied. Wat betreft de investeringen, tewerkstelling en de milieuaspecten in verband met de komst van een vierde speler op de Belgische mobiele markt en 5G, werd de BIPT-studie aangevuld met het verslag van een externe consultant, Axon Partners Group Consulting.

Axon is van mening dat, aangezien de investeringen gestimuleerd worden door de uitrol van 5G, het globale niveau ervan geen beduidende invloed zou mogen ondervinden door de eventuele aanwezigheid van een vierde mobiele operator.

De voorwaarden voor het verkrijgen en het gebruik van de gebruiksrechten die worden toegewezen aan de mobiele operatoren in de 700 MHz-band worden gedefinieerd in het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende radiotoegang in de 700 MHz-band. De portfolio van frequenties die voorbehouden wordt aan een nieuwkomer op de markt zal dus maar spectrum in de 700 MHz-band kunnen bevatten als dat spectrum nog niet is toegewezen in het kader van een procedure die wordt georganiseerd krachtens het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende radiotoegang in de 700 MHz-band.

Er wordt een eerste veiling die voorbehouden is voor de nieuwkomers op de markt georganiseerd om de portfolio van frequenties samengesteld uit spectrum in de banden van 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz toe te wijzen. Indien er meerdere kandidaten zijn om de 6 blokken van het enige perceel te verwerven, dan zal er een veiling georganiseerd worden tussen deze kandidaten met het oog op het toewijzen van het volledige enig perceel van 6 blokken aan de hoogste bidder.

Mogelijkerwijze zal er geen kandidaat zijn voor het volledige enig perceel. Dit besluit laat echter ook toe dat er één of meerdere kandidaturen aanvaard worden voor een deel van de 6 blokken van het enig perceel, bijvoorbeeld voor het blok op 700 MHz en een blok op 1800 MHz. Enkel indien er geen enkele kandidaat is voor het enig perceel dan worden de beschikbare blokken geveild onder deze kandidaten. Deze kandidaten kunnen verschillende blokken beogen.

Indien er slechts 1 kandidaat is voor de 6 blokken van het enig perceel, dan zal deze kandidaat kunnen beslissen om een bod uit te brengen voor slechts een deel van de 6 blokken van het enig perceel. Deze kandidaat zal dan beschouwd worden als houder van het hoogste bod voor dit deel van de 6 blokken. De andere blokken worden dan bij de hoofdveiling onder alle kandidaten gevoegd, waar ook de bestaande mobiele operatoren aan deel kunnen nemen.

10. Verslag aan de Koning bij Koninklijk besluit van 28 november 2021 ‘betreffende radiotoegang in de frequentieband 700 MHz’ bevat de volgende toelichting:

Het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende radiotoegang in de banden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz bepaalt dat een eerste veiling die voorbehouden is voor de nieuwkomers op de markt georganiseerd wordt om de portfolio van frequenties samengesteld uit spectrum in de banden van 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz toe te wijzen. Indien het BIPT de toewijzingsprocedure voor de 700 MHz-band combineert met de toewijzingsprocedure waarvan de verleningsvoorwaarden worden vastgesteld in het voormelde koninklijk besluit, is het mogelijk dat een frequentieblok waarvan sprake in artikel 4, § 1, aan een nieuwkomer wordt verleend tussen de oproep tot het indienen van kandidaturen, bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad en het eerste deel van de toewijzingsprocedure

11. Het koninklijk besluit van 28 november 2021 ‘betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz’ bevat de volgende bestreden bepalingen:

“Afdeling 5. - Nieuwkomer

Art. 25. Eén perceel, bestaande uit de volgende frequentieblokken, wordt geveild overeenkomstig de bepalingen van de artikelen 26 tot 36:

- 1° een frequentieblok vermeld in artikel 4, § 1, 1° ;
- 2° drie frequentieblokken vermeld in artikel 4, § 1, 3° ;
- 3° een frequentieblok vermeld in artikel 4, § 1, 4° ;
- 4° een frequentieblok vermeld in artikel 4, § 1, van het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende radiotoegang in de 700 MHz-band, voor zover dat het geheel van deze blokken niet werd toegekend in het kader van een procedure georganiseerd krachtens het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende radiotoegang in de frequentieband 700 MHz;

Indien er, in afwijking van het eerste lid, geen enkele kandidaat zijn wens heeft uitgedrukt om biedingen te kunnen doen op het enige perceel bedoeld in het eerste lid, worden de 6 frequentieblokken vermeld in het eerste lid geveild overeenkomstig de bepalingen van de artikelen 26 tot 36, in de vorm van 6 verschillende percelen. Om de percelen te identificeren tijdens het maken van een bod conform artikel 28, worden de blokken genummerd:

- 1° 1 voor het blok vermeld in het eerste lid, 1° ;
- 2° van 12 tot 14 voor de blokken vermeld in het eerste lid, 2° ;
- 3° 27 voor het blok vermeld in het eerste lid, 3° ;
- 4° 39 voor het blok vermeld in het eerste lid, 4°.

Indien er, in afwijking van het eerste lid, slechts één kandidaat zijn wens heeft uitgedrukt om biedingen te mogen uitbrengen voor het enige perceel bedoeld in het eerste lid, wordt de veiling overeenkomstig de bepalingen van artikelen 26 tot 36 niet georganiseerd, en kan de kandidaat automatisch tussen 1 en 6 frequentieblokken vermeld in het eerste lid, toegewezen krijgen. De kandidaat stelt het Instituut in kennis van zijn keuze binnen 3 dagen na het verzoek van het Instituut.

De 2G-operatoren en de 3G-operatoren zijn uitgesloten van de in dit artikel bedoelde veiling.

Een beperkte kandidaat mag niet deelnemen aan de in dit artikel bedoelde veiling.

De bepalingen van de artikelen 38 en 42 zijn van toepassing op de veiling bedoeld in het eerste lid.

De in het eerste lid bedoelde veiling wordt maar georganiseerd tijdens de eerste procedure van toewijzing van de gebruiksrechten krachtens dit besluit.

Art. 26. Voor de start van de in artikel 25 bedoelde veiling deelt het Instituut aan de kandidaten die eraan mogen deelnemen, de volgende inlichtingen mee:

- 1° elke relevante informatie die de kandidaat dient te gebruiken om een bod uit te brengen en om te bewijzen dat elke mededeling die hij in het kader van de veiling doet van hem afkomstig is;
- 2° het tijdstip van begin en einde van de eerste ronde;
- 3° het bedrag van het bod voor elk in artikel 25 bedoelde perceel, voor de eerste ronde;
- 4° in voorkomend geval, de overige inlichtingen en documenten die de kandidaat nodig heeft om te kunnen deelnemen aan de toewijzing bij opbod.

Art. 27. § 1. Het Instituut beslist wanneer de opeenvolgende rondes worden georganiseerd en brengt de in artikel 26 bedoelde kandidaten daarvan op de hoogte. Tijdens elke ronde kan een kandidaat het volgende aan het Instituut melden:

- 1° dat hij een bod of meerdere biedingen uitbrengt overeenkomstig artikel 28, of;
- 2° dat hij een beroep doet op een paskaart overeenkomstig artikel 31, of;
- 3° dat hij zich terugtrekt uit de in artikel 25 bedoelde veiling, overeenkomstig artikel 32.

§ 2. Indien een kandidaat die een bod kan uitbrengen conform artikel 28, geen van de drie in de eerste paragraaf vermelde mededelingen doet tijdens de door het Instituut vastgelegde duur van de ronde, zal worden aangenomen dat hij gebruik heeft gemaakt van een paskaart indien de betrokken kandidaat nog paskaarten heeft, overeenkomstig artikel 31. Indien de kandidaat geen paskaarten meer heeft, zal worden aangenomen dat hij zich heeft teruggetrokken uit de in artikel 25 bedoelde veiling.

Art. 28. § 1. De kandidaat brengt zijn bod uit op de door het Instituut aangegeven wijze en binnen de voor elke ronde vastgelegde duur.

§ 2. Het bod identificeert een bepaald perceel.

§ 3. Het Instituut stelt het bedrag vast van het bod voor elk perceel, voor de opeenvolgende rondes. Het bedrag van het bod dat door het Instituut wordt vastgelegd, is gelijk aan het bedrag van het hoogste regelmatige bod, vermeerderd met een percentage dat door het Instituut mag worden bepaald, maar dat moet liggen tussen 2% en 10%.

§ 4. Het bedrag van elk bod bestaat uit een bedrag dat een heel veelvoud is van 10.000 euro.

§ 5. Het bedrag van het bod in de eerste ronde wordt vastgelegd in overeenstemming met artikel 30 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.

§ 6. Een kandidaat mag geen bod uitbrengen voor een perceel waarvoor hij het hoogste regelmatige bod heeft.

§ 7. Een kandidaat die zijn wens om biedingen te mogen uitbrengen voor het enige perceel bedoeld in artikel 25, eerste lid, niet heeft bekend gemaakt, mag niet bieden op het enige perceel bedoeld in artikel 25, eerste lid.

§ 8. Het Instituut legt de regels vast in verband met de activiteit van de kandidaten.

Art. 29. Elke kandidaat is onvoorwaardelijk en onherroepelijk aan zijn bod gebonden tot een andere kandidaat een hoger regelmatig bod heeft uitgebracht voor het perceel.

Art. 30. Uiterlijk op het ogenblik dat het totale bedrag van alle biedingen door de kandidaat een veelvoud overstijgt van 50 miljoen euro en vanaf 150 miljoen euro verhoogt de kandidaat zijn waarborg telkens met een storting van 2,5 miljoen euro.

Het bewijs van de verhoging van de waarborg komt bij het Instituut toe voor het ogenblik waarop de kandidaat het bod uitbrengt dat aanleiding geeft tot de verhoging van de waarborg. Een bod uitgebracht zonder de vereiste verhoging van de waarborg is nietig.

In het geval van de in artikel 12 bedoelde hergroepering is de waarborg waarmee voor dit artikel rekening moet worden gehouden de som van de waarborg gestort conform artikel 17 van dit koninklijk besluit en de waarborg gestort conform artikel 20 van het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende radiotoegang in de frequentieband 700 MHz.

Art. 31. Elke kandidaat mag gebruikmaken van een paskaart als alternatief voor een bod of een terugtrekking. Een kandidaat mag in totaal maximaal driemaal passen tijdens de in artikel 25 bedoelde veiling.

Art. 32. Met uitzondering van de kandidaten die het hoogste regelmatige bod hebben voor ten minste een in artikel 25 bedoeld perceel, mag elke kandidaat zich uit de veiling terugtrekken. Deze terugtrekking betreft enkel de in artikel 25 bedoelde veiling. Deze terugtrekking is definitief en onherroepelijk.

Art. 33. Indien in een ronde twee of meer kandidaten hetzelfde bod uitbrengen voor een gegeven perceel, bepaalt het Instituut via loting het hoogste regelmatige bod.

Art. 34. Na elke ronde deelt het Instituut aan elke overblijvende, in artikel 26 bedoelde kandidaat de volgende informatie mee: 2° het hoogste regelmatige bod alsook de fictieve identiteit van de kandidaat die dit bod heeft uitgebracht voor elk perceel bedoeld in artikel 25; 3° het tijdstip van begin en einde van de volgende ronde; 4° het bedrag van het bod voor elk in artikel 25 bedoeld perceel, voor de volgende ronde.

Art. 35. De laatste ronde van de in artikel 25 bedoelde veiling is de ronde waarbij op het einde geen enkele kandidaat het Instituut in kennis stelt van een bod of zijn beroep op een paskaart.

Art. 36. § 1. Na afloop van de in artikel 35 bedoelde laatste ronde bepaalt het Instituut het hoogste regelmatige bod voor elk in artikel 25 bedoeld perceel en meldt het voor elk perceel het bedrag van het hoogste regelmatige bod evenals de kandidaat die dat bod heeft uitgebracht, aan alle ontvankelijk bevonden kandidaten in overeenstemming met artikel 19 of met artikel 22 van

het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende radiotoegang in de frequentieband 700 MHz.

§ 2. De kandidaat die over het hoogste regelmatige bod beschikt voor het in artikel 25, eerste lid, bedoelde enige perceel, wordt beschouwd voor alle in artikel 25, eerste lid, bedoelde frequentieblokken over het hoogste regelmatige bod te beschikken.

Art. 37. De kandidaat die een perceel toegewezen krijgt conform de bepalingen van de artikelen 26 tot 36, kan de in artikel 19 § 1 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie bedoelde toestemming van het Instituut om zijn gebruiksrechten voor de in artikel 25, eerste lid, 1° tot 3° vermelde frequentieblokken over te dragen, slechts vragen vanaf zes jaar na aanvang van de geldigheidsduur van de gebruiksrechten en indien hij voldoet aan de dekkingsgraad bedoeld in artikel 10 § 2 van dit besluit.

De kandidaat die een perceel toegewezen krijgt conform de bepalingen van de artikelen 26 tot 36, kan de in artikel 19 § 1 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie bedoelde toestemming van het Instituut om zijn gebruiksrechten voor het in artikel 25, eerste lid, 4° vermelde frequentieblok over te dragen, slechts vragen vanaf zes jaar na aanvang van de geldigheidsduur van de gebruiksrechten en indien hij voldoet aan de dekkingsgraad bedoeld in artikel 11, § 2, van het besluit van 28 november 2021 betreffende radiotoegang in de 700 MHz-band.

12. Artikel 24 van het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende de radiotoegang in de frequentieband 700 MHz luidt als volgt:

“Afdeling 4. - Nieuwkomer

Art. 24. In voorkomend geval wordt de kandidaat die het hoogste regelmatige bod bezit voor het perceel dat bedoeld is in artikel 25, eerste lid, 4°, van het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende radiotoegang in de banden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz, geacht de kandidaat te zijn die het hoogste regelmatige bod bezit voor het frequentieblok bedoeld in artikel 25, eerste lid, 4°, van hetzelfde besluit. Het Instituut brengt er het geheel van de ontvankelijk bevonden kandidaten van op de hoogte.”

13. In de voormelde koninklijke besluiten, en meer bepaald met de bestreden bepalingen, wordt voorzien in een spectrumreservering voor een vierde operator in de 700 MHz (5MHz duplex gereserveerd voor de nieuwkomer), 900 MHz (5 MHz duplex gereserveerd), 1800 MHz (15 MHz duplex gereserveerd) en 2100 MHz (5 MHz duplex gereserveerd).

De multibandveiling in 2022

14. Er kan in dit verband worden verwezen naar het persbericht ‘Radiospectrumveiling brengt uiteindelijk meer dan 1,4 miljard euro op’ van het BIPT waarbij een overzicht wordt gegeven van de veilingen:¹¹



BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN EN TELECOMMUNICATIE

PERSBERICHT

Radiospectrumveiling brengt uiteindelijk meer dan 1,4 miljard euro op

Brussel 20 juli 2022 – Het BIPT sloot vandaag de laatste fase van de radiospectrumveiling af. Na het beëindigen van de eerste fase van de veiling van het nieuwe 5G-spectrum (700 MHz, 3600 MHz) en het bestaande 2G- en 3G-radiospectrum (900MHz, 1800 MHz, 2100MHz) op 20 juni 2022 met een opbrengst van 1,2 miljard euro heeft het BIPT nu ook de tweede en finale fase van de veiling (1400 MHz-radiofrequentieband) beëindigd. In deze frequentieband werd nog 90 MHz bijkomend geveild. Deze veiling bracht 216.540.000 euro op. Dit brengt het totaalbedrag voor de twee fases van de veiling op 1.418.732.400 euro.

Het BIPT verklaarde op 18 maart 2022 de drie kandidaturen ontvankelijk van de huidige mobiele operatoren met een eigen netwerk Orange Belgium NV, Proximus NV en Telenet Group NV voor de veiling van de 1400MHz-radiofrequentieband. Zij namen alle drie deel aan de simultane veiling van de 1400MHz-radiofrequentieband. De twee nieuwe mobiele operatoren Citymesh Mobile NV en Network Research Belgium NV waren geen kandidaat voor het verwerven van radiospectrum in deze 1400 MHz-radiofrequentieband.

De reserveprijs (d.w.z. een minimale instapprijs bij de veiling zoals vastgelegd in de telecomwet) voor de band van 90 MHz te veilen radiospectrum op 1400 MHz bedroeg 46.500.000 euro.

De drie operatoren verwierven allen gebruiksrechten in deze frequentiebanden tijdens een simultane meerrondenveiling bij opbod ("SMRA"-veiling, "Simultaneous Multiple-Round Ascending").

De veiling kon worden afgesloten na 57 ronden. De 1400MHz-radiofrequentieband is in principe vooral geschikt om extra downlinkcapaciteit te hebben (d.w.z. de capaciteit die nodig is om downlinkverkeer te krijgen op een toestel, het is een toegevoegde downlinkband die ingezet wordt naast een andere band die ook voor upload gebruikt wordt).

Het totale bedrag van de biedingen die voor deze procedure voor het 1400 MHz-spectrum ontvangen zijn is 216.540.000 euro, of 170.040.000 euro boven het minimumbedrag dat voorzien was (bedrag dat overeenstemt met de totaliteit van de voor de reserveprijs verkochte percelen).

De onderstaande tabel geeft het eindresultaat weer van de volledige multibandveiling, uitgesplitst per frequentieband en per kandidaat.

¹¹

https://www.bipt.be/file/cc73d96153bbd5448a56f19d925d05b1379c7f21/4ddacda7c4d062de04100fd386b27ae7489a72c/PB_Radiospectrumveiling_bringt_uiteindelijk_meer_dan_1,4_miljard_euro_op_2022-07-20.pdf

Frequentieband	Kandidaat	Hoeveelheid spectrum	Subband	Bedrag
900MHz-band	Citymesh Mobile NV	5 MHz duplex	890-895/935-940 MHz	28.005.000 €
	Orange Belgium NV	10 MHz duplex	905-915/950-960 MHz	56.720.800 €
	Proximus NV	10 MHz duplex	895-905/940-950 MHz	57.410.800 €
	Telenet Group NV	10 MHz duplex	880-890/925-935 MHz	57.410.800 €
1800MHz-band	Citymesh Mobile NV	15 MHz duplex	1750-1765/1845-1860 MHz	27.000.000 €
	Orange Belgium NV	15 MHz duplex	1735-1750/1830-1845 MHz	27.000.000 €
	Proximus NV	25 MHz duplex	1710-1735/1805-1830 MHz	109.880.000 €
	Telenet Group NV	20 MHz duplex	1765-1785/1860-1880 MHz	69.390.000 €
2100MHz-band	Citymesh Mobile NV	5 MHz duplex	1960-1965/2150-2155 MHz	9.000.000 €
	Orange Belgium NV	15 MHz duplex	1965-1980/2155-2170 MHz	60.030.000 €
	Proximus NV	25 MHz duplex	1920-1945/2110-2135 MHz	144.590.000 €
	Telenet Group NV	15 MHz duplex	1945-1960/2135-2150 MHz	60.420.000 €
700MHz-band	Citymesh Mobile NV	5 MHz duplex	703-708/758-763 MHz	19.335.000 €
	Orange Belgium NV	10 MHz duplex	713-723/768-778 MHz	122.860.000 €
	Proximus NV	10 MHz duplex	723-733/778-788 MHz	122.870.000 €
	Telenet Group NV	5 MHz duplex	708-713/763-768 MHz	21.340.000 €
3600MHz-band	Citymesh Mobile NV	50 MHz	3430-3480 MHz	30.990.000 €
	Network Research Belgium NV	20 MHz	3580-3600 MHz	10.970.000 €
	Orange Belgium NV	100 MHz	3600-3700 MHz	54.850.000 €
	Proximus NV	100 MHz	3700-3800 MHz	56.320.000 €
	Telenet Group NV	100 MHz	3480-3580 MHz	55.800.000 €
1400MHz-band	Orange Belgium NV	30 MHz	1427-1457 MHz	69.650.000 €
	Proximus NV	45 MHz	1472-1517 MHz	108.890.000 €
	Telenet Group NV	15 MHz	1457-1472 MHz	38.000.000 €

Voor de 700 MHz en de 3600 MHz zullen de gebruiksrechten vanaf 1 september 2022 gebruikt kunnen worden. Voor de 1400 MHz wordt 1 oktober 2022 vooropgesteld. De datum voor de 900 MHz, 1800 MHz en 2100 MHz is momenteel nog niet gekend.

IV. ONTVANKELIJKHEID

A. Standpunt van de partijen¹²

Memorie van antwoord

De verwerende partij werpt een exceptie wegens de ondeelbaarheid van het bestreden reglementair besluit op. De verzoekende partij verzoekt slechts de gedeeltelijke vernietiging van een reglementaire akte. De verzoekende partij viseert in haar verzoekschrift uitsluitend enkele specifieke bepalingen. In casu betreffen de bestreden bepalingen uitsluitend de veiling van het spectrum dat werd gereserveerd voor een eventuele nieuwkomer. Deze bepalingen vormen een ondeelbaar geheel met andere niet-aangevochten bepalingen, en in het bijzonder de bepalingen die een bepaalde hoeveelheid spectrum reserveren voor de bestaande operatoren (waaronder de verzoekende partij). Dit blijkt duidelijk uit het verslag aan de Koning bij het Koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende de radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz, waarin uitdrukkelijk staat: *“Er worden twee doelstellingen nagestreefd: - de spectrumkwantiteit voorbehouden aan de bestaande mobiele operatoren moet voldoende zijn om een continuïteit van de dienstverlening te garanderen voor de consumenten; - indien een nieuwkomer geïnteresseerd is in dit bestaande spectrum moet deze evenveel spectrum kunnen verwerven als de bestaande operatoren. De spectrumhoeveelheid die is voorbehouden aan de bestaande operatoren beoogt, in de mate van het mogelijke, deze twee doelstellingen te vervullen.”* Of nog : *“Om een nieuwkomer op de markt aan te trekken en de voorwaarden te scheppen voor een efficiënte en duurzame concurrentie, en om tevens de blijvende aanwezigheid van de nieuwkomer op de markt op lange termijn te garanderen, zou een nieuwkomer op de markt een portfolio van frequenties moeten kunnen krijgen die degene van de gevestigde operatoren benadert.”* De hoeveelheid spectrum die wordt gereserveerd voor respectievelijk de bestaande operatoren enerzijds en de nieuwkomer anderzijds vormen derhalve een evenwichtig geheel. Het één gaat samen met het ander, en de combinatie van beiden laat toe om de dubbele doelstelling van het koninklijk besluit te bereiken, namelijk het verzekeren van de continuïteit van de dienstverlening aan de consumenten door de bestaande operatoren, en de intrede van een nieuwkomer op de markt mogelijk te maken. De gedeeltelijke vernietiging van de bestreden koninklijke besluiten zou dit evenwicht verstoren

Memorie van wederantwoord

De verzoekende partij stelt in haar repliek dat de verwerende partij niet kan worden gevolgd. De bepalingen die een (overigens beperkte) hoeveelheid spectrum reserveren voor de bestaande operatoren, hebben een eigen verantwoording en finaliteit, die volledig los staat van deze van de spectrumreservering ten gunste van nieuwkomers. Eerstgenoemde spectrumreservering dient immers – zoals de verwerende partij zelf erkent – om de continuïteit van de dienstverlening te verzekeren. Dit is een autonoom motief: de reservering ten gunste van de bestaande spelers is er dus niet louter om een evenwicht na te streven met de spectrumreservering ten gunste van nieuwkomers. Bovendien is het vernietigingsberoep in hoofddeorde gebaseerd op de schending van artikel 52, §2 van het Europees wetboek voor elektronische communicatie en de nationale omzettingbepalingen. Deze bepalingen stellen specifieke voorwaarden aan “het reserveren van een bepaald deel van een radiospectrumband of een groep van banden voor toewijzing aan nieuwe marktdeelnemers” Deze specifieke voorwaarden gelden niet voor het reserveren van

¹² Het standpunt van de partijen wordt samengevat. Voor een letterlijke weergave van de standpunten ken worden verwezen naar het verzoekschrift en de verwerende nota.

spectrum ten gunste van bestaande marktdeelnemers. De bepalingen die voorzien in een spectrumreservering ten gunste van de bestaande marktdeelnemers kunnen met andere woorden niet op basis van de in de hierna ontwikkelde middelen ingeroepen rechtsgronden vernietigd worden. Het is dan ook logisch dat het vernietigingsberoep beperkt is tot de bepalingen die voorzien in een spectrumreservering ten gunste van nieuwe marktdeelnemers.

B. Beoordeling

1. Een reglementair besluit is in beginsel één en ondeelbaar. Dit betekent dat wanneer de Raad van State in het kader van een ontvankelijk annulatieberoep vaststelt dat een gegrond middel wordt aangevoerd tegen sommige bepalingen van dat besluit, hij het besluit in beginsel in zijn geheel dient nietig te verklaren. In afwijking van het voornoemde beginsel vermag de Raad van State slechts over te gaan tot een gedeeltelijke nietigverklaring van het desbetreffende besluit, indien aan twee voorwaarden is voldaan. Vooreerst moet blijken dat de gedeeltelijke nietigverklaring van dat besluit aan de verzoekende partij volledige genoegdoening geeft in het licht van haar belang bij het beroep. Voorts moet vaststaan dat de nietig te verklaren bepalingen kunnen worden afgesplitst van de rest van het besluit en dat de overheid ook afgezien van die bepalingen voor het overige hetzelfde besluit zou hebben genomen.¹³

Er anders over oordelen zou immers tot gevolg hebben dat de Raad van State zich op het domein van de beleidsuitoefening van de betrokken overheid zou begeven en zou overgaan tot hervorming of wijziging van het reglementair besluit, waarvan het betreffende gedeelte een onlosmakelijk onderdeel is, vermits de bestreden verordening voor het overige hoe dan ook zou blijven bestaan. De Raad van State heeft geen enkele bevoegdheid om een dergelijke wijziging uit te spreken.¹⁴

Het voorgaande houdt in dat wanneer de verzoekende partij slechts een gedeeltelijke nietigverklaring vraagt van onsplitsbare bepalingen, dit een ontoelaatbare hervorming uitmaakt waarvoor de Raad van State niet bevoegd is. Het komt de Raad van State in dit geval niet toe om het voorwerp van het beroep ambtshalve uit te breiden tot al de bepalingen die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn.^{15/16}

¹³ RvS 10 juli 2019, nr. 245.148, vzw *Belgische Vereniging van Onafhankelijke Agentschappen voor controle van Gebouwen*; zie eveneens: RvS 17 februari 2022, nr. 253.004, vzw *Vesta e.a.*: “Van het beginsel dat een reglementaire akte één en ondeelbaar is en dat zij niet op ontvankelijke wijze gedeeltelijk met een annulatieberoep kan worden bestreden kan wel degelijk enkel worden afgeweken onder de dubbele voorwaarde dat de gedeeltelijke vernietiging aan de verzoekende partijen volledige genoegdoening geeft in het licht van hun aangevoerde belang en dat het vernietigde gedeelte kan worden afgesplitst van de rest van de bestreden akte, wat vereist dat de overheid ook afgezien van het afgesplitste gedeelte voor het overige hetzelfde besluit zou kunnen hebben uitgevaardigd.”

¹⁴ RvS 11 mei 2021, nr. 250.560, *cvba Playright e.a.*

¹⁵ RvS 4 juni 2020 nr. 247.710, *sa Derby* en RvS 4 juni 2020 nr. 247.714, *srl B. Wandre*.

5. De verzoekende partij heeft haar annulatieberoep louter gericht tegen de bepalingen die spectrumruimte reserveren voor een vierde MNO. De vernieuwing van de bestreden bepalingen in vergelijking met de vroegere regelgeving ligt in dit voorbehoud van spectrumruimte.

Hoewel deze reservering voor een nieuwkomer impact heeft op de spectrumhoeveelheid te verdelen onder de bestaande MNO's, vormen de bestreden bepalingen toch geen onlosmakelijk verband met de overige bepalingen in de betrokken spectrumbesluiten en zijn dus afsplitsbaar.

Daarbij wijst de verzoekende partij er terecht op dat artikel 52, lid 2, b) van de richtlijn (EU) 2018/1972 van 11 december 2018 van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie een aparte rechtsregels bevat voor *“het reserveren van een bepaald deel van een radiospectrumband of een groep van banden voor toewijzing aan nieuwe marktdeelnemers”*.

6. De nietigverklaring van de bestreden bepalingen tot spectrumreservatie voor de vierde MNO strekt tot voordeel van de verzoekende partij als bestaande MNO. Het belang van de verzoekende partij is niet gediend met de vernietiging van de andere bepalingen.

7. De exceptie dient te worden verworpen.

¹⁶ De Raad van State is, ondanks het inquisitoriaal karakter van de rechtspleging, gehouden door het adagium en algemeen rechtsbeginsel *“Ne est iudex ultra petita partium”*. Het is de rechtszekerheid die er zich tegen verzet dat formeel bestaande en uiterlijk regelmatige rechtshandelingen zonder enig regelmatig beroep in vraag worden gesteld. De Raad van State kan maar de nietigheid van dergelijke beslissingen vaststellen wanneer de regels die zijn bevoegdheid en de ontvankelijkheid van de vordering bepalen, worden nageleefd (RvS 27 januari 2016, nr. 233.647, *Van Nevel*; RvS 14 september 2017, nr. 239.097, *Van Nevel*; RvS 17 april 2007, nr. 170.087, *Steen*).

V. GEGRONDHEID

EERSTE MIDDEL

A. Standpunt van de partijen

Verzoekschrift

De verzoekende partij vat het middel als volgt samen:

[...] De verzoekende partij ontleent een eerste middel aan de schending van de artikelen 24/2, §2 en 55 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie ("WEC") die de omzetting zijn van de artikelen 52, §2 en 67, §2 van richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie, en aan de schending van de zorgvuldigheids- en evenredigheidsbeginselen, het gebrek aan materiële motivering en de manifeste beoordelingsfout.

[...] Artikel 52, §2 EWEC en 24/2, §2 WEC bepalen dat het reserveren van spectrum voor toewijzing aan nieuwe marktdeelnemers slechts mogelijk is als dit "passend en gerechtvaardigd is gezien de specifieke situatie op de nationale markt" en op basis van "een objectieve en toekomstgerichte beoordeling de mededingingsomstandigheden op de markt, van de vraag of dergelijke maatregelen noodzakelijk zijn om daadwerkelijke mededinging in stand te houden of tot stand te brengen en van de waarschijnlijke effecten van dergelijke maatregelen op bestaande en toekomstige investeringen door marktdeelnemers, met name op het gebied van de uitrol van netwerken".

[...] De bestreden bepalingen reserveren spectrum voor een nieuwkomer zonder dat naar behoren werd onderzocht, laat staan aangetoond, dat dit noodzakelijk is om daadwerkelijke mededinging op de mobiele markt in stand te houden of tot stand te brengen. Het Verslag aan de Koning bevat alvast kennelijk niet de vereiste motivering dienaangaande.

[...] Het BIPT heeft weliswaar in opdracht van de federale regering een studie uitgevoerd van de impact van een vierde mobiele operator op de Belgische mobiele markt. Deze studie toont echter kennelijk evenmin op enige wijze aan dat de spectrumreserveringen waarin de bestreden bepalingen voorzien noodzakelijk zijn om een daadwerkelijke mededinging in stand te houden of tot stand te brengen op deze markt en evenmin dat de hypothetische gunstige effecten van deze maatregel opwegen tegen de nadelige impact op de bestaande en toekomstige investeringen van de andere marktdeelnemers, met name in de uitrol van netwerken

B. Beoordeling

I. De in het middel ingeroepen bepalingen en beginselen.

1. Richtlijn (EU) 2018/1972 van 11 december 2018 van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (herschikking) (hierna: EWEC) bevat de volgende voor deze zaak relevante bepalingen:

Artikel 52 ‘Mededinging’, lid 2:

Wanneer de lidstaten gebruiksrechten voor radiospectrum verlenen, aanpassen of verlengen, kunnen hun nationale regelgevende instanties of andere bevoegde instanties op advies van de nationale regelgevende instantie passende maatregelen nemen, zoals:

- a) [...];
- b) het reserveren van een bepaald deel van een radiospectrumband of een groep van banden voor toewijzing aan nieuwe marktdeelnemers, als dit passend en gerechtvaardigd is gezien een specifieke situatie op de nationale markt;
- c) [...];
- d) [...];
- e) [...];

Rekening houdend met de marktomstandigheden en beschikbare benchmarks baseren de nationale regelgevende instanties en andere bevoegde instanties hun besluiten op een objectieve en toekomstgerichte beoordeling van de mededingingsomstandigheden op de markt, van de vraag of dergelijke maatregelen noodzakelijk zijn om daadwerkelijke mededinging in stand te houden of tot stand te brengen en van de waarschijnlijke effecten van dergelijke maatregelen op bestaande en toekomstige investeringen door marktdeelnemers, met name op het gebied van de uitrol van netwerken. Zij houden daarbij rekening met de marktanalyseaanpak van artikel 67, lid 2.

Artikel 67 Marktanalyseprocedure, punt 2:

Wanneer een nationale regelgevende instantie de krachtens lid 1 vereiste analyse uitvoert, beoordeelt zij ontwikkelingen vanuit een toekomstgericht perspectief indien op die relevante markt geen regelgeving op basis van dit artikel is opgelegd, rekening houdend met elk van de volgende elementen:

- a) marktontwikkelingen die van invloed zijn op de waarschijnlijkheid dat de relevante markt naar daadwerkelijke mededinging neigt;
- b) elke vorm van concurrentiedruk, op wholesale- en op retailniveau, ongeacht de vraag of de bronnen van die druk worden beschouwd als elektronische communicatienetwerken, elektronischecommunicatiediensten of andere types diensten of toepassingen die vanuit het oogpunt van de eindgebruiker vergelijkbaar zijn, en ongeacht de vraag of die druk deel uitmaakt van de relevante markt;
- c) andere soorten opgelegde regelgeving of maatregelen waardoor de relevante markt dan wel verwante retailmarkt of -markten gedurende de desbetreffende periode wordt of worden beïnvloed, met inbegrip van, maar niet beperkt tot, overeenkomstig de artikelen 44, 60 en 61 opgelegde verplichtingen;

- d) regelgeving die op andere relevante markten krachtens dit artikel is opgelegd.

Overweging 133 bij deze richtlijn geeft meer toelichting:

Besluiten inzake maatregelen die specifiek zijn gericht op de bevordering van de concurrentie bij het verlenen of verlengen van gebruiksrechten voor radiospectrum, dienen te worden genomen door de nationale regelgevende instanties en andere bevoegde instanties, die over de nodige kennis op het vlak van de economie, de technologie en de markt beschikken. Voorwaarden voor de toewijzing van radiospectrum kunnen van invloed zijn op de concurrentiesituatie op de markten voor elektronische communicatie en op voorwaarden voor toegang tot de markt. Beperkte toegang tot radiospectrum, met name wanneer radiospectrum schaars is, kan een toegangsbarrière opwerpen of een belemmering vormen voor investeringen, de uitrol van netwerken, het aanbieden van nieuwe diensten of toepassingen, innovatie en mededinging. Nieuwe gebruiksrechten, met inbegrip van gebruiksrechten die door middel van overdracht of verhuur zijn verworven, en de invoering van nieuwe, flexibele criteria voor radiospectrumgebruik kunnen ook van invloed zijn op de bestaande concurrentie. Wanneer bepaalde, voor de bevordering van de concurrentie gebruikte voorwaarden ten onrechte worden toegepast, kunnen daaruit andere effecten voortvloeien: bijvoorbeeld kunnen radiospectrumlimieten en -reserveringen tot kunstmatige schaarste leiden, kunnen wholesaletoegangsverplichtingen bij ontbreken van marktmacht tot een onterechte beperking van bedrijfsmodellen leiden, en kunnen grenzen voor overdracht de ontwikkeling van secundaire markten belemmeren. Daarom is een consistente en objectieve mededingingstoets ten aanzien van het opleggen van dergelijke voorwaarden noodzakelijk en moet die op consistente wijze worden toegepast. Het gebruik van dergelijke maatregelen moet daarom worden gebaseerd op een grondige en objectieve, door de nationale regelgevende instanties en andere bevoegde instanties uit te voeren, beoordeling van de markt en de concurrentievoorwaarden op die markt. Nationale bevoegde instanties moeten evenwel te allen tijde het doeltreffende en efficiënte gebruik van radiospectrum waarborgen en verstoring van de concurrentie als gevolg van tegen vrije concurrentie indruisende opotpraktijken voorkomen.

2. Wat de omzetting betreft, bepaalt artikel 124, lid 1, EWEC dat de lidstaten uiterlijk op 21 december 2020 de nodige wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen vaststellen. De lidstaten passen de maatregelen toe vanaf 21 december 2020.

3. De wet van 21 december 2021 'houdende omzetting van het Europees Wetboek voor elektronische communicatie en wijziging van diverse bepalingen inzake elektronische communicatie' bevat een hoofdstuk 5 'Wijzigingen van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie' (hierna: wet van 21 december 2021).

Artikel 24/2, §2, van de wet van 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’ (hierna: WEC) luidt als volgt:

Wanneer gebruiksrechten voor radiospectrum worden verleend, aangepast of verlengd, kan de Koning, op voorstel van het Instituut of op eigen initiatief, na advies van het Instituut, passende maatregelen nemen, zoals:

1. [...];
2. het reserveren van een bepaald deel van een radiospectrumband of een groep van banden voor toewijzing aan nieuwe marktdeelnemers, als dit passend en gerechtvaardigd is gezien een specifieke situatie op de nationale markt;
3. [...];
4. [...];
5. [...];.

Rekening houdend met de marktomstandigheden en beschikbare benchmarks baseert het Instituut zijn voorstel op een objectieve en toekomstgerichte beoordeling van de mededingingsomstandigheden op de markt, van de vraag of dergelijke maatregelen noodzakelijk zijn om daadwerkelijke mededinging in stand te houden of tot stand te brengen en van de waarschijnlijke effecten van dergelijke maatregelen op bestaande en toekomstige investeringen door marktdeelnemers, met name op het gebied van de uitrol van netwerken. Het Instituut houdt daarbij rekening met de marktanalyseaanpak waarvan sprake in artikel 55.

Artikel 55, §2, WEC luidt als volgt:

§ 2. Bij het in paragraaf 1 bedoelde onderzoek beoordeelt het Instituut ontwikkelingen vanuit een toekomstgericht perspectief indien er geen vooraf bestaande regelgeving is, rekening houdend met elk van de volgende elementen:

- 1° marktontwikkelingen die van invloed zijn op de waarschijnlijkheid dat de relevante markt naar daadwerkelijke mededinging neigt;
- 2° elke vorm van concurrentiedruk, op wholesale- en op retailniveau, ongeacht de vraag of de bronnen van die druk worden beschouwd als elektronische-communicatienetwerken, elektronische-communicatiediensten of andere types diensten of toepassingen die vanuit het oogpunt van de eindgebruiker vergelijkbaar zijn, en ongeacht de vraag of die druk deel uitmaakt van de relevante markt;
- 3° andere soorten opgelegde regelgeving of maatregelen waardoor de relevante markt dan wel verwante retailmarkt of -markten gedurende de desbetreffende periode wordt of worden beïnvloed;
- 4° regelgeving die op andere relevante markten krachtens artikel 54 is opgelegd.

4. Deze wet is gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 31 december 2021, inwerking getreden op 10 januari 2022.

5. Reglementaire bepalingen moeten zoals alle administratieve rechtshandelingen voldoen aan de *materiële motiveringsplicht*. Dit wil zeggen dat zij gedragen moeten worden door motieven die in feite juist en in rechte aanvaardbaar zijn en die bij de uitoefening van het wettigheidsstoezicht moeten kunnen worden gecontroleerd, hetzij aan de hand van de motieven van de beslissing zelf, hetzij aan de hand van het administratief dossier.¹⁷

Het *zorgvuldigheidsbeginsel* houdt in dat het bestuur zijn beslissing op zorgvuldige wijze moet voorbereiden.¹⁸ Dit impliceert dat de beslissing dient te steunen op werkelijk bestaande en concrete feiten die met de vereiste zorgvuldigheid werden vastgesteld.¹⁹

Een schending van het *redelijkheidsbeginsel* als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, veronderstelt dat de overheid bij het nemen van de beslissing onredelijk heeft gehandeld, met andere woorden dat zij de haar toegekende discretionaire beoordelings- of beleidsvrijheid onjuist heeft gebruikt. Het redelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel kunnen derhalve slechts geschonden zijn indien de administratieve overheid een beslissing neemt die dermate afwijkt van het normale beslissingspatroon, dat het niet denkbaar is dat een andere zorgvuldig en redelijk handelende administratieve overheid in dezelfde omstandigheden tot deze besluitvorming zou komen. Het komt de Raad van State niet toe zijn beoordeling in de plaats te stellen van de bevoegde administratieve overheid.²⁰ Dit geldt des te sterker nu het bestreden besluit een reglementair karakter heeft.

II. Ontvankelijkheid van het middel

6. Aangezien de bestreden bepalingen uit de besluiten van 28 november 2021 dateren van vóór de aanneming en de inwerkingtreding van de wet van 21 december 2021, vallen deze bepalingen buiten het temporeel toepassingsgebied van deze wijzigingswet.

In zoverre de schending van de wet van 21 december 2021 wordt aangevoerd, is het middel dan ook onontvankelijk.

¹⁷ RvS nr. 220.035, 28 juni 2012, RvS nr. 187.375, 27 oktober 2008.

¹⁸ K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel", in *Beginselen van behoorlijk bestuur*, I. OPDEBEEK en M. VAN DAMME (ed.) Administratieve Rechtsbibliotheek, 1, Brugge, die Keure, 2006, p. 102, nr. 141.

¹⁹ RvS 22 juni 2017, nr. 238.598.

²⁰ RvS 9 november 2017, nr. 239.826.

7. Zoals uit artikel 124, lid 1, van de richtlijn blijkt, dienen de lidstaten de bepalingen van de richtlijn te hebben omgezet tegen 21 december 2020. Deze richtlijnbe­palingen zijn pas omgezet in het intern recht na deze datum. De bestreden bepalingen inzake spectrumreservering van een vierde speler zijn genomen na het verstrijken van de verplichte omzettingstermijn van de richtlijn, maar vóór de daadwerkelijke omzetting ervan.

De rechtzoekenden kunnen rechten putten uit de betrokken richtlijn als gevolg van de duidelijke en onvoorwaardelijke bewoordingen ervan.²¹ Dit is hier het geval gelet op de haast woordelijke overname van de richtlijnbe­palingen in de wet van 21 december 2021.

II. Gegrondheid van het middel

8. Uit de richtlijn volgt dat de regelgever radiospectrumband kan reserveren aan nieuwe marktdeelnemers, als dit passend en gerechtvaardigd is gezien de specifieke situatie op de nationale markt. Voorafgaand aan de reservering moet een consistente, objectieve en toekomstgerichte mededingingstoets gebeuren. Daarbij moet de regelgever rekening houden met de marktomstandigheden en de beschikbare benchmarks. Eveneens moet hij nagaan of de reservering noodzakelijk is om daadwerkelijke mededinging in stand te houden of tot stand te brengen. Hij moet de waarschijnlijke effecten van de reservering nagaan op bestaande en toekomstige investeringen door marktdeelnemers, zoals de uitrol van netwerken. Meer specifiek dient hij het risico op kunstmatige spectrumschaarste na te gaan.

De regelgeving verplicht de verwerende partij er enkel toe om een goed zicht krijgen op de bestaande markt en na te gaan of de reservering *in globo* kan bijdragen tot een gezonde marktwerking. Daarbij maakt de verwerende partij een toekomstverwachting van de markt, wat een inschatting vormt waaromtrent geen volledige zekerheid bestaat dat deze zich materialiseert. Deze afweging verplicht de verwerende partij ertoe om het besluit tot spectrumreservering voor een vierde speler zorgvuldig voor te bereiden en deze te laten steunen op rechtens aanvaardbare en relevante motieven. Deze inschatting veronderstelt een discretionaire beoordelingsbevoegdheid in hoofde van de verwerende partij.

²¹ Vlg. RvS van 25 oktober 2018, nr. 242.804, *vzw Antwerpse Ontspanningsstichting e.a.*

In de mate een verzoekende partij van oordeel zou zijn dat er een andere inschatting zich opdringt, volstaat dit op zich niet om de onwettigheid van de bestreden regeling vast te stellen, zelfs als deze inschatting op geloofwaardige wijze is onderbouwd. Dit toont nog niet aan dat de inschatting van de verwerende partij onwettig zou zijn. Het oneens zijn met een appreciatie, maakt immers op zich geen middel tot vernietiging uit.²²

9. Uit deze verplichte mededingingstoets volgt niet dat spectrumreservering enkel kan worden opgelegd als uitzonderingsmaatregel om duidelijk vastgestelde marktfaling te remediëren. Spectrumreservering voor een nieuwe speler is toegestaan om zelfs bij daadwerkelijke concurrentie meer netwerkconcurrentie tot stand te brengen of de bestaande concurrentie te versterken. Daarbij mag de regelgever voldoende frequentieblokken reserveren voor een vierde speler, zonder daarbij voor de gevestigde MNO's een marktverstoring of -schaarste te mogen creëren.

Daarbij valt op te merken dat artikel 52, lid 2, EWEC louter verwijst naar de marktanalyseaanpak van artikel 67, lid 2, EWEC en niet naar andere leden van artikel 67, zoals lid 1. Volgens dit eerste lid is het gerechtvaardigd om regelgevingsverplichtingen op te leggen indien aan verschillende criteria wordt voldaan, waaronder het vaststellen van marktfalen. Artikel 52, lid 2, b), EWEC aanziet spectrumreservering niet als een corrigerende maatregel op te leggen aan ondernemingen met aanmerkelijke marktmacht.^{23/24} Anders dan wat de verzoekende partij in de memorie van wederantwoord aanvoert, betreft 'marktfalen' dus niet een louter semantische discussie.

In de mate de verzoekende partij het middel steunt op het gebrek aan bewijs van marktfaling, of van het remediërend karakter van de spectrumreservering, faalt het middel naar recht.

²² RvS 2 juni 2016, nr. 234.918; RvS 28 april 2003, nr. 118.725.

²³ Dit zijn de maatregelen opgesomd in Hoofdstuk IV van het EWEC.

²⁴ Zie art. 68, lid 2, EWEC: "*Indien een overeenkomstig artikel 67 uitgevoerde marktanalyse uitwijst dat een onderneming is aangewezen als een onderneming met aanmerkelijke macht op een specifieke markt, kunnen de nationale regelgevende instanties haar, waar passend, één of meer van de in de artikelen 69 tot en met 74 en de artikelen 76 en 80 genoemde verplichtingen opleggen. In overeenstemming met het beginsel van evenredigheid kiest een nationale regelgevende instantie voor de minst ingrijpende manier om de in de marktanalyse geconstateerde problemen aan te pakken.*"; zie eveneens overweging 163 EWEC: "*Het is essentieel dat regelgevingsverplichtingen ex ante alleen worden opgelegd op een wholesalem Markt waar een of meer ondernemingen zijn met aanmerkelijke marktmacht, teneinde duurzame concurrentie te waarborgen, en wanneer rechtsmiddelen van het mededingingsrecht van de Unie en van het nationale mededingingsrecht ontoereikend zijn om het probleem op te lossen.*"

10. De Impactstudie bevat de bevindingen over de mogelijkheid om een vierde speler toe te laten op de Belgische markt voor mobiele telefonie door het toewijzen van bijkomend spectrum, positieve en eventuele negatieve effecten zou kunnen hebben op de concurrentiesituatie van deze markt. Dit houdt een prospectieve evaluatie in van de mededingingsvoorwaarden op de markt voor mobiele telecommunicatie, van de eventuele noodzaak aan maatregelen om een daadwerkelijke concurrentie te behouden of te waarborgen en van de waarschijnlijke gevolgen van dat soort van maatregelen op de bestaande en toekomstige investeringen.

In de Impactstudie staat dat “[d]e Belgische mobiele markt [...] *niet [wordt] gekenmerkt door grote concurrentieproblemen maar dat neemt niet weg dat de concurrentie kan worden versterkt.*” [...] *“Een vierde speler kan [...] een rol spelen voor het verder aanscherpen van de concurrentie. [...] [Het] is de verwachting dat de prijzen sterk zullen dalen, zeker in een eerste fase. Ook zien we dat deze nieuwkomers vaak met nieuwe prijsformules en diensten de markt betreden waardoor ook bestaande operatoren zich aanpassen. [...]*” Wat de investeringsbereidheid betreft van MNO’s is het moeilijk om de impact op lange termijn te achterhalen. Hierbij spelen de technologische evoluties een rol waardoor *“het mogelijke effect van het aantal spelers op de investering moeilijk te voorspellen [is].”* Het effect van een vierde speler op het kwaliteitsniveau is tweeledig. Enerzijds leidt verhoogde concurrentie tot meer innovatie, anderzijds kan de verlaagde winst ook betekenen dat operatoren minder zullen investeren in zones waar de concurrentie niet speelt of kosten zullen drukken. Er is volgens het BIPT wel *“voldoende spectrum beschikbaar om frequenties toe te wijzen aan een vierde mobiele operator”*.

11. Wat betreft de investeringen, tewerkstelling en de milieuaspecten in verband met de komst van een vierde speler op de Belgische mobiele markt en 5G, werd de BIPT-studie aangevuld met het verslag van een externe consultant, Axon Partners Group Consulting.²⁵

12. In het verslag aan de Koning bij Koninklijk besluit van 28 november 2021 ‘betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz’ staat in dit verband:

²⁵ Adm. doss., stuk 23.

“In toepassing van artikel 52 van het Europees wetboek voor elektronische communicatie heeft het BIPT een prospectieve evaluatie gemaakt van de mededingingsvoorwaarden op de markt voor mobiele telecommunicatie, van de eventuele noodzaak aan maatregelen om een daadwerkelijke concurrentie te behouden of te waarborgen en van de waarschijnlijke gevolgen van dat soort van maatregelen op de bestaande en toekomstige investeringen. Conform artikel 67, lid 2 van datzelfde Wetboek, houdt de uitgevoerde studie rekening met de marktontwikkelingen, relevante concurrentiedruk en de verschillende soorten van regulering opgelegd op deze markt of op andere relevante markten. De studie heeft met name betrekking op de marktaandeelen, op de prijzen en hun evolutie en op de kwalitatieve aspecten van de markt (dekking, snelheden, kwaliteit). Ze analyseert de impact van de introductie van 5G in termen van diensten, spectrum en milieu. Ze bekijkt verschillende opties voor de mobiele markt, waaronder het gebruik van het spectrum om een nieuwe toetreding tot de markt te stimuleren. De impact van een dergelijke toetreding op de prijzen, de investeringen en de dienstkwaliteit worden evenzeer geanalyseerd. De introductie van 5G zou voor de consument op termijn moeten leiden tot een sterk verbeterde mobiele communicatie en ultra-betrouwbare netwerken voor het internet der dingen en toepassingen waarbij een zeer lage latency van essentieel belang is, zoals voor de zelfrijdende wagen. Een nieuwe vierde MNO op de markt zou mede de ontwikkeling en differentiatiemogelijkheden van deze technologie kunnen versnellen en ervoor zorgen dat de brede mogelijkheden van deze technologie in diverse economische sectoren ten volle benut kunnen worden. Het reserveren van spectrum voor een nieuwkomer is noodzakelijk om te vermijden dat bestaande operatoren de markt vergrendelen door al het spectrum op te nemen om zo elke intrede tegen te gaan. Anderzijds moeten het gereserveerde spectrum en de daaraan verbonden voorwaarden voor de nieuwkomer een zo gelijk mogelijk speelveld creëren (bijv. voldoende spectrum voorzien en in alle banden die relevant zijn voor de gebruikelijke en toekomstige technologieën) zodat hij met de bestaande operatoren kan concurreren. Er dient te worden opgemerkt dat een vierde speler absoluut nood heeft aan een portefeuille met ten minste 2 blokken van 5 MHz duplex onder 1 GHz teneinde deze in staat te stellen om een 4G-netwerk en een 5G-netwerk uit te rollen over het ganse grondgebied. Wat betreft de investeringen, tewerkstelling en de milieuaspecten in verband met de komst van een vierde speler op de Belgische mobiele markt en 5G, werd de BIPT-studie aangevuld met het verslag van een externe consultant, Axon Partners Group Consulting.

Axon is van mening dat, aangezien de investeringen gestimuleerd worden door de uitrol van 5G, het globale niveau ervan geen beduidende invloed zou mogen ondervinden door de eventuele aanwezigheid van een vierde mobiele operator.”

13. De stelling van de verzoekende partij dat de bepalingen werden aangenomen zonder rekening te houden met de criteria vermeld in artikel 52 en 67 EWEC wordt dan ook tegengesproken door deze stukken in het administratief dossier. Hiermee blijkt eveneens dat de schending van het materieel motiveringsbeginsel, van het zorgvuldigheids- en redelijkheidsbeginsel, alsook een manifest beoordelingsfout niet zijn aangetoond.

Hierna wordt ingegaan op punctuele kritieken zoals gestructureerd in het verzoekschrift.

14. *Motivering van de maatregel in het verslag aan de Koning en het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State.*

Zoals uiteengezet in het verzoekschrift, is het verslag aan de Koning als gevolg van het advies van de afdeling wetgeving aangepast om aan te tonen dat het onderzoek opgelegd bij artikel 52 EWEC in al zijn aspecten is uitgevoerd. In het verslag wordt de passage zoals zonet geciteerd onder punt 12, opgenomen. De verzoekende partij voert in het middel niet aan dat met deze aanvulling niet tegemoet komt aan de opmerkingen van de afdeling Wetgeving.²⁶

De beoordeling of de aangehaalde precedënten in het buitenland al dan niet voorbeelden zijn van ‘succesvolle’ spectrumreserveringen, komt niet toe aan de Raad van State. Dit gaat immers zijn wettigheidstoezicht te buiten. In ondergeschikte orde wil de regelgever met deze buitenlandse precedënten louter aantonen dat er effectief een nieuwe speler is togetreden die effectief marktaandeel heeft kunnen verwerven. Deze voorbeelden uit het buitenland staan los van de mededingingstoets die wordt gemaakt van de Belgische markt.

15. *Impactstudies BIPT en studie van Axon.*

Zoals de verzoekende partij terecht opmerkt, bevatten deze studies geen elementen die wijzen op marktfaling die uitzonderlijke maatregelen noodzaken. Evenwel is dit niet vereist om tot spectrumreservering over te gaan. Zelfs indien de hoeveelheid spectrum die in België voor een nieuwkomer gereserveerd wordt, veruit de hoogste ooit zou zijn in de EU, maakt het gebrek aan marktfaling de spectrumreservering voor een vierde speler nog niet onwettig. Zo staat in het middel niet dat dit tot een kunstmatige schaarste leidt. Deze kritiek faalt dan ook naar recht.

De kanttekeningen die de verzoekende partij plaatst bij de verwijzing naar voorbeelden uit het buitenland waarbij de consolidatie van 4 naar 3 spelers tot prijsverhogingen heeft geleid, tonen geen onwettigheid in de beoordeling van de verwerende partij aan. Zij kunnen hoogstens aantonen dat een andere beoordeling mogelijk is.

²⁶ Adv.RvS nr. 69.769/4 van 4 oktober 2021 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘betreffende radiotoegang in de frequentieband 700 MHz’, p. 36 e.v.; Adv.RvS nr. 69.770/4 van 4 oktober 2021 over een ontwerp van koninklijk besluit ‘betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz’, p. 34 e.v.

Bijkomend valt op te merken dat verschillende van deze kanttekeningen slaan op de nieuwe consolidatie naar 3 spelers (Nederland en Italië). De Impactstudie gaat niet voorbij aan de mogelijkheid van toekomstige consolidatie. Zo staat in de ‘Executive Summary’, onder punt 26: *“Als in het geval van de intrede van een vierde operator zou blijken dat de markt geen vier spelers kan dragen, zal later een consolidatie volgen, waardoor men opnieuw naar drie spelers zou overgaan.”*

De verwijzing naar buitenlandse voorbeelden kan – ondanks de verschillen – relevant zijn bij de mededingingstoets van de Belgische markt. De impactstudie beperkt zich trouwens niet tot een vergelijking met buitenlandse voorbeelden, maar brengt met de vereiste precisie de Belgische markt in kaart.

De Impactstudie geeft een genuanceerd overzicht van de vermoedelijke positieve en negatieve gevolgen van een vierde speler, wat de zorgvuldigheid van het onderzoek aantoont. De verzoekende partij gaat in ruime mate in op de bevindingen in deze studie. Zo wijst zij op de moeilijkheid voor ‘prijzbrekers’ om zich duurzaam te handhaven in een kapitaalintensieve markt; op de beperking van spectrum voor de bestaande MNO’s; de mogelijke afname van investeringen per operator op langere termijn. Deze elementen geven – opnieuw – hoogstens aan dat een andere inschatting mogelijk is, maar dit volstaat op zich niet om tot nietigverklaring over te gaan. In de Impactstudie staat op onderbouwde wijze dat een vierde speler een rol kan spelen voor het verder aanscherpen van de concurrentie.

16. De verzoekende partij voert aan dat de toetreding van een vierde speler ook kan zonder spectrumreservering. Zij verwijst daarbij naar de Impactstudie waarin staat: *“Ten slotte moet opgemerkt worden dat een vierde operator theoretisch altijd de mogelijkheid heeft om toe te treden. Het enige element dat ter discussie ligt is of er al dan niet een spectrumportfolio voorbehouden moet worden voor de vierde speler.”*²⁷

²⁷ Adm. doss., stuk 36, p. 36, nr. 110.

Het BIPT spreekt hier over een theoretische mogelijkheid. Verderop in de Impactstudie staat waarom spectrumreservering de enige realistische optie is voor een daadwerkelijke toegang van een vierde speler op de markt: *“De intrede van een nieuwe operator gaat doorgaans gepaard met het “reserveren” van spectrum voor de nieuwkomer, wat hem de mogelijkheid geeft om als eerste spectrum te kunnen opnemen. Andere (bestaande) operatoren krijgen daarna pas de mogelijkheid om te bieden op de overige percelen. Het reserveren van spectrum voor een nieuwkomer is noodzakelijk om te vermijden dat bestaande operatoren de markt vergrendelen door al het spectrum op te nemen om zo elke intrede tegen te gaan. Anderzijds moeten het gereserveerde spectrum en de daaraan verbonden voorwaarden voor de nieuwkomer een zo gelijk mogelijk speelveld creëren (bijv. voldoende spectrum voorzien en in alle banden die relevant zijn voor de gebruikelijke en toekomstige technologieën) zodat hij met de bestaande operatoren kan concurreren.”*²⁸

In het verslag aan de Koning bij KB van 28 november 2021 ‘betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz’ staat in lijn met de Impactstudie de volgende toelichting: *“Om een nieuwkomer op de markt aan te trekken en de voorwaarden te scheppen voor een efficiënte en duurzame concurrentie, en om tevens de blijvende aanwezigheid van de nieuwkomer op de markt op lange termijn te garanderen, zou een nieuwkomer op de markt een portfolio van frequenties moeten kunnen krijgen die degene van de gevestigde operatoren benadert.*

De kans is uiterst klein dat een nieuwkomer op de markt in staat is om een hoger bod te doen dan de gevestigde operatoren om een portfolio van frequenties te verkrijgen die degene van de gevestigde operatoren benadert. Een nieuwkomer op de markt moet dus uitdrukkelijk de mogelijkheid krijgen om een dergelijke portfolio van frequenties te verwerven.”

Om als nieuwe MNO op een kapitaalintensieve markt te komen met gevestigde spelers, komt het niet onredelijk voor om de toegang voor een vierde speler mogelijk te maken door het reserveren van spectrum.

17. Het eerste middel dient te worden verworpen.

²⁸ Adm. doss., stuk 36, p. 57, nr. 204.

TWEEDE MIDDEL

A. Standpunt van de partijen

Verzoekschrift

De verzoekende partij roept in onderschikte orde de schending in van de materiële motiveringsplicht, van het evenredigheidsbeginsel. Eveneens roept zij een manifeste beoordelingsfout in.

De verzoekende partij vat het middel als volgt samen:

92. De bestreden bepalingen voorzien in de reservering van spectrum ten gunste van een nieuwkomer in de banden 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz en 2100 MHz, terwijl het BIPT in zijn impactstudie toegeeft dat de beschikbaarheid van voldoende spectrum in de banden boven 1 GHz geen problemen oplevert. Bijgevolg zijn de reserveringen in de banden 1800 MHz en 2100 MHz niet noodzakelijk en evenredig, of minstens is de noodzaak of evenredigheid ervan niet aangetoond c.q. op afdoende wijze gemotiveerd.

B. Beoordeling

1. Er wordt een eerste veiling die voorbehouden is voor de nieuwkomers op de markt georganiseerd om de portfolio van frequenties samengesteld uit spectrum in de banden van 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz toe te wijzen.²⁹

2. Daar waar de verzoekende partij in het eerste middel de evenredigheid van de gehele spectrumreservering betwistte, is de kritiek in het tweede middel beperkt tot de evenredigheid van de reservering in de banden 1800 MHz en 2100 MHz. De reservering voor de andere banden wordt hier niet betwist.

In de memorie van wederantwoord staat dat de verwerende partij niet verklaart *‘waarom de spectrumreservering niet beperkt kon blijven tot het minimum noodzakelijke om de toetreding van een nieuwe speler toe te laten. Gelet op het uitzonderlijk karakter van de maatregel moest de reservering trouwens tot het minimum noodzakelijke beperkt worden.’*

²⁹ Verslag aan de Koning bij Koninklijk besluit van 28 november 2021 ‘betreffende radiotoegang in de frequentieband 700 MHz’

3. Zoals gesteld bij de bespreking van het eerste middel, volgt uit artikel 52.2 EWEC niet dat het aantal banden waarvoor een spectrumreservering geldt, tot het strikte minimum beperkt moeten zijn. Vaak zal het voor een nieuwkomer in een kapitaalintensieve markt met gevestigde spelers moeilijk zijn om op een succesvolle manier te concurreren. Er moet dan ook in voldoende spectrum voor de vierde speler worden voorzien in alle banden die relevant zijn voor de gebruikelijke en toekomstige technologieën,³⁰ om een zo gelijk mogelijk speelveld te creëren.

Evenwel moeten de resterende – niet-gereserveerde – frequentieblokken voldoende interessant zijn voor de gevestigde MNO's. De reservering mag zelf geen onevenwicht of een marktverstoring veroorzaken.

4. In de Impactstudie staat een beoordeling over de impact van de reservering op de beschikbaarheid van spectrum voor de bestaande operatoren:³¹

[...] Anderzijds hoeft de komst van een vierde operator op zich niet noodzakelijk problemen te stellen inzake de beschikbaarheid van voldoende spectrum boven 1 GHz. Boven 1 GHz komen er immers een aantal banden bij. In totaal komt er 480 MHz aan spectrum bij. Dit bijgekomen spectrum kan verdeeld worden onder de vier operatoren. Dit spectrum kan onder andere ingezet worden om de toegenomen capaciteitsbehoefte in te vullen:

- Er komt 90 MHz spectrum bij op 1400 MHz voor SDL; dit spectrum kan gebruikt worden voor extra downlinkcapaciteit;
- Er komt 390 MHz TDD spectrum bij op 3600 MHz; dat betekent dat er ongeveer 100 MHz TDD beschikbaar zal zijn voor de 3 bestaande operatoren, wat elke operator in staat zou moeten stellen om te voldoen aan de 5G-verwachtingen. Op langere termijn In de toekomst (na de veilingen) zullen nog bijkomende banden (bijv. op 26 GHz) vrijgemaakt worden voor 5G. [...]

[...] Het verlies aan spectrum in de 1800MHz-band zou een verlies aan 4G-capaciteit en/of een vermindering van de pieksnelheid van 4G met zich kunnen brengen. Er dient echter te worden opgemerkt dat de 3 bestaande operatoren momenteel slechts 20 MHz duplex elk gebruiken voor 4G in de 1800MHz-band, wat overeenstemt met de gemiddelde spectrumhoeveelheid per bestaande operator in het scenario met een 4e speler (zie figuur 33).

³⁰ Zie Impactstudie BIPT (adm. doss., stuk 36, p. 57, nr. 204).

³¹ Adm. doss., stuk 36, p. 61, nrs. 219, 221-223.

[...] Het verlies aan spectrum in de 1800MHz-band kan deels worden gecompenseerd door het beschikbare bijkomende spectrum in de 2000MHz-band. Aangezien de propagatie bij 2000 MHz iets minder goed is dan bij 1800 MHz, zou er ondanks alles dus een lichte daling van de dekkingszones met erg grote snelheden kunnen zijn.

[...] Het verlies aan spectrum in de 2000MHz-band zou geen enkele negatieve impact hebben op de bestaande diensten, aangezien het beschikbare spectrum groter is dan het spectrum dat wordt voorbehouden voor de nieuwkomer.

5. De verzoekende partij voert nergens aan dat de reservering het risico op marktschaarste daadwerkelijk doet toenemen.

6. Zoals reeds bij de bespreking van het eerste middel is gesteld, houdt een andere opvatting over de omvang van het spectrum dat moet worden gereserveerd, nog geen middel tot nietigverklaring. De opvatting dat een gegarandeerde toegang tot de banden 1800 MHz en 2100 MHz niet noodzakelijk zou zijn omdat deze enkel dient ter ondersteuning van de verouderde technologieën 2G en 3G, mag verdedigbaar zijn, zij volstaat niet om een onwettigheid aan te tonen.

7. Het tweede middel dient te worden verworpen.

VI. BESLUIT

Op grond van wat voorafgaat wordt voorgesteld:

- Het beroep tot nietigverklaring te verwerpen;
- De kosten (inclusief basisrechtsplegingsvergoeding) ten laste van de verzoekende partij te leggen;
- Het verslag zal in de volgende volgorde worden betekend aan de partijen: eerst aan de verzoekende partij, daarna aan de verwerende partij.

A. VAN STEENBERGE
Eerst Auditeur

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 256.738 van 8 juni 2023
in de zaak A. 235.740/IX-10.012**

In zake: de NV TELENET GROUP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Thomas De Meese en Karl Stas
kantoor houdend te 1000 Brussel
Joseph Stevensstraat 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Telecommunicatie
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sébastien Depré en Jasper De fauw
kantoor houdend te 1050 Brussel
Eugène Flageyplein 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 21 februari 2022, strekt tot de nietigverklaring van:

“- In hoofdorde: artikelen 25 tot en met 37 van het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende de radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz ^[...] en van artikel 24 van het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende de radiotoegang in de frequentieband 700 MHz ^[...] [...];
- In ondergeschikte orde: artikel 25, eerste lid, 2° en 3° van het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende de radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 mei 2023.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Karl Stas, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Jasper De fauw, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. In het Belgisch Staatsblad van 23 december 2021 verschijnen (vijf) koninklijke besluiten van 28 november 2021 tot regeling van de procedures en voorwaarden voor het verlenen van de vergunningen voor het radiospectrum

aan de mobiele netwerkoperatoren van de frequentiebanden 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2 GHz, 2,6 GHz, 1400 MHz en 3600 MHz overeenkomstig de wet van 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’.

Het thans voorliggende beroep betreft meer bepaald de procedure voor de toewijzing van gebruiksrechten door middel van een zogenaamde multibandveiling. Voor de toekenning van die gebruiksrechten – in 2G, 3G, 4G en de uitrol van 5G – wordt geopteerd voor een systeem waarin die rechten worden verleend na aanvraag- en veilingprocedures die leiden tot de afgifte van individuele vergunningen aan de operatoren.

Met de bestreden bepalingen wordt bij die multibandveiling in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz (artikelen 25 tot 37 van het koninklijk besluit van 28 november 2021 ‘betreffende de radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz’) en in de frequentieband 700 MHz (artikel 24 van het koninklijk besluit van 28 november 2021 ‘betreffende de radiotoegang in de frequentieband 700 MHz’) spectrum gereserveerd voor een eventuele vierde operator (“de nieuwkomer”).

Daarnaast wordt aan de drie “bestaande operatoren” die al houder zijn van gebruiksrechten – onder wie verzoekster – een minimum capaciteit van het beschikbare spectrum in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz gewaarborgd.

3.2. Op 20 juli 2022 voltooit het BIPT de radiospectrumveiling. De drie bestaande operatoren en een nieuwkomer hebben gebruiksrechten verworven.

Bij zestien besluiten van 23 augustus 2022 beslist het BIPT tot de toewijzing van de aangeboden gebruiksrechten, onder meer aan de nieuwkomer Citymesh Mobile nv.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Exceptie

4. De verwerende partij stelt vast dat niet om de integrale vernietiging van de twee geïssueerde koninklijke besluiten wordt verzocht. De bestreden bepalingen betreffen uitsluitend de veiling van het spectrum dat werd gereserveerd voor een eventuele nieuwkomer. Een dergelijk beroep is volgens de verwerende partij niet ontvankelijk. Deze bepalingen vormen immers een ondeelbaar geheel met andere niet-aangevochten bepalingen, in het bijzonder met de bepalingen die een bepaalde hoeveelheid spectrum reserveren voor de bestaande operatoren.

Dit blijkt volgens de verwerende partij duidelijk uit het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 28 november 2021 ‘betreffende de radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz’, waarin uitdrukkelijk staat (BS 23 december 2021, blz. 123.343–123.344):

“Er worden twee doelstellingen nagestreefd:

- de spectrumkwantiteit voorbehouden aan de bestaande mobiele operatoren moet voldoende zijn om een continuïteit van de dienstverlening te garanderen voor de consumenten;
- indien een nieuwkomer geïnteresseerd is in dit bestaande spectrum moet deze evenveel spectrum kunnen verwerven als de bestaande operatoren. De spectrumhoeveelheid die is voorbehouden aan de bestaande operatoren beoogt, in de mate van het mogelijke, deze twee doelstellingen te vervullen;”

of nog:

“Om een nieuwkomer op de markt aan te trekken en de voorwaarden te scheppen voor een efficiënte en duurzame concurrentie, en om tevens de blijvende aanwezigheid van de nieuwkomer op de markt op lange termijn te garanderen, zou een nieuwkomer op de markt een portfolio van frequenties moeten kunnen krijgen die degene van de gevestigde operatoren benaamt.”

De hoeveelheid spectrum die wordt gereserveerd voor respectievelijk de bestaande operatoren enerzijds en de nieuwkomer anderzijds vormen volgens de verwerende partij derhalve een evenwichtig geheel. Het één gaat samen met het ander en de combinatie van beide laat toe om de dubbele doelstelling van

het koninklijk besluit te bereiken, namelijk het verzekeren van de continuïteit van de dienstverlening aan de consumenten door de bestaande operatoren en de intrede van een nieuwkomer op de markt mogelijk te maken. De gedeeltelijke vernietiging van de bestreden koninklijke besluiten zou dit evenwicht verstoren.

5. Verzoekster antwoordt:

“51. De verwerende partij kan in deze redenering niet gevolgd worden. De bepalingen die een (overigens beperkte) hoeveelheid spectrum reserveren voor de bestaande operatoren hebben een eigen verantwoording en finaliteit, die volledig los staat van deze van de spectrumreservering ten gunste van nieuwkomers. Eerstgenoemde spectrumreservering dient immers – zoals de verwerende partij zelf erkent – om de continuïteit van de dienstverlening te verzekeren. Dit is een autonoom motief: de reservering ten gunste van de bestaande spelers is er dus niet louter om een evenwicht na te streven met de spectrumreservering ten gunste van nieuwkomers. Het zou immers onverantwoord zijn om bij een spectrumveiling volledig *tabula rasa* te maken van de bestaande situatie, met alle mogelijke gevolgen van dien voor de miljoenen gebruikers van de diensten van de reeds gevestigde operatoren. Zelfs indien er dus geen spectrumreservering ten gunste van nieuwkomers zou geweest zijn, zou het perfect te verantwoorden en zelfs noodzakelijk geweest zijn om een minimum hoeveelheid spectrum te reserveren voor de bestaande operatoren.

52. Bovendien is het vernietigingsberoep in hoofdorde gebaseerd op de schending van artikel 52, § 2 van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (hierna ‘EWEC’) en de nationale omzettingbepalingen (zie eerste middel hierna). Deze bepalingen stellen specifieke voorwaarden aan ‘het reserveren van een bepaald deel van een radiospectrumband of een groep van banden voor toewijzing aan nieuwe marktdeelnemers’ (art. 52, § 2(b) EWEC). Deze specifieke voorwaarden gelden niet voor het reserveren van spectrum ten gunste van bestaande marktdeelnemers. De bepalingen die voorzien in een spectrumreservering ten gunste van de bestaande marktdeelnemers kunnen met andere woorden niet op basis van de in de hierna ontwikkelde middelen ingeroepen rechtsgronden vernietigd worden. Het is dan ook logisch dat het vernietigingsberoep beperkt is tot de bepalingen die voorzien in een spectrumreservering ten gunste van nieuwe marktdeelnemers.

53. Het hoeft overigens niet te verbazen dat het EWEC specifieke voorwaarden stelt aan spectrumreservering ten gunste van nieuwe marktdeelnemers, maar niet aan spectrumreservering ten gunste van bestaande marktdeelnemers. [...].

54. De verwerende partij voert tenslotte nog aan dat artikel 52, § 2 EWEC niet zou vereisen dat een afweging wordt gemaakt waarbij de eventuele negatieve effecten op investeringen worden afgewogen tegen positieve effecten op de prijzen.^[...] Artikel 52, § 2 EWEC bepaalt nochtans uitdrukkelijk

dat de beslissing om spectrum te reserveren voor nieuwe marktdeelnemers niet alleen gebaseerd moet zijn op een onderzoek van de noodzaak van een dergelijke maatregel om een daadwerkelijke mededinging in stand te houden of te brengen, maar ook op ‘de waarschijnlijke effecten van dergelijke maatregelen op bestaande en toekomstige investeringen door marktdeelnemers’. Impliciet betekent dit dat de verwachte gunstige effecten op de mededinging moeten afgewogen worden tegen de negatieve effecten op de investeringen door (bestaande) marktdeelnemers. Er is immers onvermijdelijk een wisselwerking (‘trade-off’) tussen die twee: extra gunstige toetredingsvoorwaarden voor nieuwe marktdeelnemers hebben onvermijdelijk een negatieve impact op het vermogen en de prikkel van de bestaande operatoren om verder in hun netwerken te blijven investeren. De wisselwerking is des te evidentier wanneer, zoals in dit geval, de maatregel van spectrum-reservering wordt genomen met de verwachting dat dit de toetreding tot de markt van een ‘prijzbreker’ zou faciliteren. Overigens ontkent de verwerende partij niet dat de impact op de investeringen onderzocht moest worden. Het spreekt voor zich dat de bevindingen van dit onderzoek dan ook moesten meegenomen worden in de algehele conclusie over de wenselijkheid van een spectrumreservering ten gunste van nieuwkomers.”

Beoordeling

6. Een reglementair besluit is in beginsel één en ondeelbaar. Dit betekent dat wanneer de Raad van State in het kader van een ontvankelijk annulatieberoep vaststelt dat een gegrond middel wordt aangevoerd tegen sommige bepalingen van dat besluit, hij het besluit in beginsel in zijn geheel dient nietig te verklaren.

In afwijking van het voornoemde beginsel vermag de Raad van State slechts over te gaan tot een gedeeltelijke nietigverklaring van het desbetreffende besluit, indien aan twee voorwaarden is voldaan.

Vooreerst moet blijken dat de gedeeltelijke nietigverklaring van dat besluit aan de verzoekende partij volledige genoegdoening geeft in het licht van haar belang bij het beroep. Voorts moet vaststaan dat de nietig te verklaren bepalingen kunnen worden afgesplitst van de rest van het besluit en dat de overheid ook afgezien van die bepalingen voor het overige hetzelfde besluit zou hebben genomen. Anders zou de Raad van State het desbetreffende besluit als het ware

hervormen en zich aldus begeven op het domein van de beleidsuitoefening van de betrokken overheid.

7. Aangezien verzoekster zich enkel gegriefd acht door de regeling met betrekking tot de nieuwkomer, wordt genoegzaam aan haar belangen tegemoetgekomen door de nietigverklaring van die regeling.

8. Die vaststelling volstaat niet om te besluiten dat de nieuwkomersregeling afsplitsbaar is van de overige bepalingen van de aangevochten koninklijke besluiten.

Dat verzoekster ook enkel – en logischerwijze enkel – wettigheidskritiek aanvoert tegen die bestreden bepalingen, vermag al evenmin een dienstig argument te zijn om het ondeelbaar karakter van de regelingen te weerleggen.

Nog steeds moet immers vaststaan dat de overheid ook afgezien van het afgesplitste gedeelte voor het overige dezelfde beslissing zou hebben genomen. Die tweede voorwaarde is méér dan een technische vraag of sommige bepalingen van de besluiten afsplitsbaar zijn van de andere en of de beide koninklijke besluiten van 28 november 2021 ook zonder die bestreden bepalingen autonoom kunnen voortbestaan en worden toegepast. Het is daarenboven, en uit oogpunt van de wettigheidsrechter vooral, de vraag of het bestuur die besluiten onbetwistbaar óók zou hebben aangenomen indien het wist dat de bestreden bepalingen geen doorgang konden vinden. Er anders over oordelen zou tot gevolg hebben dat de Raad van State zich op het domein van de beleidsuitoefening van de betrokken overheid zou begeven en zou overgaan tot hervorming van de besluiten waarvan het onwettig bevonden gedeelte een – hetzij technisch, hetzij beleidsmatig – onlosmakelijk onderdeel is, vermits de besluiten voor het overige hoe dan ook zouden blijven bestaan.

9.1. Verzoekster kan van het vervuld zijn van deze tweede voorwaarde niet overtuigen.

9.2. Zoals de verwerende partij opmerkt en zoals te lezen is in het verslag aan de Koning, streeft de verwerende partij met de bestreden besluiten meerdere doelstellingen na (BS 23 december 2021, blz. 123.336):

- “- het spectrum toewijzen aan de meest efficiënte gebruikers;
- de ontwikkeling van draadloze breedbandnetwerken aanmoedigen en de digitale kloof in België verder dichten;
- erop toezien dat het hele spectrum wordt toegewezen in het kader van de gunningsprocedure (vermijden dat er niet-toegewezen spectrum overblijft);
- een zo efficiënt mogelijk gebruik van het spectrum waarborgen;
- de concurrentie op de Belgische elektronische-communicatiemarkt maximaliseren;
- toezien op eerlijke inkomsten voor de overheden, aangezien het een kostbaar en schaars openbaar goed betreft;
- spectrum toewijzen op basis van een objectieve, transparante, evenredige en niet-discriminerende procedure;
- de complexiteit en de kosten in verband met de toewijzingsprocedure beperken.”

Het verslag aan de Koning gaat in op de mogelijke systemen om gebruiksrechten toe te wijzen. Overwogen wordt (*ibidem* blz. 123.337):

“Noch het veilingmechanisme, noch de verlenging van de bestaande gebruiksrechten maken het mogelijk om samen de voormelde doelstellingen te bereiken.

Het gekozen mechanisme is een hybride mechanisme waarmee, ten minste deels, de voordelen van een veiling kunnen worden gecombineerd met deze van een verlenging.”

Voorts mag worden verwezen naar de *sub* 4 aangehaalde citaten uit het verslag aan de Koning. De spectrumhoeveelheid die voorbehouden is voor de bestaande operatoren “beoogt [...] deze twee doelstellingen te vervullen” – te weten: de continuïteit waarborgen en een nieuwkomer aantrekken – en het gereserveerde spectrum voor de nieuwkomer staat in relatie tot de nood dat die “op de markt een portfolio van frequenties [moet] kunnen krijgen die degene van de gevestigde operatoren benadert”.

9.3. Moge het dan al zo zijn dat de spectrumreservering voor de bestaande operatoren een eigen doelstelling dient – de continuïteit van de dienstverlening – dan neemt zulks niet weg dat die bepalingen samenhangen en in het

verslag aan de Koning in één adem genoemd worden met de bepalingen omtrent de nieuwkomer. Het ontworpen “hybride mechanisme” is gekozen om de voordelen van een veiling die openstaat voor nieuwkomers te combineren met deze van een verlenging. Het is geenszins uitgesloten dat de verwerende partij, mocht zij vooraf hebben geweten dat de nieuwkomersregeling die zij voor ogen had geen doorgang kon vinden, anders zou hebben aangekeken tegen de wenselijkheid of de omvang van een reserve voor de bestaande operatoren of zelfs dat zij voor een ander dan het thans ontworpen “hybride mechanisme” zou hebben geopteerd.

Onrechtstreeks erkent verzoekster die onderlinge samenhang eigenlijk ook wel, als zij in de memorie van wederantwoord erop wijst dat er “onvermijdelijk een wisselwerking (‘trade-off’)” bestaat tussen de “extra gunstige toetredingsvoorwaarden” voor nieuwe marktdeelnemers en de “onvermijdelijk” genoemde “negatieve impact op het vermogen en de prikkel van de bestaande operatoren om verder in hun netwerken te blijven investeren”.

9.4. Het eerste bestreden besluit bevat voorts een maximale spectrumhoeveelheid (“spectrum cap”) die een relevante groep kan innemen zonder de concurrentie tussen de verschillende operatoren in het gedrang te brengen. Hierover leert het verslag aan de Koning (blz. 123.339):

“De keuze van een ‘spectrum cap’ voor de verschillende frequentiebanden is in hoofdzaak een compromis tussen het aantal mogelijke concurrerende infrastructuur die gebruik maken van de verschillende frequentiebanden en het prestatieniveau dat kan worden gehaald voor elk van deze infrastructuur.

De Europese landen kiezen voor deze ‘spectrum caps’ tussen 10 en 20 MHz duplex voor de banden onder 1 GHz. Het merendeel kiest voor 15 MHz duplex.

Een ‘spectrum cap’ van 15 MHz duplex stelt elke operator in staat om naar eigen zin 5, 10 of 15 MHz aan te bieden. De spectrumbehoeften kunnen inderdaad verschillen van de ene operator tot de andere afhankelijk van de ontplooiingsstrategie, van het aantal klanten en van het verkeer dat deze klanten genereren.

Er werd dus gekozen voor een spectrum cap van 15 MHz voor de 900 MHz-band.

Voor de andere frequentiebanden werden de verschillende ‘spectrum caps’ zo gekozen dat geen enkele operator meer dan ongeveer 40% van de middelen voor een frequentieband heeft.”

De keuze van de “spectrum cap” is de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid. Zo de bestreden bepalingen worden weggedacht uit het eerste bestreden besluit valt niet uit te sluiten dat de verwerende partij voor de 900 MHz-band zou kiezen voor een andere “spectrum cap” en dat voor de andere frequentiebanden de berekening van “ongeveer 40% van de middelen” tot een andere uitkomst leidt. Alleszins staat het niet aan de Raad van State om die beleidsinschatting te maken.

9.5. Artikel 10 van het eerste bestreden besluit en artikel 12 van het tweede bestreden besluit regelen onder meer de dekkingsgraad voor nieuwkomers, in de tijd gespreid volgens een “uitrolschema”. Hierover is te lezen in het verslag aan de Koning (blz. 123.341; zie ook blz. 123.301):

“Het is daarentegen niet mogelijk, voor een nieuwkomer, om het niveau van 99,5% van bij het begin van de geldigheid van de gebruiksrechten te halen. Een nieuwkomer heeft tijd nodig om een heel nieuw netwerk uit te rollen.

Het uitrolschema, voor de dekkingsverplichtingen, is het volgende voor de nieuwkomers die over frequenties beschikken in de 900 MHzband:

- 30% van de bevolking na 3 jaar;
- 70% van de bevolking na 6 jaar;
- 99,5% van de bevolking na 8 jaar.”

Het staat niet aan de Raad om te beoordelen of dit uitrolschema hetzelfde zou zijn, als de verwerende partij vooraf had geweten dat de nieuwkomer geheel op eigen kracht in de markt moet komen zonder gereserveerd spectrum.

10. Gelet op die vaststellingen, valt de Raad van State de verwerende partij bij dat de bestreden besluiten zo al niet uit technisch oogpunt, dan zeker wel uit beleidsmatig oogpunt een onlosmakelijk geheel vormen. Het ligt niet op de weg van de Raad van State, door een partiële vernietiging, in te grijpen op de door de verwerende partij gewenste interne samenhang van de toewijzingsprocedure en het evenwicht dat zij heeft nagestreefd tussen de rechten van de bestaande operatoren

en de intrede van een nieuwkomer. Het zou de Raad van State doen optreden als ware hij zelf regelgevend bestuur, door reglementaire besluiten gedeeltelijk in het rechtsverkeer te laten die nooit zo door de verwerende partij zijn geconcipeerd en waarvan niet is aangetoond dat zij ze ook zo had willen concipiëren.

11. De exceptie is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 22 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van acht juni tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren, kamervoorzitter,

Bruno Seutin, staatsraad,

Stephan De Taeye, staatsraad,

bijgestaan door

Vera Wauters, griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Geert Van Haegendoren