

Hof van beroep te Brussel

Burgerlijke & fiscale griffie - dienst verzoekschriften (verdieping 01)

Justitiepaleis, Poelaertplein, 1000 Brussel

☎ 02 508 66 67

☎ 02 519 84 25

☎ 02 519 81 72

Kennisgeving – art. 1056 Ger.W.

2019/AR/1282, Kamer 19A, 04 september 2019 09:00

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

uw kenmerk/advocaat/referentie
Mr.

ons kenmerk: 2019/AR/1282
inzake: BASF ANTWERPEN NV/BIPT

Brussel
26 augustus 2019

bijlage(n)
I

Mevrouw, Mijnheer,
Meester,

Hierbij wordt U het verzoekschrift, neergelegd ter griffie van dit Hof, ter kennis gebracht.

Met de meeste hoogachting,



A. DE CLERCK
Griffier

Hof van Beroep Brussel
Sectie Marktenhof

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

VOOR: De naamloze vennootschap BASF Antwerpen, met als afkorting "BASF", vertegenwoordigd door zijn raad van bestuur, met maatschappelijke zetel te Scheldelaan 600 – Haven 725, 2040 Antwerpen, ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0404.754.472;

Hierna genoemd de "*verzoekende partij*" of "*verzoekster*";

Bijgestaan en vertegenwoordigd door Meester **BOB MARTENS** en Meester **KRISTOF DE VULDER**, advocaten aan de balie Brussel, met kantoor te 1050 Brussel, Louizalaan 106, alwaar keuze van woonplaats wordt gedaan;

TEGEN: Het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie, met als afkorting "*BIPT*", waarvan zetel gevestigd te 1030 Brussel, Koning Albert II-laan 35, Ellipse Building-Gebouw C, ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0243.405.860;

Hierna genoemd de "*verwerende partij*" of "*verweerster*";

BESLISSING WAARTEGEN BEROEP WORDT INGESTELD:

Beslissing van het BIPT van 27 juni 2019 betreffende het verlies van statuut van operator door BASF Antwerpen en het toekennen van een vergunning categorie 1.

In ondergeschikte orde,

Beslissing van het BIPT van 13 februari 2019 betreffende het verlies van statuut van operator door BASF Antwerpen en het toekennen van een vergunning categorie 1.

De onderhavige zaak zal worden ingeleid op de zitting van het Hof van Beroep Brussel, sectie Marktenhof, Poelaertplein, 1000 Brussel, op woensdag 4 september 2019, om 9u15, Kamer 19A, zaal 1.32.

De code van de aard van de zaak betreft I.1.a.

* *
*

Onder voorbehoud van alle rechten en zonder enige nadelige erkenning, verzoekt de verzoekende partij als volgt:

Inhoudsopgave

I.	FEITELIJK KADER EN VOORGAANDEN	4
I.1	Voorstelling van de verzoekende partij	4
I.2	Reglementaire context	4
1.1.1	Het statuut van operator	4
1.1.2	Oud criterium: overschrijden van het openbaar domein	5
1.1.3	Nieuw criterium: openbaar beschikbaar aanbieden	5
1.1.4	Het begrip openbaar communicatienetwerk	6
I.3	Feitelijke context	7
H.	IN RECHTE	17
II.1	Betreffende de ontvankelijkheid van het verzoekschrift	17
II.2	Betreffende het belang van de verzoekende partij	18
II.3	Eerste middel: schending van artikel 2, 10° jo. 9 van de WEC	18
II.4	Tweede middel: schending van artikelen 4 en 6 jo. 17 van het KB van 18 december 2009	31
II.5	Derde middel: schending van artikel 7, 4° WEC	33
II.6	Vierde middel: schending van het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel, zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en in de artikelen 5 en 8/1, §1 WEC	35
	(a) In hoofdorde	35
	(b) In ondergeschikte orde	36
II.7	Vijfde middel: schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel met betrekking tot de procedure voor de voorbereiding en de vaststelling van de beslissing; en schending van artikel 14, §1, 3°, a) van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector	37
II.7.1	Zesde middel: schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder de materiële motiveringsplicht	42
II.8	Zevende middel: schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het redelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel zoals vervat in de artikelen 5 en 8/1, §1 WEC	45
II.9	Met betrekking tot het nemen van een nieuwe beslissing door Uw Hof	47
II.10	Met betrekking tot de schorsing	48
	OM DEZE REDENEN	50

* *
*

I. FEITELIJK KADER EN VOORGAANDEN

I.1 Voorstelling van de verzoekende partij

1. Verzoekster is de naamloze vennootschap BASF Antwerpen, met als afkorting BASF.
2. BASF is een chemiebedrijf. Het productenpalet van BASF Antwerpen omvat basischemie en gespecialiseerde chemicaliën, kunststoffen en voorproducten, veredelingsproducten en anorganica. De site van BASF in Antwerpen is gelegen in het meest noordelijke deel van de Antwerpse haven. Het is het grootste chemische productiecentrum van België en het op een na grootste van de BASF-groep wereldwijd. Op de site staan een vijftigtal productie-installaties.¹ BASF Antwerpen is een van de belangrijkste SEVESO-bedrijven in België².
3. Op de site van BASF Antwerpen zijn tevens een hele reeks andere bedrijven actief, zoals Air Liquide, Combinant, EuroChem Antwerpen, Evides Industriewater, INOVYN Belgium, Solvay Chimie Zandvliet, INEOS Styrolution Belgium, BASF DOW HPPO Production, BASF Interlox H2O2 Production en Zandvliet Power. Al deze bedrijven kunnen gebruik maken van het netwerk van BASF. Buchen, Combinant, EuroChem Antwerpen, Inovyn, Solvin en Styrolution zijn vaste gebruiker van walkie talkies (mobiele stations). EuroChem Antwerpen, Inovyn (rechtsopvolger van het vroegere Solvin) en INEOS Styrolution Belgium zijn daarenboven vaste gebruikers van de vaste stations.

I.2 Reglementaire context

1.1.1 Het statuut van operator

4. Wie over een eigen netwerk beschikt, dient te voldoen aan de verplichtingen uit de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna: "WEC"). Overeenkomstig artikel 2, 11° WEC is "*ieder persoon die onder de **verplichting valt een kennisgeving te doen overeenkomstig artikel 9***", een operator.
5. De kennisgevingsplicht neergelegd in artikel 9 van de WEC kende reeds een aantal evoluties. Zo verplichtte de WEC oorspronkelijk alle personen die in eigen naam en voor eigen rekening elektronische communicatiediensten of -netwerken verstrekken of doorverkopen, om zich als operator aan te melden bij het BIPT.

¹ <https://www.basf.com/be/>.

² Een SEVESO-bedrijf valt onder de bijzondere bepalingen van het Samenwerkingsakkoord van 16 februari 2016 tussen de Federale Staat, het Vlaamse Gewest, het Waalse Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest betreffende de beheersing van de gevaren van zware ongevallen waarbij gevaarlijke stoffen zijn betrokken. Dit samenwerkingsakkoord voorziet in de gedeeltelijke omzetting van de richtlijn 2012/18/EU van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende de beheersing van de gevaren van zware ongevallen waarbij gevaarlijke stoffen zijn betrokken, houdende wijziging en vervolgens intrekking van richtlijn 96/82/EG. De SEVESO bedrijven vormen een risico voor mens en leefmilieu bij incidenten. Communicatie is een cruciaal onderdeel in het veiligheidsbeleid (zie www.seveso.be)

Het gevolg was dat ook personen die private elektronische communicatiediensten of -netwerken verstrekten of doorverkochten, onderworpen waren aan die kennisgevingsplicht (en bijgevolg ook het statuut van operator hadden).

6. Om dit te vermijden werd de WEC een eerste keer gewijzigd en werd een paragraaf 5 en 6 toegevoegd aan artikel 9 van de WEC, teneinde het ruime toepassingsgebied van dit artikel enigszins te beperken.

1.1.2 Oud criterium: overschrijden van het openbaar domein

7. Na deze eerste wetswijziging zag het (oude) artikel 9 van de WEC er als volgt uit:

"§ 1. Het aanbieden of het doorverkopen in eigen naam en voor eigen rekening van elektronische-communicatiediensten of -netwerken kan, onverminderd de bepalingen van artikel 39, pas aangevat worden na een kennisgeving aan het Instituut die de volgende elementen bevat (...)

*§ 5. De in paragraaf 1 vermelde kennisgeving is niet vereist in geval van het aanbieden of doorverkopen van elektronische-communicatienetwerken of diensten die het **openbaar domein niet overschrijden**.*

*§ 6. De in paragraaf 1 vermelde kennisgeving is niet vereist in geval van het aanbieden of doorverkopen van elektronische-communicatiediensten of -netwerken **uitsluitend aan een rechtspersoon** waarin de aanbieder of doorverkoper een **controleerend belang heeft of aan natuurlijke personen of rechtspersonen in het kader van een overeenkomst** waarbij elektronische-communicatiediensten of -netwerken **louter ter ondersteuning en als bijkomstig ter beschikking worden gesteld**."*

8. In de praktijk werd vooral artikel 9, §5 het doorslaggevende criterium om te beslissen of een persoon al dan niet het statuut van operator had. Bijgevolg was de hamvraag of de elektronische communicatiediensten of -netwerken die door een persoon werden aangeboden of doorverkocht, het **openbaar domein overschreden**.

9. De rechtspraak en rechtsleer omtrent dit criterium was echter onduidelijk en tegenstrijdig, met name met betrekking tot de interpretatie van de begrippen "**openbaar domein**" en het "**overschrijden**" daarvan. Daarnaast werden in de WEC soms verschillende begrippen gehanteerd om operatoren aan te duiden, en waren er bepaalde incoherenties met bepaalde Europese richtlijnen.

1.1.3 Nieuw criterium: openbaar beschikbaar aanbieden

10. Om een einde te stellen aan deze onduidelijkheden heeft de wetgever bij wet van 31 juli 2017 houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie (hierna: "de Wet van 31 juli 2017") artikel 9 WEC gewijzigd. Het nieuwe artikel 9 van de WEC luidt :

"§ 1. Het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische-communicatiediensten of openbare elektronische-communicatienetwerken kan, onverminderd de bepalingen van artikel 39, pas aangevat worden na een kennisgeving aan het Instituut die de volgende elementen bevat (...)

§ 8. De onderneming die voor 22 september 2017 een kennisgeving heeft ingediend om operator te worden en die niet langer aan de voorwaarden voldoet om dat te doen, verliest zijn hoedanigheid van operator op 31 december 2018."

11. Ten gevolge van deze wetswijziging wordt vanaf de inwerkingtreding ervan een nieuw criterium gehanteerd door het BIPT om te bepalen of een persoon al dan niet het statuut van operator heeft, namelijk of een openbaar beschikbare elektronische communicatiedienst of -netwerk wordt aangeboden.

12. Er wordt dus geen onderscheid meer gemaakt tussen het doorverkopen en aanbieden van een netwerk of dienst (ook doorverkopen wordt als "aanbieden" beschouwd in de zin van het nieuwe artikel 9 WEC). Daarnaast is het nieuwe criterium nu of een elektronische communicatiedienst of -netwerk "**openbaar beschikbaar**" aangeboden wordt. Van het al dan niet "overschrijden van het openbaar domein" is bijgevolg geen sprake meer.

1.1.4 Het begrip openbaar communicatienetwerk

13. Ook het begrip openbaar (communicatie)netwerk kende reeds een aantal evoluties. De wetgever en de Koning blijken regelmatig het geweer van schouder veranderd te hebben omtrent de definitie van dit begrip.

14. Oorspronkelijk definieerde de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven in artikel 68, 5bis° een 'openbaar telecommunicatienet' als: "*een telecommunicatienet dat geheel of gedeeltelijk voor het verlenen van voor het publiek toegankelijke telecommunicatiediensten wordt gebruikt*". Ook het begrip 'gesloten gebruikersgroep' werd toen gedefinieerd in de wet (artikel 68, 28°) als een "*entiteit verbonden door duidelijke socio-economische of professionele banden die voorafgaand aan de exploitatie van de dienst bestonden en die ruimer zijn dan de eenvoudige noodzaak aan onderlinge communicatie*". Het Koninklijk besluit van 16 juli 1998 betreffende de voorwaarden voor de aanleg en exploitatie van niet-openbare telecommunicatie-netwerken verwees eveneens naar deze begrippen om een 'niet-openbaar telecommunicatienet' te definiëren als een "*telecommunicatienet dat door de uitbater uitsluitend voor eigen gebruik wordt aangewend of dat bestemd is voor diensten aangeboden aan gesloten gebruikersgroepen, zoals gedefinieerd in artikel 68, 28° van de wet*".

15. In de (toenmalig nieuwe) wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie werd de definitie van een openbaar elektronisch communicatienetwerk als volgt aangepast: "*een elektronische-communicatienetwerk dat geheel of hoofdzakelijk wordt gebruikt om elektronische-communicatiediensten toegankelijk te maken voor het publiek*", en werd het begrip 'gesloten gebruikersgroep' uit de wet verwijderd. Nochtans verwijst de

wetgever in diens voorbereidende werken bij de wetswijziging van 2017 nu opnieuw naar dit begrip: "het begrip "openbaar" verwijst naar het begrip van een open of gesloten gebruikersgroep".³

I.3 Feitelijke context

16. Op 4 april 2013 deelde BASF het BIPT mee dat het een openbaar trunkingnetwerk voor radiocommunicatie op basis van de TETRA-norm wenste te exploiteren op zijn site gelegen te Scheldelaan 600 te 2040 Antwerpen (**Stuk 1**). **Tetra** staat voor **TErrestrial TRunked Radio**. TETRA is een digitale standaard voor radiocommunicatie die voornamelijk gebruikt wordt door veiligheidsdiensten, transportbedrijven, grote industriële complexen of het leger.⁴

17. De ITU beschrijft de TETRA-standaard als volgt: "*TETRA est la norme de l'ETSI qui s'applique aux radiocommunications mobiles terrestres numériques à ressources partagées pour répondre aux besoins des usagers européens des radiocommunications mobiles privées (PMR) et à accès public (PAMR) traditionnelles (...) Le système TETRA a déjà été normalisé et harmonisé et élargira le marché des radiocommunications mobiles terrestres comme le GSM l'a fait pour les systèmes cellulaires*".⁵

(eigen vertaling: "*TETRA is de ETSI-norm die van toepassing is op digitale landmobiele radiocommunicatie met gedeelde middelen om te voldoen aan de behoeften van Europese gebruikers van traditionele particuliere mobiele radiocommunicatie (PMR) en mobiele radiocommunicatie met publieke toegang (MRPT) (...) Het TETRA-systeem is al gestandaardiseerd en geharmoniseerd en zal de markt voor landmobiele radiocommunicatie uitbreiden, zoals GSM heeft gedaan voor cellulaire systemen*".)

18. Een TETRA-netwerk biedt een aantal onmiskenbare voordelen voor (mobiele) communicatie op het vlak van vertrouwelijkheid en veiligheid (m.n. door versleuteling en authenticatie), betrouwbaarheid en geluidskwaliteit (digitaal). Bovendien laat een TETRA-netwerk toe om zowel één-op-één te communiceren als gesprekken te voeren tussen één dispatcher en een volledige groep, of van alle leden van de groep met elkaar. Daarenboven heeft een TETRA-netwerk steeds een 'back-up' mogelijkheid: wanneer het netwerk uitvalt, aangezien gebruikers nog steeds onderling kunnen communiceren via Direct Mode. Een TETRA-netwerk is voor BASF vandaag bijgevolg bij uitstek de aangewezen technologie om bijvoorbeeld een effectieve site-overkoepelende crisiscommunicatie te kunnen voeren ingeval van (chemische) calamiteiten. In de toekomst zou 5G technologie met "mission critical push-to-talk" misschien een alternatief kunnen zijn, maar gezien de status van het 5G-dossier in

³ Parl. St., Wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie, 26 juni 2017, Doc 54-2558/001, <https://www.dekamer.be/FLWB/pdf/54/2558/54K2558001.pdf>.

⁴ <https://www.etsi.org/technologies/tetra?highlight=WyJ0ZXRYYSJd> (het Europees Telecommunicatie en Standaardisatie Instituut (ETSI) heeft TETRA als officiële standaard opgesteld).

⁵ ITU, Manuel sur les communications mobiles terrestres, vol. 3, 2005; p. 19, online beschikbaar op: https://www.itu.int/dms_pub/itu-r/opb/hdb/R-HDB-47-2005-OAS-PDF-F.pdf

België is dit nog niet voor meteen.

BASF is een hogedrempel Seveso-bedrijf en is onderworpen aan de Seveso III-Richtlijn die als doel heeft de preventie van zware ongevallen die het gevolg kunnen zijn van bepaalde industriële activiteiten, en het beperken van de gevolgen daarvan voor mens en milieu.⁶ Op basis van artikel 5, §1 van de Seveso III-Richtlijn, dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat de exploitant alle nodige maatregelen neemt om zware ongevallen te voorkomen. De Seveso III-Richtlijn werd gedeeltelijk omgezet in Belgisch recht door het Samenwerkingsakkoord van 16 februari 2016 tussen de Federale Staat, het Vlaamse Gewest, het Waalse Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest betreffende de beheersing van de gevaren van zware ongevallen waarbij gevaarlijke stoffen zijn betrokken (hierna: "het Samenwerkingsakkoord").

Op de site van BASF bevinden zich bovendien nog andere Seveso-bedrijven, zoals momenteel EuroChem Antwerpen, Inovyn, INEOS Styrolution Belgium en Air Liquide (door BASF worden deze ondernemingen ook Strategische Partners of kortweg STRAPA'S genoemd) (stuk 19).

Met name in het kader van deze Seveso-verplichtingen, is crisiscommunicatie uitermate belangrijk voor BASF, ter bescherming van eenieder die zich op of in de omgeving van de site bevindt. In deze context is het TETRA netwerk een belangrijk en onontbeerlijk onderdeel van BASF's crisisbeheersmaatregelen. Een snelle, betrouwbare en efficiënte crisiscommunicatie is cruciaal.

Bij de organisatie van een crisismanagement kan het beschikken over een TETRA-netwerk immers een cruciale en levensreddende rol hebben. De crisisstaf die wordt bijeengeroepen ingeval van calamiteiten kan steeds beroep blijven doen op het TETRA netwerk, ook indien alle andere mogelijkheden tot communicatie wegvallen (zowel vaste als mobiele communicatiemogelijkheden). In het crisiscentrum, i.e. de plaats waar de crisisstaf bijeenkomt, zijn steeds walkie talkies beschikbaar voor gebruik in geval van een calamiteit. Het systeem is bovendien gekoppeld aan het Spider inzetsysteem van BASF. Het Spider inzetsysteem is het door BASF ontwikkelde alarmbeheersplatform waarmee alle betrokken interne veiligheidsdiensten hun "oproep" beantwoorden en aangeven welke personen en middelen worden ingezet om de oproep te behandelen. Dit systeem wordt door BASF gebruikt op al haar grotere productiesites in Europa. Het is vergelijkbaar met programma's die regionale meldkamers van openbare veiligheidsdiensten (noodnummer "112") gebruiken.

BASF heeft een hele reeks ingrepen gedaan om haar communicatie-infrastructuur robuust te maken bij rampen. Zoals reeds *supra* werd vermeld, is radiocommunicatie via het TETRA netwerk het enige communicatiemiddel dat ontworpen is om zelfs bij zeer grote calamiteiten

⁶ Eerste overweging en artikel 1, Richtlijn 2012/18/EU van 4 juli 2012 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de beheersing van de gevaren van zware ongevallen waarbij gevaarlijke stoffen zijn betrokken, houdende wijziging en vervolgens intrekking van Richtlijn 96/82/EG van de Raad, (*Pb.L.* 197, 24 juli 2012, err., *Pb.L.* 291, 7 oktober 2014, err., *Pb.L.* 59, 7 maart 2017, err., *Pb.L.* 343, 22 december 2017) (hierna: Seveso III-Richtlijn).

overeind te blijven (**stuk 20**).⁷ Een aantal functies die ten behoeve van de noodcommunicatie zijn voorzien, zijn onder andere:

- Redundante server infrastructuur;
- Dubbel redundante netwerkinfrastructuur;
- Een vijfde antenne-station zodat een faling van 1/5^{de} van de zendmasten geen invloed heeft op de service;
- Power autonomie van 8 uur bij totale blackout;
- Prioriteitsmechanismen om brandweer en security diensten voorrang te geven op andere communicatie;
- Mogelijkheid om de brandweer te koppelen aan bedrijfscommunicatiegroepen in geval van nood om de interactie tussen bedrijf en brandweer te garanderen.

Deze investeringen werden uitgevoerd tussen einde 2013 en het midden van 2014 ten tijde van het installeren van het TETRA-netwerk.

Om dit robuuste crisisbeheerssysteem in stand te houden, is het onontbeerlijk dat ook het TETRA-netwerk in stand wordt gehouden.

19. Op 21 augustus 2013 ontving BASF een brief van het BIPT met de melding dat aan de aanvraag voor de reservatie van een TETRA Mobile Network Code een gunstig gevolg werd gegeven (**stuk 1**). Een uitbatingsvergunning werd vervolgens toegekend aan BASF door de Raad van het BIPT bij besluit van 26 augustus 2013 (**stuk 1**). Die exploitatievergunning werd gegeven voor een periode van 10 jaar en is nadien verlengbaar op aanvraag voor periodes van 5 jaar. Het Bewijs van Kennisgeving werd door het BIPT overgemaakt op 13 september 2013 (**stuk 4**). Via dit Bewijs van Kennisgeving kreeg BASF het operatornummer 3712 mee met als datum van de registratie 13 september 2013. Het gaat om de elektronische communicatieactiviteit "*Spraakdienst: Andere spraakdienst: TETRA radiocommunicatie, coördinatie en veiligheid der werkzaamheden (zonder winstoogmerk)*." Bijgevolg verkreeg verzoekende partij het statuut van operator in 2013.

20. Overeenkomstig artikel 4 van het Koninklijk besluit van 18 december 2009 betreffende de private radiocommunicatie en de gebruiksrechten voor vaste netten en netten met gedeelde middelen (hierna: "het KB van 18 december 2009") worden de vergunde radionetten en radiostations gerangschikt in een bepaalde categorie, volgens hun bestemming en de wijze waarop zij werken.

21. In dat verband bepaalt de eerste paragraaf van artikel 6 van het KB van 18 december 2009: "*Het Instituut onderzoekt de aanvragen voor vergunning om een privaat radiostation te houden en te gebruiken of om een privaat radionet aan te leggen en te doen werken. Het bepaalt de categorie waaronder de vergunning valt. (...)*". In principe is het BIPT dus vrij

⁷ In het veiligheidsrapport van BASF Antwerpen opgesteld in het kader van het Samenwerkingsakkoord (SWA-VR) staat vermeld op pagina II.15 dat het bedieningspersoneel van de productie-inrichtingen binnen BASF Antwerpen N.V. beschikt over mobiele radiotoestellen voor directe communicatie.

om, in het kader van een aanvraag voor een (houders)vergunning voor een privaat netwerk, te bepalen tot welke categorie, zoals opgeëlijst en beschreven in (artikel 4 van) het KB van 18 december 2009, een netwerk en/of vergunning behoort.

22. Initieel behoorden TETRA-netwerken in principe tot een restcategorie (toenmalige categorie 6). Het Koninklijk besluit van 15 juli 2013 tot wijziging van het koninklijk besluit van 18 december 2009 betreffende de private radiocommunicatie en de gebruiksrechten voor vaste netten en netten met gedeelde middelen (artikel 6), voegde echter twee nieuwe categorieën 7 en 8⁸ toe. Categorie 8 omvat twee 'subcategorieën', namelijk een categorie 8a ("*netten opgesteld door operatoren van punt-tot-punt netten of van punt-tot-multipunt netten*") en een categorie 8b ("*netten opgesteld door operatoren van netten met gedeelde middelen*")⁹.

23. Artikel 1, 23^o van het KB van 18 december 2009 definieert een 'net met gedeelde middelen' als een "*landmobiel radionet waarbij de frequenties en de infrastructuur gedeeld worden door de verschillende gebruikers en waarvan de zendfrequenties van zowel de mobiele als de basisstations zich beneden de 921 MHz bevinden*"¹⁰.

24. Aangezien TETRA-netwerken precies aan die definitie beantwoorden, zouden dergelijke netwerken dus in principe tot de categorie 8b moeten behoren, m.n. de netten met gedeelde middelen. *In casu* was het BIPT in 2013 klaarblijkelijk ook deze mening toegedaan, daar het aan BASF Antwerpen "*toestemming [verleende] om een openbaar netwerk met gedeelde middelen volgens de TETRA-norm te exploiteren op zijn site gelegen te Scheldelaan 600 te 2040 Antwerpen*"¹¹. Rekening houdend met de bestemming en de wijze waarop deze netwerken werken, lijkt dit dan ook de enige mogelijke interpretatie van de wet. TETRA-netwerken zijn dan ook bij uitstek netten met gedeelde middelen, en dergelijke netwerken indelen in een andere categorie dan categorie 8b zou dan ook indruisen tegen de tekst van het KB van 18 december 2009. Indien het TETRA-netwerk van BASF geen netwerk van

⁸ "De wijziging aangebracht door artikel 6 voorziet in artikel 4 van het KB van 18 december 2009 aparte categorieën (7^o en 8^o) voor houdersvergunningen en bepaalde netwerken die voordien in de 6de categorie (restcategorie) begrepen waren. Deze bijkomende categorieën worden voor de duidelijkheid gecreëerd: zo worden deze benoemd en wordt de lading die de 6e categorie dekt beperkter", cf. [http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a.pl?N=&=&sql=\(text+contains+\(%27%27\)\)&rech=1&language=nl&tri=dd+AS+RANK&numero=1&table_name=wet&cn=2013071516&caller=image_a1&romtab=wet&la=N&pdf_page=27&pdf_file=http://www.ejustice.just.fgov.be/mopdf/2013/08/19_2.pdf](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a.pl?N=&=&sql=(text+contains+(%27%27))&rech=1&language=nl&tri=dd+AS+RANK&numero=1&table_name=wet&cn=2013071516&caller=image_a1&romtab=wet&la=N&pdf_page=27&pdf_file=http://www.ejustice.just.fgov.be/mopdf/2013/08/19_2.pdf), p. 27 (Koninklijk besluit tot wijziging van het koninklijk besluit van 18 december 2009 betreffende de private radiocommunicatie en de gebruiksrechten voor vaste netten en netten met gedeelde middelen, M.B. 19 augustus 2013, p. 55095).

⁹ In het Frans: *réseau à ressources partagées*

¹⁰ In het Frans: "*Réseau radioélectrique mobile terrestre où les fréquences et l'infrastructure sont partagées par les différents utilisateurs et dont les fréquences d'émission tant des stations mobiles que des stations de base sont inférieures à 921 MHz*" Dit komt overeen met de beschrijving van de ITU, zie randnummer 18.

¹¹ Besluit van de Raad van het BIPT van 26 augustus 2013 betreffende de toekenning aan BASF N.V. van een vergunning voor de exploitatie van een openbaar trunkingnetwerk voor radiocommunicatie op basis van de TETRA-norm.

categorie 8b vormt, welk netwerk dan wel?

25. Zoals hierboven reeds werd vermeld, stelt BASF haar netwerk open voor derden. In 2016 werd er aan kandidaat-gebruikers een aanbod gedaan om toegang te krijgen tot het netwerk. Hiertoe werd een presentatie getoond waarin de details van het netwerk uiteengezet werden (**stuk 16**).

Derden als EuroChem Antwerpen, INEOS Styrolution Belgium, Combinant, Büchen en Inovyn hebben toegang tot het netwerk van BASF, alsook professionele klanten en leveranciers van die derden met activiteiten op het terrein van BASF. Het aanbod van het netwerk is gericht op alle gebruikers die zich binnen het zendbereik van de antennestations bevinden en (TETRA) radiocommunicatie nodig hebben, zowel voor operationele- als voor veiligheidsdoeleinden. In dat geval dienen de ondernemingen aan een aantal voorwaarden te voldoen, met name om veiligheids- en technische redenen. Zo moeten de ondernemingen natuurlijk binnen het zendbereik van het netwerk vallen, moeten ze gebruik maken van gekeurde/geregistreerde toestellen (EX-certificatie wordt in bepaalde omgevingen vereist wegens explosiegevaar) en moet het technisch realiseerbaar zijn.

Er zijn derhalve geen uitsluitingscriteria waardoor elke aanvraag om het netwerk te gebruiken wordt aanvaard, indien de voorwaarden vervuld zijn.

BASF vraagt een vergoeding voor het gebruik van haar netwerk, die beperkt is tot een kostenvergoeding (**stuk 16**).

26. Op 14 november 2018 ontving BASF een eerste schrijven van het BIPT met de melding dat de Wet van 31 juli 2017 artikel 9 WEC wijzigt (zoals *supra* uiteengezet) en aanvult met een § 8 die luidt als volgt: *"De onderneming die voor 22 september 2017 een kennisgeving heeft ingediend om operator te worden en die niet langer aan de voorwaarden voldoet om dat te doen, verliest zijn hoedanigheid van operator op 31 december 2018."* (**stuk 5**).

27. - Op 22 november 2018 stuurde BASF de ingevulde vragenlijst per e-mail terug naar het BIPT (**stuk 6** en **stuk 7**).

28. Op 13 februari 2019 ontving BASF een brief van het BIPT waarin opnieuw wordt verwezen naar de wijziging van artikel 9 van de WEC en het BIPT het volgende stelt:

*"Om operator te zijn volstaat het niet meer dat het elektronische-communicatienetwerk het openbaar domein overschrijdt - oude formulering in artikel 9, § 5 - **maar moet het netwerk aan het publiek worden aangeboden** - nieuwe formulering in artikel 9, § 1, wat niet het geval is wanneer het voornamelijk beperkt is tot eigen gebruik.*

*Naar aanleiding van een enquête die u vroeger is toegestuurd en na uw dossier nader te hebben bekeken, stellen wij vast dat uw onderneming **niet meer aan de voorwaarden voldoet** wat het statuut van operator betreft.*

Bijgevolg gaan we ervan uit dat u uw hoedanigheid van operator hebt verloren op 31

december 2018, overeenkomstig het voormelde artikel 9, § 8." (stuk 8) (eigen benadrukking).¹²

29. Volgens deze brief van het BIPT wordt het trunkingnetwerk van BASF niet "aan het publiek aangeboden" in de zin van de WEC. Bijgevolg is het BIPT van mening dat BASF door deze wetswijziging haar hoedanigheid van operator heeft verloren.

30. Verrassend genoeg meldt het BIPT dat het BIPT "*ervan uit gaat dat*" BASF de hoedanigheid van operator effectief heeft verloren op **31 december 2018**, bijna twee maanden vóór de brief van het BIPT, en dit ten gevolge van een wetswijziging door de Wet van 31 juli 2017, die dateert van ongeveer anderhalf jaar voor de wetswijziging door het BIPT voor het eerst in haar brief van 14 november 2018 werd gemeld aan BASF. Dit wijst op een grote onzorgvuldigheid in hoofde van het BIPT bij de behandeling van dit dossier.

31. Bovendien stelt het BIPT dat het verlies van het statuut van operator ertoe leidt dat het netwerk van BASF van categorie 8b naar categorie 1 zal gaan: "*Dit impliceert ook een wijziging van uw vergunningen inzake netwerken met gedeelde middelen. Het koninklijk besluit van 18 december 2009 betreffende de private radiocommunicatie en de gebruiksrechten voor vaste netten en netten met gedeelde middelen bepaalt dat de vergunde netwerken en stations voor radiocommunicatie, alsook de houdersvergunningen in een categorie worden gerangschikt. Het verlies van uw statuut van operator leidt ertoe dat uw netwerk van categorie 8b naar categorie 1 zal gaan.*" (stuk 8) (eigen benadrukking). In diezelfde brief staat ook dat het BIPT binnenkort met BASF contact zou opnemen om haar situatie te herbekijken en haar vergunningen dienovereenkomstig aan te passen.

32. Op 29 maart 2019 volgt een nieuwe brief van het BIPT omtrent de wijziging van het statuut bij het BIPT, volgens dewelke het BIPT, met verwijzing naar de brief van 12 februari 2019, beslist dat BASF haar hoedanigheid van operator had verloren op 31 december 2018, overeenkomstig artikel 9, §8 van de WEC, en dat dit verlies van het statuut van operator ertoe leidt dat haar netwerk van categorie 8b naar categorie 1 zou gaan, met een wijziging van de berekening van het jaarlijks recht tot gevolg (stuk 9). Het BIPT verzoekt om informatie over de exacte samenstelling van het netwerk van BASF over te maken zodat een correcte facturatie opgemaakt kan worden. Indien deze informatie niet op 30 april 2019 aan het BIPT zou overgemaakt zijn, dan zou het BIPT een controleploeg ter plaatse sturen en factureren op basis van de op die manier vastgestelde gegevens. Als bijlage aan die brief wordt een aanvraagformulier gevoegd voor het bekomen van vergunningen voor het gebruik van private radiocommunicatiestations (categorie 1).

33. Op 23 april 2019 vindt vervolgens een telefoongesprek plaats tussen het BIPT en BASF, waarin BASF om meer uitleg verzoekt en een uitstel aanvraagt van 1 maand voor het aanleveren van de gegevens met betrekking tot de samenstelling van het netwerk van BASF.

¹² De brief dateert van 13 februari 2019, maar er wordt in de brief van het BIPT aan BASF van 29 maart 2019 gerefereerd naar het schrijven van 12 februari 2019.

Ter bevestiging van het telefoongesprek van die dag, mailt het BIPT op 23 april 2019 aan BASF dat zij contact kan opnemen met de dienst "Netwerken en Diensten" om de wijziging van het operatorstatuut te bespreken en waarin zij aangeeft waar de tarieven kunnen teruggevonden worden voor categorie 1. Tevens noteert het BIPT dat BASF een uitstel van een maand vraagt om de gegevens aan te leveren (**stuk 10**).

34. Vervolgens neemt BASF telefonisch contact op met de dienst "Netwerken en Diensten" op 25 april 2019.

35. Bij email van 25 april 2019 deelt BASF het verslag van dit telefoongesprek mee aan de dienst Toewijzingen - Private Vergunningen van het BIPT en meldt dat zij heeft begrepen van de dienst Netwerken en Diensten dat om het statuut van operator te kunnen behouden, zij een schriftelijke aanvraag/motivatie dient in te dienen. Zij herhaalt haar vraag om een maand uitstel te krijgen om het dossier voor het bereiden (**stuk 11**). Het BIPT bevestigt bij email van 25 april 2019 dat een maand uitstel verleend wordt (**stuk 12**).

36. Vervolgens schrijven de raadslieden van BASF het BIPT aan bij brief van 5 juni 2019 (**stuk 13**) en stellen het BIPT formeel in gebreke. In deze brief wordt de interpretatie van het BIPT in haar schrijven van 13 februari en 29 maart 2019 op verschillende punten betwist:

*"Overeenkomstig artikel 2, 11° van de WEC, dat ongewijzigd bleef, is een operator "ieder persoon die onder de **verplichting** valt een **kennisgeving te doen** overeenkomstig **artikel 9**". Met name dit artikel 9 WEC werd gewijzigd door de voornoemde wet van 31 juli 2017. Waar voorheen, om het statuut van operator te hebben, in essentie slechts vereist was dat een elektronische-communicatienetwerk of -dienst het openbaar domein overschreed, moet dat netwerk of die dienst vandaag "openbaar beschikbaar" worden aangeboden. Wie zijn elektronische communicatienetwerk of -dienst niet openbaar beschikbaar aanbiedt, is dus in principe geen operator.*

Op basis van deze wetwijziging en dit nieuwe criterium stelde het BIPT vast en besloot het BIPT dat BASF niet meer aan de voorwaarden voldeed wat het statuut van operator betreft en dus de hoedanigheid van operator had verloren op 31 december 2018, overeenkomstig artikel 9, § 8 van de WEC. Dit impliceert, volgens uw schrijven, "ook een wijziging van uw vergunningen inzake netwerken met gedeelde middelen"¹³ en "dat het BASF-netwerk van categorie 8b naar categorie 1 zal gaan, hetgeen een wijziging inhoudt in de berekening van het jaarlijks recht"¹⁴.

Wij betwisten integraal deze interpretatie, en wel om verschillende wettige redenen, onder meer:

- het schrijven poneert dat het netwerk van BASF niet openbaar zou worden aangeboden zonder dat enig wettig motief of bewijs voorligt ter staving van deze bewering. Dergelijke loutere verklaring gaat evenwel voorbij aan de feitelijkheid dat iedereen op de site van BASF (en dus binnen het bereik van het netwerk) van het*

¹³ Brief van het BIPT van 13 februari 2019.

¹⁴ Brief van het BIPT van 29 maart 2019.

- netwerk gebruik kan maken, zowel derden en leveranciers van die derden als BASF zelf en leveranciers daarvan;
- het behoort uitsluitend tot de prerogatieven van de vergunningsaanvrager om een vergunning van een bepaalde categorie aan te vragen. Het BIPT is evenmin bevoegd om een vergunning van categorie te doen veranderen (in casu van categorie 8b naar categorie 1). Het BIPT kan niet motu proprio een vergunning voor een bepaalde categorie verlenen of in een bepaalde categorie omvormen¹⁵; er ligt geen enkel verzoek van BASF voor om een vergunning categorie 1 te bekomen;
 - de bewering van het BIPT als zou het gebruik van een netwerk door onderaannemers onder eigen gebruik van dat netwerk vallen, is juridisch niet correct.

Daarnaast stuit het voorstel om op eenzijdige wijze de vergunning categorie 8b om te vormen naar een vergunning categorie 1 op ernstige operationele moeilijkheden die potentieel een veiligheidsrisico met zich mee zou brengen. Private netwerken mogen immers in beginsel, conform artikel 17 van het KB¹⁶, niet met derden gedeeld worden. Indien een afwijking van dit verbod moet worden toegestaan telkens een derde van dit netwerk gebruik wil maken, is dit praktisch onwerkbaar.

Bovendien gaat dit lijnrecht in tegen het doel van een trunkingnetwerk zoals deze van BASF, namelijk om veilige communicatie te verzekeren met iedereen die van dit netwerk gebruik wil maken. Er bestaat momenteel geen enkel valabel alternatief op een dergelijk netwerk, dat dezelfde veiligheids garanties zou bieden.

Bijkomend heeft deze beslissing verregaande financiële gevolgen voor BASF. Zo schatten wij dat het jaarlijkse recht dat door BASF aan het BIPT verschuldigd is, van drie tot meer dan zes maal zou toenemen, zonder dat de feitelijke situatie van BASF veranderd is." (stuk 15) (eigen benadrukking)

37. BASF vraagt het BIPT om een reactie binnen de tien werkdagen.

38. Op 19 juni 2019 ontvangen de raadsliden van BASF een email van het BIPT met de melding dat zij de brief aan het verwerken is en zo snel mogelijk een antwoord zal versturen (stuk 14).

39. Op 27 juni 2019 ontvangen de raadsliden van BASF een antwoord van het BIPT (stuk 15). Hierin wordt het volgende als finaal standpunt meegedeeld:

"Onder operator wordt krachtens artikel 2, 11°, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna WEC) verstaan: "leder persoon die onder de verplichting valt een kennisgeving te doen overeenkomstig artikel 9". Artikel 9, § 1, bepaalt dan weer: "Het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische-communicatiediensten of openbare elektronische-communicatienetwerken kan (...) pas aangevat worden na een kennisgeving aan het Instituut (...)".

¹⁵ In casu is er geen aanvraag geweest voor een vergunning voor een privaat netwerk, en is artikel 6 van het KB van 18 december 2009 bijgevolg niet toepasselijk.

¹⁶ Dit artikel luidt als volgt: "Het is verboden radiocommunicatie voor rekening of ten voordele van derden uit te zenden of te ontvangen. Het Instituut kan afwijkingen van dit verbod toestaan".

De paragrafen 7 en 8 van dat artikel luiden als volgt:

'I§ 7. Het Instituut controleert de naleving van de verplichtingen opgenomen in de vorige paragrafen van dit artikel en publiceert op zijn website wie een kennisgeving in de zin van dit artikel heeft gedaan. Ook maakt het Instituut jaarlijks een rapport over aan de minister met een overzicht enerzijds van de kennisgevingen die werden gedaan, anderzijds van de acties die werden ondernomen in het licht van de controle op de naleving van de in dit artikel opgenomen verplichtingen.

In het kader van de in het vorige lid vermelde controle moet elke operator, op verzoek van het Instituut, hem alle beschikbare informatie bezorgen omtrent het aanbieden van elektronische-communicatiediensten of -netwerken aan andere personen dan eindgebruikers".

"§ 8. De onderneming die voor 22 september 2017 een kennisgeving heeft ingediend om operator te worden en die niet langer aan de voorwaarden voldoet om dat te doen, verliest zijn hoedanigheid van operator op 31 december 2018".

Overigens verduidelijkt artikel 4 van het koninklijk besluit van 18 december 2009 betreffende de private radiocommunicatie en de gebruiksrechten voor vaste netten en netten met gedeelde middelen de verschillende categorieën waarin de netwerken en stations voor radiocommunicatie worden gerangschikt:

- De 1e categorie betreft "private mobiele radionetten, behalve deze die onder categorie 3 vallen". De 3e categorie waarvan sprake betreft de private mobiele radionetten aangelegd door de overheid, de maatschappijen voor de exploitatie van het vervoer per spoor, de ziekenhuizen en klinieken, en de instellingen voor medische of sociale hulp.*
- De 8e categorie betreft "netten opgesteld a) door operatoren van punt-tot-punt netten of van punt-tot-multipunt netten of b) door operatoren van netten met gedeelde middelen".*

Overigens wordt onder een "openbaar elektronische-communicatienetwerk" verstaan: "een elektronische-communicatienetwerk dat geheel of hoofdzakelijk wordt gebruikt om voor het publiek beschikbare elektronische-communicatiediensten aan te bieden ter ondersteuning van de overdracht van informatie tussen netwerkaansluitpunten" (art. 2, 10°, WEC).

Gelet op artikel 9, § 1, van de WEC moet worden vastgesteld dat BASF geen operator is, aangezien het geen voor het publiek beschikbare elektronische-communicatiedienst aanbiedt, noch een openbaar elektronische-communicatienetwerk, in de zin van de definitie in artikel 2, 10°, van de WEC.

Die bevinding stoelt op de volgende elementen.

Het netwerk is enkel toegankelijk binnen de grenzen van het terrein van de BASF-site; slechts

een kleine groep gemachtigde personen hebben toegang tot het netwerk (enkel personen die taken uitvoeren voor BASF); het netwerk is voorbehouden voor een beperkte groep personen die vooraf door BASF zijn geïdentificeerd; de toestellen die mogen worden gebruikt, worden geleverd en vooraf geconfigureerd door BASF; de verhouding intern gebruik/gebruik door derden is ruim hoger dan 50%; de recent door BASF aangegeven omzet wat elektronische communicatie betreft bedraagt 0.

Derden hebben daarom geen vrije toegang tot het netwerk van BASF. Dat netwerk wordt bijgevolg niet geheel of hoofdzakelijk gebruikt om openbare elektronische-communicatiediensten aan te bieden.

Gelet op het voorgaande is het netwerk van BASF een privénetwerk.

Omdat het netwerk van BASF een privénetwerk is, zijn de artikelen 5 en 6 van het voormelde koninklijk besluit van 18 december 2009 van toepassing. Deze schrijven voor dat personen die een radiostation willen houden of gebruiken een aanvraag voor vergunning moeten indienen.

Artikel 6 schrijft meer bepaald het volgende voor:

"§ 1. Het Instituut onderzoekt de aanvragen voor vergunning om een privaat radiostation te houden en te gebruiken of om een privaat radionet aan te leggen en te doen werken.

Het bepaalt de categorie waaronder de vergunning valt".

Het BIPT is dus bevoegd om de categorie te bepalen waaronder een vergunning valt. Er moet worden opgemerkt dat BASF, indien gewenst, kan afzien van zijn privénetwerk.

Wat ten slotte artikel 17 van het voormelde koninklijk besluit betreft, dat zegt: "Het is verboden radiocommunicatie voor rekening of ten voordele van derden uit te zenden of te ontvangen.", kan het Instituut afwijkingen van dit verbod toestaan.

We hopen u hiermee voldoende duidelijk gemaakt te hebben dat BASF Antwerpen niet kan worden beschouwd als aanbieder van openbaar beschikbare elektronische-communicatiediensten of openbare elektronische-communicatienetwerken in de zin van de WEC." (eigen benadrukking)

40. Dit is de bestreden beslissing.

41. Deze beslissing bevat echter feitelijke en juridische onjuistheden. Bovendien heeft BASF nooit een aanvraag voor een privaat radionet ingediend, desondanks beslist het BIPT dat de vergunning van BASF onder categorie 1 valt. Verzoekende partij is het dan ook niet eens met deze beslissing en stelt daarom middels onderhavig verzoekschrift een beroep tot nietigverklaring en tot schorsing in tegen deze beslissing.

II. IN RECHTE

II.1 Betreffende de ontvankelijkheid van het verzoekschrift

42. Overeenkomstig artikel 2 § 1 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (hierna: "Rechtsmiddelenwet") kan iedere persoon die een belang heeft om op te treden, tegen de besluiten van het BIPT beroep instellen met volle rechtsmacht bij het Marktenhof.

43. Het huidig beroep tegen de beslissing van het BIPT van 27 juni 2019 is tijdig ingesteld, gelet op de beroepstermijn van 60 dagen na de kennisgeving van de beslissing overeenkomstig artikel 2 § 1 van de Rechtsmiddelenwet. Huidig beroep is bijgevolg ontvankelijk.

44. In ondergeschikte orde, indien Uw Hof van oordeel is dat de inhoud van deze beslissing dateert van een vroegere datum, namelijk van 13 februari 2019 (**stuk 8**), dan nog dient het beroep ontvankelijk verklaard te worden.

45. De beroepstermijn van 60 dagen begint te lopen na de kennisgeving van het besluit of bij gebreke aan een kennisgeving, na de publicatie van het besluit of bij gebreke aan een publicatie, na de kennisname van het besluit, overeenkomstig artikel 2 § 1 Rechtsmiddelenwet.

46. Het BIPT is een federale administratieve overheid. Dit betekent dat de Wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur (hierna: de Wet openbaarheid bestuur) op haar van toepassing is, overeenkomstig artikel 1, a) van deze wet.

47. Het BIPT dient dan ook, overeenkomstig artikel 2, 4^o van de Wet openbaarheid bestuur, in elk document waarmee een beslissing met individuele strekking wordt genomen, zoals de beslissing *in casu*, de eventuele beroepsmogelijkheden, de instanties bij wie het beroep moet worden ingesteld en de geldende vormen en termijnen te vermelden. Bij ontstentenis van deze vermeldingen neemt de verjaringstermijn voor het beroep geen aanvang, bepaalt artikel 2, 4^o van de Wet openbaarheid bestuur. De Wet openbaarheid bestuur is van openbare orde.¹⁷

48. Dit betekent dat het BIPT de eventuele beroepsmogelijkheden, de instanties bij wie het beroep moet worden ingesteld en de geldende vormen en termijnen diende te vermelden in haar beslissing van 13 februari 2019 (**stuk 8**). Dit is *in casu* niet gebeurd. De beroepstermijn van 60 dagen heeft dan ook geen aanvang genomen, overeenkomstig artikel 2, 4^o van de Wet openbaarheid bestuur.

¹⁷ RvS nr. 82.935 van 18 oktober 1999.

49. Ten overvloede heeft het BIPT de verplichte vermeldingen eveneens achterwege gelaten in haar beslissing van 27 juni 2019 (**stuk 15**), waardoor ook hier de beroepstermijn geen aanvang heeft genomen.

50. Het onderhavig beroep werd dan ook tijdig ingediend en is bijgevolg ontvankelijk.

II.2 Betreffende het belang van de verzoekende partij

51. Verzoekster heeft een rechtstreeks en persoonlijk belang bij het onderhavig beroep, aangezien de beslissing tot haar is gericht en haar belangen rechtstreeks worden aangevochten door haar het statuut van operator te ontnemen. Bovendien wordt op eenzijdige wijze haar vergunning categorie 8b omgevormd naar een vergunning categorie 1. Dit stuit op ernstige operationele moeilijkheden die potentieel een veiligheidsrisico met zich meebrengen. De beslissing tast dus ontegenzeggelijk de belangen van verzoekster aan.

52. BASF heeft er dus belang bij om op te treden zowel in de zin van artikel 2, §1, 2e lid Rechtsmiddelenwet als in de zin van artikel 17 van het Gerechtelijk Wetboek.

II.3 Eerste middel: schending van artikel 2, 10° jo. 9 van de WEC

(i) De interpretatie van het BIPT is foutief

53. In haar schrijven van 13 februari (**stuk 8**), 29 maart (**stuk 9**) en 27 juni 2019 (**stuk 15**) veronderstelt het BIPT telkens dat BASF ten gevolge van de Wet van 31 juli 2017 haar status van operator verloren zou zijn.

54. Zo schreef het BIPT, zoals hierboven reeds werd aangegeven, in haar brief van 13 februari 2019 (**stuk 8**) het volgende: *"Om operator te zijn volstaat het niet meer dat het elektronische-communicatienetwerk het openbaar domein overschrijdt - oude formulering in artikel 9, § 5 - maar moet het netwerk aan het publiek worden aangeboden - nieuwe formulering in artikel 9, § 1, wat niet het geval is wanneer het voornamelijk beperkt is tot eigen gebruik.*

Naar aanleiding van een enquête die u vroeger is toegestuurd en na uw dossier nader te hebben bekeken, stellen wij vast dat uw onderneming niet meer aan de voorwaarden voldoet wat het statuut van operator betreft.

Bijgevolg gaan we ervan uit dat u uw hoedanigheid van operator hebt verloren op 31 december 2018, overeenkomstig het voormelde artikel 9, § 8." (eigen benadrukking).

55. In haar brief van 27 juni 2019 (**stuk 15**) schreef het BIPT: *"Gelet op artikel 9, § 1, van de WEC moet worden vastgesteld dat BASF geen operator is, aangezien het geen voor het publiek beschikbare elektronische-communicatiedienst aanbiedt, noch een openbaar elektronische-communicatienetwerk, in de zin van de definitie in artikel 2, 10°, van de WEC.*

Die bevinding stoelt op de volgende elementen.

Het netwerk is enkel toegankelijk binnen de grenzen van het terrein van de BASF-site; slechts een kleine groep gemachtigde personen hebben toegang tot het netwerk (enkel personen die taken uitvoeren voor BASF); het netwerk is voorbehouden voor een beperkte groep personen die vooraf door BASF zijn geïdentificeerd; de toestellen die mogen worden gebruikt, worden geleverd en vooraf geconfigureerd door BASF; de verhouding intern gebruik/gebruik door derden is ruim hoger dan 50%; de recent door BASF aangegeven omzet wat elektronische communicatie betreft bedraagt 0.

Derden hebben daarom geen vrije toegang tot het netwerk van BASF. Dat netwerk wordt bijgevolg niet geheel of hoofdzakelijk gebruikt om openbare elektronische-communicatiediensten aan te bieden.

Gelet op het voorgaande is het netwerk van BASF een privénetwerk."

56. Deze interpretatie van het BIPT gaat echter in tegen de geest en de letter van de wet. In het bijzonder stoelt de positie van het BIPT op een foutieve interpretatie van artikel 9 WEC. Immers biedt BASF wel degelijk openbaar beschikbare elektronische-communicatiediensten en/of openbare elektronische-communicatienetwerken aan, en dient het bijgevolg als een operator beschouwd te worden.

57. Ongetwijfeld is het correct te stellen dat de wetswijziging van 2017 de definitie van het begrip operator heeft aangepast. Waar voorheen, om het statuut van operator te hebben, in essentie slechts vereist was dat een elektronische-communicatienetwerk of -dienst het openbaar domein overschreed, moet dat netwerk of die dienst vandaag "openbaar beschikbaar" worden aangeboden. Wie zijn elektronische communicatienetwerk of -dienst niet openbaar beschikbaar aanbiedt, is dus in principe geen operator.

58. In tegenstelling tot wat het BIPT beweert, is het echter niet correct om te stellen dat BASF geen openbaar beschikbare elektronische-communicatiediensten of -communicatienetwerk zou aanbieden.

59. Ten eerste moet benadrukt worden dat in principe iedereen binnen het bereik van het netwerk van BASF er ook gebruik van kan maken. Dat het bereik van het netwerk *de facto* overeenstemt met de site van BASF (600 ha¹⁸) doet daar geen afbreuk aan. De eigendomsgrenzen van het terrein vormen immers niet de barrière om toegang te kunnen krijgen tot het netwerk, echter wel de door het BIPT toegekende vermogens en technisch bereik van de zendapparatuur. In de praktijk betekent dat ongeveer de geografische omgeving van de site (b.v. zijn door het BIPT verplichte zendantennes geplaatst op de uithoeken van de site omwille van doorstraling richting Nederlandse grens).

¹⁸ Dit is 6.000.000 vierkante meter, zijnde ongeveer het equivalent van 1200 voetbalvelden of 14 keer de oppervlakte van Vaticaanstad of ongeveer de grootte van de binnenstad van Antwerpen.

60. De WEC legt immers geen vereiste op met betrekking tot het territoriaal bereik van een openbaar netwerk. Meer bepaald bevat de WEC geen kwantitatief of geografisch criterium met betrekking tot het bereik van een openbaar netwerk. Bijgevolg kan het BIPT niet rechtmatig afleiden uit het beweerdelijk beperkte bereik van een netwerk dat dat netwerk niet openbaar zou zijn.

61. Ten tweede is het niet correct te stellen dat slechts een kleine groep gemachtigde personen toegang zou hebben tot het TETRA-netwerk van BASF. Integendeel, het aantal personen die toegang hebben tot het BASF-netwerk is in principe virtueel onbeperkt: iedereen binnen het bereik van het netwerk en die voldoet aan een aantal voorwaarden (bijvoorbeeld - omwille van veiligheidsredenen - het gebruik van jaarlijks gekeurde/geregistreerde toestellen (BASF +ATEX), activiteiten binnen het zendbereik op of in de onmiddellijke omgeving van de site), kan gebruikmaken van dat netwerk. Er bestaan bovendien geen uitsluitingsgronden op basis waarvan kandidaat-gebruikers bij voorbaat ieder gebruik zou worden ontzegd. Dat gebruikers van een openbaar netwerk bepaalde voorwaarden moeten respecteren, is echter geenszins uniek. Ook om gebruik te maken van het (openbare) GSM/3G/4G-netwerk van Proximus, Telenet, Orange, etc. moeten gebruikers bepaalde voorwaarden respecteren¹⁹. Noch kan het BIPT hieruit afleiden dat het netwerk hierdoor niet openbaar zou zijn. Een operator is immers, conform het principe van de contractvrijheid, gerechtigd om gebruikers van zijn netwerk bepaalde voorwaarden op te leggen.

62. Ten derde is het incorrect te stellen dat enkel personen die taken uitvoeren voor BASF toegang hebben tot het netwerk van BASF. Een hele reeks personen die geen taken uitvoeren voor BASF hebben immers eveneens toegang tot dit netwerk. Meer bepaald hebben naast (de werknemers van) BASF zelf, ook haar klanten, aannemers en leveranciers toegang tot dit netwerk. Daarenboven hebben ook andere – geaffilieerde en niet-geaffilieerde - bedrijven die operationeel actief zijn op de site van BASF (m.n. Air Liquide (producent van industriële gassen), Combinant (terminal voor gecombineerd weg- en spoorvervoer), EuroChem Antwerpen (meststoffenproducent), Evides Industriewater (productie van gedemineraliseerd water), INOVYN Belgium (productie van chemische producten), Solvay Chimie Zandvliet (productie van chemische producten), INEOS Styrolution Belgium (productie van chemische producten) en Zandvliet Power (gastestookte elektriciteitscentrale)), alsook hun klanten, aannemers en leveranciers, toegang tot dit netwerk. Het aantal gebruikers neemt bovendien substantieel toe in geval van grote “afstellingsperiodes” wat periodes zijn waar één of verschillende grote chemische installaties (al dan niet van BASF) een periodieke onderhoudsbeurt krijgen. Tijdens die periodes kan er heel veel activiteit zijn in en rond een chemische installatie, waardoor interactierisico’s en aldus risico op calamiteiten relatief gezien toeneemt. In deze gevallen worden standaard walkie talkies ter beschikking gesteld aan de bij een onderhoudsbeurt betrokken partijen (ongeacht of de installatie in onderhoud, toebehoort aan BASF of aan een andere onderneming dan BASF).

¹⁹ Zie bijvoorbeeld: https://www2.telenet.be/content/dam/www-telenet-be/klantenservice/downloads/TELNBMC9T726_Algemene_voorwaarden_Update_Maart_C19.pdf.

Daarnaast dient te worden opgemerkt dat, zelfs al zou het BASF-netwerk dus niet vrij toegankelijk zijn, *quod non*, het BIPT hier dan nog niet uit zou kunnen afleiden dat dit netwerk niet openbaar is. Ter vergelijking, het ASTRID-netwerk is niet vrij toegankelijk (enkel publieke ordediensten en civiele bescherming), terwijl ASTRID wel degelijk het statuut van operator heeft voor haar TETRA-netwerk (dat dus beschouwd wordt als een openbaar netwerk).

63. Ten vierde doet het feit dat de personen die gebruikmaken van het netwerk van BASF vooraf geïdentificeerd zouden zijn door BASF, geen afbreuk aan het openbaar karakter van dat netwerk. De meeste gebruikers van het TETRA-netwerk van BASF zijn in principe inderdaad vooraf geïdentificeerd door BASF, maar het BIPT kan hier geenszins rechtmatig uit afleiden dat het netwerk van BASF daardoor niet openbaar zou zijn. Het vooraf identificeren van personen die gebruikmaken van een netwerk gebeurt eveneens voor andere openbare netwerken. Ook om gebruik te maken van het (openbare) GSM/3G/4G-netwerk van Proximus, Telenet, Orange, etc. moeten gebruikers zich vooraf identificeren. Dit des te meer daar artikel 127 WEC bepaalde identificatieverplichtingen oplegt aan operatoren.

64. Ten vijfde verandert ook het feit dat de toestellen die mogen worden gebruikt, geleverd en vooraf geconfigureerd worden door BASF, niets aan het openbaar karakter van het netwerk. De door BASF doorgevoerde configuratie gebeurt hoofdzakelijk om veiligheidsredenen. Zo wordt bij de configuratie o.m. voorzien dat ingeval van calamiteit de interne bedrijfsbrandweer van BASF alle gebruikers kan bereiken. Een gelijkaardige wijze van configuratie komt eveneens regelmatig voor bij andere openbare netwerken, zoals bijvoorbeeld bij het A.S.T.R.I.D. netwerk.

Bovendien is het zo dat indien deze toestellen worden gebruikt in explosiegevaarlijke zones (ATEX - *ATmosphères EXplosibles* wat verwijst naar de [Europese richtlijnen](#) inzake [explosiegevaar](#) onder atmosferische omstandigheden), er een EX-certificatie voorhanden moet zijn. Keuring van de toestellen wordt daardoor ook wettelijke verplicht.

Tot slot laat BASF ook extern gehuurde toestellen toe om gebruik te maken van het netwerk mits – omwille van de redenen uiteengezet – correcte configuratie en inlading van security keys (authenticatie / encryptie).

65. Ten zesde volgt niet noodzakelijk uit het feit dat "de verhouding intern gebruik/gebruik door derden ruim hoger [is] dan 50%", dat het netwerk van BASF niet openbaar zou zijn, in tegenstelling tot wat het BIPT beweert. Volgens artikel 2, 10° van de WEC is een 'openbaar elektronische-communicatienetwerk', "*een elektronische-communicatienetwerk dat geheel of hoofdzakelijk wordt gebruikt om voor het publiek beschikbare elektronische-communicatiediensten aan te bieden ter ondersteuning van de overdracht van informatie tussen netwerkaansluitpunten*". Artikel 2, 10° van de WEC is een omzetting in Belgisch recht van artikel 2, d van de (geconsolideerde) Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (hierna de 'Kaderrichtlijn') en in de (toekomstig inwerkingtredende) nieuwe Richtlijn (EU) 2018/1972

van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (herschikking) (hierna de 'EWEC Richtlijn'). Bijgevolg moet een netwerk dus niet noodzakelijk 'geheel' gebruikt worden om voor het publiek beschikbare communicatiediensten aan te bieden, maar wel hoofdzakelijk. Dit impliceert dat een openbaar netwerk minstens deels mag gebruikt worden voor niet-publiek beschikbare elektronische-communicatiediensten, zonder dat dit afbreuk doet aan het openbaar karakter van dat netwerk. Het woord hoofdzakelijk wordt niet gedefinieerd, en is dus voor interpretatie vatbaar. In het bijzonder liggen twee mogelijke interpretaties voor: enerzijds kan het begrip hoofdzakelijk wijzen op een kwantitatief criterium, anderzijds kan dit begrip wijzen op een kwalitatief criterium. Vanuit een 'kwalitatief' oogpunt zou dit criterium van "hoofdzakelijk" gebruik om publiek beschikbare elektronische-communicatiediensten aan te bieden, kunnen betekenen dat de belangrijkste dienst die op het netwerk wordt aangeboden een publiek beschikbare elektronische-communicatiedienst moet zijn. Vanuit een 'kwantitatief' oogpunt zou het criterium van het "hoofdzakelijk" gebruik dan eerder wijzen op het feit dat het netwerk voor een bepaald percentage gebruikt zou moeten worden voor het aanbieden van publiek beschikbare elektronische communicatiediensten, opdat een netwerk openbaar zou zijn. Nochtans lijkt het BIPT, overigens zonder dit te motiveren en zonder rekening te houden met het feit dat deze gebruiksratio bij BASF in de tijd varieert (substantiële toename in geval van grote onderhoudsbeurten van productie-installaties), ervan uit te gaan dat een gemiddeld meer dan 50% intern gebruik automatisch impliceert dat een netwerk niet hoofdzakelijk gebruikt wordt voor publiek beschikbare communicatiediensten. Zoals in deze paragraaf wordt uiteengezet, is dit echter helemaal niet vanzelfsprekend. Uit het loutere feit dat het netwerk van BASF gemiddeld voor meer dan 50% intern zou worden gebruikt, volgt niet automatisch dat het netwerk van BASF niet openbaar zou zijn. Overigens dient opgemerkt te worden dat artikel 2, 10° van de WEC ongewijzigd bleef door de wetswijziging van 2017, en dat het gebruik van het BASF-netwerk niet substantieel is veranderd na die wetswijziging. Het is bovendien onduidelijk wat het BIPT bedoelt met "de verhouding intern gebruik/gebruik door derden" en wanneer deze verhouding moet worden gemeten. Gaat het over de verhouding intern gebruik/gebruik derden voor wat betreft gesprekstijd op een bepaald moment? Gaat het over het aantal toestellen die worden verhuurd? Wat indien er volgend jaar een andere verhouding wordt vastgesteld? Het door het BIPT aangevoerde criterium "de verhouding intern gebruik/gebruik door derden" is minstens zeer onduidelijk en kan zeer arbitrair ingevuld worden.

66. Ten zevende verwacht het BIPT de begrippen 'openbaar' en 'betalend', door te besluiten dat het feit dat de door BASF aangegeven omzet wat elektronische communicatie betreft in België 0 bedraagt, zou wijzen op een privégebruik van het netwerk. De WEC en het KB van 18 december 2009 vereisen immers geenszins dat operatoren een positief omzetcijfer zouden moeten realiseren, en niets verhindert in beginsel dat openbare netwerken gratis zouden zijn. Bovendien dient in dit verband opgemerkt te worden dat, hoewel het netwerk van BASF niet resulteert in een positief omzetcijfer, het netwerk wel degelijk betalend is. Immers vraagt BASF aan gebruikers van haar netwerk een basisvergoeding, die dat gebruik dekt. [Vertrouwelijk]

Met de andere ondernemingen die gevestigd zijn op de site van BASF, worden commerciële afspraken gemaakt in de ruimere contractuele regelingen met deze ondernemingen waarvan ook het ter beschikking stellen van het TETRA netwerk alsook het aanbieden van het gebruik ervan via de huur van toestellen, deel uitmaakt. [Vertrouwelijk]

Bijgevolg kan het BIPT niet rechtmatig besluiten dat het ontbreken van een positief omzetcijfer wijst op privégebruik van het netwerk van BASF.

67. In tegenstelling tot wat het BIPT beweert, is het netwerk van BASF wel degelijk een openbaar netwerk. Zoals hierboven werd uiteengezet, wordt ten gevolge van de wetwijziging van 2017 een 'openbaar elektronisch communicatienetwerk' als volgt gedefinieerd in artikel 2, 10° van de WEC: "*een elektronische-communicatienetwerk dat geheel of hoofdzakelijk wordt gebruikt om voor het **publiek beschikbare elektronische-communicatiediensten** aan te bieden ter ondersteuning van de overdracht van informatie tussen netwerkaansluitpunten*".

(ii) De juiste interpretatie van de begrippen 'openbaar' en 'publiek beschikbaar'

(1) Het begrip 'open' of 'gesloten' gebruikersgroep

68. In de parlementaire werken wordt hierover de volgende duiding verschaft: "*Aangezien de andere lidstaten doorgaans ook refereren aan de criteria van 'openbare elektronische-communicatienetwerken' en 'openbaar beschikbare elektronische-communicatiediensten' of aan gelijkaardige termen, zal het BIPT zich overigens kunnen baseren op de praktijk in die andere lidstaten om die begrippen te preciseren. **Het begrip "openbaar" verwijst naar het begrip van een open of gesloten gebruikersgroep. De horecaondernemingen of bedrijven die gratis een "hotspot" wifinetwerk aanbieden aan hun klanten, blijven vrijgesteld van de verplichting om zich als operator aan te melden bij het BIPT.***"

69. De wetgever verwijst in de parlementaire werken dus enerzijds naar de praktijken in andere lidstaten, en anderzijds naar het begrip open en gesloten gebruikersgroep. Aangezien ook in andere lidstaten vaak wordt teruggegrepen naar dit begrip²⁰, kan het BIPT zich dus baseren op de interpretatie van dit begrip in andere lidstaten.

70. In Frankrijk wordt door de bevoegde autoriteit (de 'ARCEP', voordien 'ART') bijvoorbeeld eenzelfde begrip gehanteerd van "groupe fermé d'utilisateurs" ('GFU'). In haar richtsnoeren²¹ met betrekking tot dit begrip staat hierover het volgende: "*l'Autorité a donc souhaité introduire un critère lié à la possibilité d'émettre et de recevoir des appels à*

²⁰ In Frankrijk, Nederland, Luxemburg en het Verenigd Koninkrijk, bijvoorbeeld.

²¹ ARCEP, Décision n° 2005-0208 du 15 mars 2005 portant adoption des lignes directrices relatives à la définition de « groupe fermé d'utilisateurs » (GFU) dans le nouveau cadre réglementaire.

destination ou provenant du réseau général. Ce critère est cohérent avec la définition internationale donnée au GFU par l'UIT (Rec. Q. 2735-1) et est également pris en compte dans l'avis de la Commission générale de terminologie et de néologie relatif au vocabulaire des services de télécommunications. (...) En conséquence, le « groupe fermé d'utilisateurs » se définit comme un ensemble de personnes physiques ou morales utilisant un service de communications électroniques dans le cadre de réseaux non connectés à tout autre réseau. Est également un GFU un ensemble de personnes physiques ou morales constituant une communauté d'intérêt expressément identifiable par sa stabilité, sa permanence et son antériorité à l'usage effectif de ce service de communications électroniques."

(Eigen vertaling: "De Autoriteit heeft dus een criterium willen invoeren met betrekking tot de mogelijkheid om oproepen naar of van het algemene netwerk te initiëren en te ontvangen. Dit criterium is in overeenstemming met de internationale definitie die het ITU aan de CUG (closed user group/gesloten gebruikersgroep) heeft gegeven (Rec. Q. 2735-1) en wordt ook in aanmerking genomen in het advies van de Algemene Commissie voor terminologie en neologie over de woordenschat van telecommunicatiediensten. (...) Bijgevolg wordt een "gesloten gebruikersgroep" gedefinieerd als een groep natuurlijke of rechtspersonen die gebruik maken van een elektronische-communicatiedienst in het kader van netwerken die niet verbonden zijn met enig ander netwerk²². Een CUG is ook een groep natuurlijke of rechtspersonen die een gemeenschap van belangen vormt die uitdrukkelijk kan worden geïdentificeerd door haar stabiliteit, duurzaamheid en bestaan voorafgaand aan het effectieve gebruik van deze elektronische communicatiedienst.")

71. In 2011 publiceerde de ARCEP een studie die voor haar werd gerealiseerd "over de omvang van het begrip van operator van elektronische communicatie"²³. In deze studie kwam men tot de volgende conclusie met betrekking tot dit criterium van een open of gesloten gebruikersgroep: "En conclusion, on peut considérer qu'un service doit être considéré comme "fourni au public" s'il est fourni ouvertement sur le marché et non simplement à un groupe d'utilisateurs prédéterminé. Cela implique qu'il soit ouvert à toute personne disposée à payer pour ce service et à respecter les conditions de sa fourniture. Le nombre d'utilisateurs du service peut constituer un indice du caractère ouvert au public ou non du service, sans qu'il soit toutefois possible de retenir la qualification sur ce seul fondement."²⁴

²² Het TETRA-protocol is een open standaard en laat wel degelijk een verbinding met andere netwerken toe (bijvoorbeeld TETRA-netwerken in andere landen). Zie in die zin: De hervorming van de politiediensten - Verslag namens de commissie voor de binnenlandse zaken en voor de administratieve aangelegenheden uitgebracht door de dames Cornet d'Elzuis, de Bethune en de heer Lozie, 19 juni 2001, Wetgevingsstuk nr. 2-300/1, '3.1 Uiteenzetting van de heer Raoul Carlier', online beschikbaar:
<https://www.senate.be/www/?MIval=/publications/viewPub.html&COLL=S&LEG=2&NR=300&VO LGNR=1&LANG=nl>.)

²³ ARCEP, Étude sur le périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques, juin 2011, disponible en ligne: https://archives.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/etude-Hogan-Analysys-juin2011.pdf.

²⁴ ARCEP, Étude sur le périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques, juin 2011, p. 41.

(Eigen vertaling: "Tot slot kan men stellen dat een dienst als 'aan het publiek verstrekt' moet worden beschouwd als hij openlijk op de markt wordt verleend en niet alleen aan een vooraf bepaalde groep gebruikers. Dit betekent dat het open moet staan voor iedereen die bereid is de dienst te betalen en de voorwaarden van de dienstverlening te respecteren. Het aantal gebruikers van de dienst kan een aanwijzing zijn dat de dienst al dan niet voor het publiek toegankelijk is, maar het is niet mogelijk de kwalificatie alleen op deze grond te behouden.")

72. Om tot deze conclusie te komen werd o.a. eveneens gekeken naar het Weens Koopverdrag²⁵: "*La Convention de Vienne semble faire du caractère indéterminé du groupe de personnes auquel est adressée l'offre le critère de qualification d'une offre faite au public, par opposition à une offre faite à une personne déterminée.*"

(Eigen vertaling: "Het Verdrag van Wenen lijkt van de onbepaalde aard van de groep van personen tot wie de aanbieding is gericht, het criterium te maken voor de kwalificatie van een aanbieding aan het publiek, in tegenstelling tot een aanbieding aan een specifieke persoon.")

73. Bijgevolg is de interpretatie in Frankrijk dat, om een openbare dienst en dus een openbaar netwerk te vormen, de dienst/het netwerk in principe op de markt beschikbaar moet zijn ('open gebruikersgroep'), en niet enkel voor een vooraf bepaald aantal gebruikers ('gesloten gebruikersgroep'). Een gesloten gebruikersgroep wordt dan beschouwd als een groep met gemeenschappelijke belangen die uitdrukkelijk kan worden geïdentificeerd aan de hand van diens stabiel en permanent karakter en aan de hand van het feit dat deze groep reeds bestaat voordat de elektronische communicatiedienst effectief wordt gebruikt. In andere woorden, een gesloten gebruikersgroep heeft een stabiel en permanent karakter en bestaat onafhankelijk van en reeds voor het gebruik van een communicatiedienst.

74. *In casu* moet worden vastgesteld dat de gebruikersgroep van het BASF-netwerk noch stabiel en permanent is, noch voorafgaat aan het gebruik van de communicatiedienst. Bedrijven die zich bevinden op de site van BASF, en hun klanten en leveranciers vormen immers geen stabiele en permanente groep. Ze 'vormen' slechts een 'groep' ten gevolge van het gebruik van hetzelfde netwerk, namelijk het BASF-netwerk. Daarenboven dient opgemerkt te worden dat TETRA-netwerken verbonden kunnen worden aan andere netwerken en dus niet noodzakelijk helemaal losstaan van andere netwerken. Zo lopen er bij BASF reeds testen om het TETRA-netwerk te koppelen aan het 4G-netwerk (op een beveiligde manier) om "Mission critical push to talk APP's" te connecteren (de evolutie naar 5G zal dit soort toepassingen veralgemenen). BASF stelt zich de vraag of deze technologische evoluties mogelijk blijven indien haar netwerk als een netwerk van categorie 1 zou moeten worden beschouwd, *quod non*.

²⁵ Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken van 11 april 1980, m.n. artikel 14.

75. In Nederland geeft de ACM de volgende duiding op haar website: "**Wanneer is een elektronisch communicatienetwerk 'openbaar'?**

*Een elektronisch communicatienetwerk is openbaar als het **alleen of vooral** wordt gebruikt om openbare elektronische communicatiediensten aan te bieden.*

Wanneer is een elektronische communicatiedienst 'openbaar'?

***Kan** iedereen van het dienstaanbod gebruikmaken? Dan is uw elektronische communicatiedienst openbaar. Levert u een dienst aan een bepaalde groep van gebruikers, bijvoorbeeld bedrijven of overheidsinstellingen? Dan kan het nog steeds zijn dat de dienst openbaar is. Vormen alle afnemers één duidelijk beperkte doelgroep? En is daardoor uw dienst niet toegankelijk voor het algemene publiek? Dan is uw dienst **niet openbaar.**"*

76. Ook hier wordt het criterium "openbaar" dus geïnterpreteerd in de zin dat iedereen er potentieel gebruik moet kunnen maken van het dienstenaanbod. Bovendien verduidelijkt de ACM dat ook een dienst die wordt aangeboden aan een bepaalde groep gebruikers (bv. bedrijven) openbaar kan zijn. Dit lijkt precies het geval van het BASF-netwerk te zijn, en dus lijkt ook de Nederlandse interpretatie te wijzen op het openbaar karakter van het BASF-netwerk.

77. In Luxemburg wordt het begrip 'réseau de communications public' op een vergelijkbare manier gedefinieerd in artikel 2, (25) van de Luxemburgse wet van 27 februari 2011 betreffende elektronische communicatienetwerken en -diensten²⁶, met name als "*un réseau de communications électroniques utilisé entièrement ou principalement pour la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public permettant la transmission d'informations entre les points de terminaison du réseau*".

(Eigen vertaling: "een elektronisch communicatienetwerk dat geheel of hoofdzakelijk wordt gebruikt om algemeen beschikbare elektronische communicatiediensten aan te bieden die de transmissie van informatie tussen netwerkaansluitpunten mogelijk maakt")

78. Het begrip 'services de communications électroniques accessibles au public' wordt als dusdanig niet gedefinieerd in de wet. In een beslissing van 29 oktober 2015²⁷ besliste de Luxemburgse administratieve rechtbank daaromtrent echter het volgende: "*Enfin, la demanderesse conteste offrir des services de communications électroniques au public. Elle fait valoir en substance que ses services seraient limitativement dirigés vers une clientèle de commerçants « actifs et dûment enregistrés comme tels auprès du registre de commerce et des sociétés », à l'exclusion de tout consommateur. Elle indique encore que lesdits services seraient utilisés par des clients disposant de plusieurs locaux situés à de longues distances l'un de l'autre et reliés entre eux de manière interne pour permettre le transfert et le stockage de données les uns vers les autres ainsi par exemple la liaison entre un magasin d'une chaîne de vêtement qui serait relié à une banque de données centrales gérant les stocks, paiements et*

²⁶ Loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques.

²⁷ Tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg du 29 octobre 2015 (29/10/2015), 2e chambre, Numéro 35111 du rôle, pp. 12-13, disponible en ligne: <http://www.ja.etat.lu/35001-40000/35111.pdf>.

cartes de fidélité. (...) Il s'ensuit que sans compter le nombre de commerçants personnes physiques qui ne sont pas exclus par la définition de « client » reprise dans les conditions générales de la demanderesse, celles-ci ont vocation à concerner plus d'une centaine de milliers de personnes morales non autrement spécifiées, ce qui doit manifestement être considéré comme un nombre indéterminé de personnes hétérogènes et partant tomber dans la définition de terme « public » au sens de l'article 45 précité, nonobstant l'absence de seuil fixé par le législateur.

S'il y a certes lieu de relever que la plaquette de la demanderesse indique que parmi ses clients figurent des multinationales connues au motif que lesdits utilisateurs n'y auraient recours qu'entre leurs propres sites de sorte que les relations économiques ou sociales entre les différentes entités d'un groupe d'entreprises seraient préexistantes au besoin de communication, ce qui démontrerait que seule une certaine clientèle ciblée serait intéressée par ses services, il n'en demeure pas moins que dans le cadre des pièces et éléments soumis au tribunal ayant force probante telles que notamment ses conditions générales, la demanderesse reste en défaut de rapporter la preuve que les services qu'elle offre seraient circonscrits à un nombre limité de personnes qualifiées de sorte à ne pas concerner le « public » tel que circonscrit plus en avant. Partant, le moyen afférent est à rejeter pour ne pas être fondé."

(Eigen vertaling:

"Ten slotte betwist verzoekster dat ze elektronische communicatiediensten aan het publiek zou aanbieden. In wezen beweert zij dat haar diensten uitsluitend gericht zouden zijn op een klantenkring van handelaars 'die als zodanig actief zijn en als zodanig zijn ingeschreven in het Handels- en Bedrijfsregister', met uitsluiting van elke consument. Ze geeft ook aan dat deze diensten zouden worden gebruikt door klanten met verschillende vestigingen die zich op grote afstand van elkaar bevinden en intern met elkaar verbonden zijn om de overdracht en opslag van gegevens mogelijk te maken, bijvoorbeeld de koppeling tussen een winkel van een kledingketen die gekoppeld zou zijn aan een centrale database voor het beheer van voorraden, betalingen en klantenkaarten. (...) Hieruit volgt dat deze, naast het aantal handelaren fysieke personen die niet worden uitgesloten door de definitie van "cliënt" in de algemene voorwaarden van de eiser, bedoeld zijn voor meer dan honderdduizend niet anders bepaalde rechtspersonen, hetgeen klaarblijkelijk als een onbepaald aantal heterogene personen moet worden beschouwd en derhalve onder de definitie van het begrip "publiek" in de zin van voornoemd artikel 45 valt, ondanks het ontbreken van een wettelijke drempel.

Hoewel moet worden vastgesteld dat de brochure van verzoekster erop wijst dat er onder haar klanten bekende multinationals zijn, met als argument dat de genoemde gebruikers de brochure alleen tussen hun eigen sites zouden gebruiken, zodat de economische of sociale relaties tussen de verschillende entiteiten van een groep van ondernemingen zouden bestaan voorafgaand aan de behoefte van communicatie, waaruit zou blijken dat slechts een bepaalde doelgroep geïnteresseerd zou zijn in haar diensten, verzoekster niettemin nalaat, in het kader van de aan de rechter voorgelegde documenten en elementen met bewijskracht, zoals met name de algemene voorwaarden, te bewijzen dat de door haar aangeboden diensten beperkt zouden zijn tot een beperkt aantal gekwalificeerde personen, zodat ze geen "publiek"

zouden betreffen zoals hierboven gedefinieerd. Bijgevolg moet het desbetreffende middel als ongegrond worden afgewezen.")

79. Ook in Luxemburg blijkt men onder "openbaar" dus te verstaan dat een dienst niet aan een beperkt aantal personen wordt aangeboden. De Luxemburgse rechtbank lijkt bovendien te benadrukken dat het beslissende criterium is dat die diensten *kunnen* ("ont vocation à concerner") gebruikt worden door een onbeperkt aantal personen. Zoals *supra* reeds werd uitgelegd is dit ook het geval voor het BASF-netwerk. Bijgevolg wijst ook de interpretatie van dit begrip in Luxemburg op het openbaar karakter van het BASF-netwerk.

80. In het Verenigd Koninkrijk wordt een openbaar elektronisch communicatienetwerk conform de Kaderrichtlijn gedefinieerd als "*an electronic communications network provided wholly or mainly for the purpose of making electronic communications services available to members of the public*".

81. Een elektronische communicatiedienst wordt dan als volgt beschreven door de ICO²⁸: "*In other words, a public electronic communications service is any service that members of the public can sign up to in order to send or receive electronic signals (including sounds, images or data of any description) – for example, a phone contract or internet connection*".

(eigen vertaling: "*Met andere woorden, een openbare elektronische-communicatiedienst is elke dienst waarop leden van het publiek zich kunnen abonneren om elektronische signalen (met inbegrip van geluiden, beelden of gegevens van welke aard dan ook) te verzenden of te ontvangen - bijvoorbeeld een telefooncontract of een internetverbinding*".)

82. Ook hier wordt onder 'openbaar' dus verstaan dat het voor iedereen mogelijk moet zijn om gebruik te maken van de diensten. Ook de interpretatie in het Verenigd Koninkrijk strookt dus met het openbaar karakter van het BASF-netwerk.

(2) Interpretatie van de Kaderrichtlijn door het EFTA-Hof en de EDPB

83. Zoals reeds *supra* werd vermeld, is de huidige definitie van een 'openbaar elektronisch communicatienetwerk' in de WEC een omzetting van artikel 2, d Kaderrichtlijn in Belgisch recht. Inderdaad, de Kaderrichtlijn definieert een openbaar communicatienetwerk als een "*een elektronische communicatienetwerk dat **geheel of hoofdzakelijk** wordt gebruikt om voor het **publiek beschikbare elektronische communicatiediensten** aan te bieden ter ondersteuning van de overdracht van informatie tussen netwerkaansluitpunten*". Deze definitie werd trouwens overgenomen in artikel 2, 8) van de EWEC Richtlijn, die tegen eind december 2020 moet worden geïmplementeerd in nationale wetgeving.

²⁸ Zie <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-pecr/key-concepts-and-definitions/>. Het dient opgemerkt te worden dat de ICO niet de Engelse telecomautoriteit is, maar Ofcom. De toelichting van de ICO hieromtrent kadert echter in de context van e-Privacy en is bijgevolg relevant.

84. Het begrip 'publiek beschikbaar' wordt niet in de Kaderrichtlijn gedefinieerd. Echter wordt dit begrip, en bij uitbreiding ook het begrip 'openbaar communicatienetwerk' geïnterpreteerd door het EFTA-hof in een arrest van 22 december 2016, zaak E-6/16, Fjarskipti hf. tegen De IJslandse post- en telecommunicatiedienst²⁹. Het EFTA-hof sprak zich hierover uit als volgt: *"56. The Directive does not define publicly available electronic communications services. A service must be considered publicly available when any part of the public may choose to make use of the service offered. The Plaintiff has stated that its My Pages service is available only to its subscribers. In response to this argument, the Court observes that if there is no limit placed on the number of potential subscribers, and nothing in the case file suggests otherwise, then any part of the public may, de facto, make use of the service by becoming a subscriber. If that proves to be the case, which is a matter for the referring court to determine, then the service must be considered publicly available.*

57. As to the criterion that the network must be used wholly or mainly for the provision of publicly available services, the referring court needs to take into account the extent to which the electronic communications network is used for the provision of publicly available electronic communications services in contrast to other services. It is for the referring court to assess whether the Plaintiff's electronic communications network fulfills this criterion."

(Eigen vertaling: *"In de richtlijn wordt geen definitie gegeven van publiek beschikbare elektronische communicatiediensten. Een dienst moet als publiek beschikbaar worden beschouwd wanneer elk deel van het publiek ervoor kan kiezen om van de aangeboden dienst gebruik te maken. De Eiser heeft verklaard dat zijn My Pages dienst alleen beschikbaar is voor zijn abonnees. In antwoord op dit argument merkt het Hof op dat als er geen beperking wordt gesteld op het aantal potentiële abonnees, en niets in het dossier wijst erop dat dit niet het geval is, elk deel van het publiek de facto van de dienst gebruik kan maken door abonnee te worden. Indien dit het geval blijkt te zijn, hetgeen door de verwijzende rechter moet worden beoordeeld, dan moet de dienst als openbaar beschikbaar worden beschouwd.*

57. Wat het criterium betreft dat het netwerk volledig of hoofdzakelijk moet worden gebruikt voor het aanbieden van publiek beschikbare diensten, moet de verwijzende rechter rekening houden met de mate waarin het elektronische-communicatienetwerk wordt gebruikt voor het aanbieden van openbare elektronische-communicatiediensten in tegenstelling tot andere diensten. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of verzoeksters elektronische-communicatienetwerk aan dit criterium voldoet.")

85. Volgens het EFTA-Hof zijn elektronische communicatiediensten dus publiek beschikbaar wanneer iedereen van het publiek **kan** kiezen om gebruik te maken van de aangeboden diensten, en met name wanneer er geen limiet wordt geplaatst op het aantal gebruikers en *de facto* iedereen dus gebruik kan maken van de diensten door een gebruiker/abonnee te worden.

²⁹ EFTA-hof zaak E-6/16 van 22 december 2016, Fjarskipti hf. tegen De IJslandse post- en telecommunicatiedienst.

86. *In casu* staat vast dat, zoals hierboven reeds werd uiteengezet, iedereen potentieel gebruik *kan* maken van het netwerk van BASF, mits ze zich binnen het bereik van het netwerk bevinden. Met name, en zolang de technologie het toelaat, plaatst BASF geen numerieke limiet op het aantal gebruikers van haar netwerk. Iedereen mag, mits respect van de voorwaarden, gebruikmaken van het netwerk. Bovendien bepaalt het EFTA-Hof dat rekening moet worden gehouden met de mate waarin het netwerk gebruikt wordt voor publiek beschikbare en voor ander diensten. Het Hof stelt echter geen numerieke grens (in tegenstelling tot de 50% van het BIPT), noch bepaalt het hoe zwaar dit criterium moet doorwegen. Het EFTA-Hof stelt immers alleen dat de verwijzende rechter hier rekening mee moet houden.

87. Uit al het voorgaande blijkt dat de grens tussen privé- en openbare netwerken niet altijd even duidelijk is. Ook de Groep gegevensbescherming artikel 29 ('WP29'), de onafhankelijk Europees werkgroep die tot 25 mei 2018 verantwoordelijk was voor de behandeling van kwesties in verband met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en van de persoonsgegevens, was deze mening toegedaan in haar advies m.b.t. de e-Privacy Richtlijn³⁰: "*The ePrivacy Directive applies to the provision of publicly available electronic communication services in public networks. However, in practice, the notions of "public communications network" and "electronic communications services" are very often unclear. Services are increasingly becoming a mixture of private and public elements and it is often difficult for regulators and for stakeholders alike to determine whether the ePrivacy Directive applies in a given situation. For example, is the provision of internet access to 30.000 students a public electronic communication system or a private one? What if the same access is provided by a multinational company, to 300.000 employees? What if it is provided by a cybercafé? The Article 29 Working Party refers to its previous Opinions (WP 363 and WP 1264) and once again calls for the definition of "electronic communication services" and "public communications networks" to be clarified, as the development of hybrid public/private networks needs to be taken into account.*"

(eigen vertaling: "De e-privacyrichtlijn is van toepassing op het aanbieden van publiek beschikbare elektronische communicatiediensten op openbare netwerken. In de praktijk zijn de begrippen "openbaar communicatienetwerk" en "elektronische communicatiediensten" echter vaak onduidelijk. Diensten worden steeds meer een mix van private en publieke elementen en het is vaak moeilijk voor zowel de regelgevers als de belanghebbenden om te bepalen of de e-privacy-richtlijn in een bepaalde situatie van toepassing is. Is het aanbieden van internettoegang aan 30.000 studenten bijvoorbeeld een publiek of een privaat elektronisch communicatiesysteem? Wat gebeurt er als dezelfde toegang door een multinationale onderneming aan 300.000 werknemers wordt geboden? Wat als deze toegang wordt geboden door een cybercafé? De Groep artikel 29 verwijst naar haar eerdere adviezen

³⁰ WP29, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2008/wp150_en.pdf, Opinion 2/2008 on the review of the Directive 2002/58/EC on privacy and electronic communications (ePrivacy Directive), adopted on 15 May 2008.

(WP 363 en WP 1264) en dringt nogmaals aan op een verduidelijking van de definitie van "elektronische communicatiediensten" en "openbare communicatienetwerken", aangezien rekening moet worden gehouden met de ontwikkeling van hybride openbare/private netwerken".)

88. De Groep artikel 29 (vandaag vervangen door de EDPB) bevestigt dus dat de scheiding tussen private en publieke netwerken helemaal niet zo vanzelfsprekend is. De gevraagde verduidelijking laat echter nog steeds op zich wachten. In tussentijd volstaat het om vast te stellen dat geen enkele interpretatie van het begrip 'openbaar netwerk/dienst' het openbaar karakter van het BASF-netwerk uitsluit.

89. Bijgevolg heeft de wetswijziging van 2017, in tegenstelling tot wat het BIPT beweert, niet tot gevolg dat het BASF-netwerk haar openbaar karakter zou verloren zijn, en schendt de interpretatie van het BIPT artikel 2, 10^o jo. 9 van de WEC.

90. Het eerste middel is gegrond.

II.4 Tweede middel: schending van artikelen 4 en 6 jo. 17 van het KB van 18 december 2009.

91. Overeenkomstig artikel 13 van de WEC is het BIPT belast met (i) het beheer van het radiofrequentiespectrum, (ii) het onderzoek van de aanvragen voor het gebruik van het radiofrequentiespectrum, behoudens de aanvragen bestemd voor radio- en televisieomroep, (iii) de coördinatie van de radiofrequenties zowel op nationaal als op internationaal vlak en (iv) de controle op het gebruik van de radiofrequenties.

92. Artikel 18 van de WEC bepaalt het volgende: "*§1. De voorwaarden voor het verkrijgen en uitoefenen van gebruiksrechten voor radiofrequenties die geheel of gedeeltelijk gebruikt worden voor elektronische-communicatiediensten die aan het publiek worden aangeboden, worden door de Koning vastgesteld bij een besluit, genomen na advies van het Instituut en vastgesteld na overleg in de Ministerraad.*"

93. Artikel 39 van de WEC leest als volgt: "*§ 2. De Koning bepaalt, na advies van het Instituut, de algemene regels inzake toekenning, schorsing en intrekking van de vergunningen om een zend- of ontvangtoestel voor radiocommunicatie te mogen houden, of een station of een netwerk voor radiocommunicatie dat niet wordt gebruikt voor elektronische-communicatiediensten die aan het publiek worden aangeboden te mogen aanleggen en doen werken. Deze vergunningen zijn persoonlijk en kunnen worden ingetrokken. § 3. De Koning bepaalt, op voorstel van het Instituut, de verplichtingen van de houders van een vergunning en de voorwaarden waaraan de toegelaten stations en netten voor radiocommunicatie moeten voldoen.*"

94. De voorwaarden en algemene regels waarnaar in artikels 18 en 39 WEC wordt verwezen bevinden zich in het KB van 18 december 2009. In die zin bepaalt artikel 2 van dit KB het volgende: "*Dit besluit is van toepassing op alle radiostations bedoeld in art. 39 van de [WEC] alsook op de vaste netten in de frequentiebanden waar het aantal te verlenen gebruiksrechten niet beperkt dient te worden en netten met gedeelde middelen die onder de bepalingen van artikel 18, § 1, van de wet vallen.*"

95. Bijgevolg is het BIPT bevoegd om het radiofrequentiespectrum te beheren, om aanvragen voor het gebruik van het radiofrequentiespectrum te onderzoeken, en om vergunningen toe te kennen, te schorsen en in te trekken.

96. In dat verband bepaalt de eerste paragraaf van artikel 6 van het KB van 18 december 2009: "*Het Instituut onderzoekt de aanvragen voor vergunning om een privaat radiostation te houden en te gebruiken of om een privaat radionet aan te leggen en te doen werken. Het bepaalt de categorie waaronder de vergunning valt. (...)*". In principe is het BIPT dus vrij om, in geval van aanvraag voor een (houders)vergunning voor een privaat netwerk, te bepalen onder welke categorie de vergunning valt. Desalniettemin bevat (artikel 4 van) het KB van 18 december 2009 een opsomming en beschrijving van de verschillende categorieën.

97. Zoals hierboven reeds werd uiteengezet, is het TETRA-netwerk van BASF in principe een 'net met gedeelde middelen', zoals gedefinieerd door artikel 1,23° van het KB, en behoort het dus tot de categorie 8b, "*netten opgesteld door operatoren van netten met gedeelde middelen*"³¹. Het BIPT was oorspronkelijk ook diezelfde mening toegedaan, daar het BASF een vergunning verleende voor een dergelijk netwerk.

98. Naar aanleiding van de wetswijziging van 2017 beweert het BIPT nu echter dat het netwerk van BASF niet behoort tot categorie 8b, maar tot categorie 1. Deze categorie bevat, volgens artikel 4, 1° van het KB van 18 december 2009, "*private mobiele radionetten behalve deze die onder categorie 3 vallen*". Deze categorie betreft bijgevolg private mobiele radionetten die niet zijn aangelegd door de staat, de NMBS/Infrabel, ziekenhuizen of vzw's voor medische of sociale hulp en met zuiver humanitaire doeleinden.

99. Overeenkomstig artikel 17 van het KB van 18 december 2019 is het "*verboden radiocommunicatie voor rekening of ten voordele van derden uit te zenden of te ontvangen*". Nochtans maken, zoals hiervoor reeds werd verduidelijkt, een heel aantal derden gebruik van het netwerk van BASF. In de bestreden beslissing van 27 juni 2019 vermeldt het BIPT - overeenkomstig het tweede lid van artikel 17 - dat het "*afwijkingen van dit verbod [kan] toestaan*". Dat het BIPT afwijkingen op dit verbod kan toestaan, is onmiskenbaar. Echter is het praktisch onwerkbaar voor BASF om voor elke derde die het netwerk van BASF wil gebruiken, een afwijking op het verbod te verkrijgen van het BIPT. Niet alleen zorgt dit voor een niet te onderschatten extra werklast voor BASF (en trouwens ook voor het BIPT), maar bovendien is dit in sommige situaties helemaal niet doenbaar. Bepaalde derden hebben

³¹ In het Frans: *réseau à ressources partagées*.

immers snel toegang nodig tot dit netwerk, bijvoorbeeld in het kader van de dringende werkzaamheden op de site en kunnen dus niet wachten op de toegestane afwijking van het BIPT. Op andere momenten kent het gebruik van het netwerk grote pieken, zoals in het geval van grote onderhoudsbeurten aan de chemische world scale installaties op de site. Dit kan betekenen dat op een bepaald moment honderden walkie talkies worden voorzien voor de beperkte periode van de afstelling aan een diversiteit van actoren betrokken bij een dergelijke onderhoudsbeurt (eigen personeel van de betrokken productie-installatie (niet per se van BASF); aannemers; leveranciers; inspectiediensten; etc.). Het is onmogelijk om voor al deze actoren een uitzondering te vragen en te moeten wachten op de toegestane afwijking van het BIPT. Meer fundamenteel zou het categoriseren van het netwerk van BASF in categorie 1 leiden tot een veralgemening van de uitzondering en een uitholling van het verbod dat lijnrecht zou ingaan tegen de tekst van het KB van 18 december 2009. Het verbod zou dan immers de uitzondering worden, en de afwijking van dat verbod de regel.

Het echter niet veralgemenen van de uitzondering en dus uitholling van het verbod van artikel 17 van het KB van 18 december 2019, zou de beoogde en volstrekt legitieme finaliteit waarvoor BASF het TETRA netwerk heeft voorzien (en de bijhorende investeringen heeft gedaan), i.e. principieel toegankelijk voor iedereen binnen het zendbereik, redelijkerwijze onmogelijk maken.

100. Bijgevolg is een categorisering van het BASF-netwerk als een netwerk van 1e categorie onverenigbaar met de artikelen 4, 6 en 17 van het KB van 18 december 2009. Volgens de tekst van dit KB behoort het netwerk van BASF tot de categorie 8b, en hoewel het BIPT de categorie van de netwerken en/of vergunningen bepaalt, blijft het hierbij gebonden door de wet, en met name door artikel 4 van het KB van 18 december 2009.

101. Het tweede middel is gegrond.

II.5 Derde middel: schending van artikel 7, 4° WEC

102. Artikelen 6 tot 8 van de WEC geven de doelstellingen aan die door het BIPT gerespecteerd moeten worden. Artikel 5 bepaalt dienaangaande het volgende: "*Binnen het kader van het uitoefenen van zijn bevoegdheden treft het Instituut alle passende maatregelen om de in de artikelen 6 tot 8 genoemde doelstellingen te verwezenlijken. De maatregelen worden op de aard van het vastgestelde probleem gebaseerd, proportioneel toegepast en gerechtvaardigd. Ze dienen in evenredigheid te zijn met die doelstellingen en leven de beginselen van objectiviteit, transparantie, niet-discriminatie en technologische neutraliteit na.*".

103. In het bijzonder bepaalt artikel 7, 4° WEC dat het BIPT moet samenwerken met andere nationale regelgevende instanties en met de Commissie teneinde te zorgen voor "*de ontwikkeling van consistente regelgevende praktijk op Europees niveau*".

104. De beslissing van het BIPT miskent en is onverenigbaar met dit doeleinde. Zoals hiervoor werd uiteengezet, kende de wetgeving rond elektronische communicatie, en in het bijzonder de invulling van het begrip 'openbaar elektronische communicatienetwerk/-dienst' al een hele evolutie. Bovendien lijkt er geen of slechts weinig logica in deze evoluties. Zo werd het begrip 'gesloten gebruikersgroep' in 2005 uit de wet geschrapt, maar verwijst de wetgever nu opnieuw naar dit begrip in de parlementaire werken bij de wetwijziging van 2017. Ook de definitie zelf van een operator werd meermaals gewijzigd, terwijl daar ogenschijnlijk geen echte aanleiding voor was.

105. In ieder geval staat vast dat deze herhaaldelijke wetwijzigingen en de toepassing ervan door het BIPT haaks staan op de doelstelling van de WEC om de ontwikkeling van een consistente regelgevende praktijk op Europees niveau te garanderen. Bijgevolg is de bestreden beslissing onverenigbaar met de context en het doel van de WEC.

106. Daarnaast gaat de interpretatie door het BIPT van de begrippen 'openbaar elektronische communicatienetwerk' en 'openbaar elektronische communicatiedienst' in tegen de interpretatie van deze begrippen door het EFTA-Hof, zoals *supra* uiteengezet. Hoewel het HvJ niet gebonden is door precedenten van het EFTA-Hof, dragen deze eveneens bij tot de context en het doel van de WEC, dat een omzetting is van de Kaderrichtlijn in Belgisch recht.

107. Tot slot druist de interpretatie van het BIPT als zou het TETRA-netwerk van BASF plots een netwerk van categorie 1 zijn geworden, zonder dat er ook maar enige wijziging aan dit netwerk heeft plaatsgevonden, in tegen haar verplichting om transparant te handelen. Deze transparantie is voor BASF volledig zoek indien zij poogt de berekeningsfiche ter beschikking gesteld door het BIPT op haar website³², in te vullen teneinde zicht te krijgen op de kostprijs van haar TETRA-netwerk in een categorie 1. Deze invulijst is gebaseerd op de oude analoge frequenties en niet aangepast aan de typische kenmerken van een TETRA-netwerk, i.e. gedeelde frequenties. Zo is bij een TETRA-netwerk het aantal zenders volkomen irrelevant gezien de toegekende frequenties worden gedeeld door alle gebruikers van het TETRA-netwerk. Afhankelijk van hoe BASF de fiche invult, komt zij tot kostprijzen die drie keer tot zelfs zes keer de huidige kostprijs van haar TETRA-netwerk overschrijdt. Het is BASF volstrekt onduidelijk hoe het BIPT de kostprijs zal bepalen van het TETRA-netwerk van BASF in een categorie 1. Er bestaat bijgevolg geen enkele transparantie.

108. Het derde middel is gegrond.

³² <https://www.bipt.be/nl/consumenten/radio/radionetwerken/tarieven-2019/> Het BIPT stel zelf: "Aan de hand van het document hieronder kunt u **nauwkeurig** berekenen hoeveel u zult moeten betalen".

II.6 Vierde middel: schending van het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel, zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en in de artikelen 5 en 8/1, §1 WEC

(a) In hoofdorde

109. De beslissing van het BIPT schendt het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en in de artikelen 5 en 8/1, §1 WEC.

110. Een verschil in behandeling is slechts toegelaten indien dit op een objectief criterium rust en redelijk is verantwoord.³³ Dit is *in casu* niet het geval.

111. Op de website van het BIPT kan men een overzicht vinden van de verschillende operatoren. Uit dit overzicht, dat laatst werd aangepast op 29 mei 2019, blijkt dat verschillende bedrijven het statuut van operator hebben voor hun "trunked networks". Meer bepaald gaat het om de volgende ondernemingen³⁴:

1	Name	Reference Operator	Service	Technology	Target group
1518	ASTRID	3856	Trunked networks	Digital trunk	Business users
1519	Belgocentrel	3898	Trunked networks	Digital trunk	Business users
1520	CHIEFTAIN INVESTMENTS	1701	Trunked networks	Digital trunk	Business users
1521	LIEGE AIRPORT	3696	Trunked networks	Radio relay links	Business users
1522	REW (Réseau d'énergie de Wavre)	3843	Trunked networks	Optical fibre	Business users
1523	Tranzcom	3572	Trunked networks	Digital trunk	Business users
1524	Worldcall	2308	Trunked networks	VOB-VOIP	Wholesale

112. Alleszins lijkt het al dan niet openbaar karakter van deze netwerken volledig vergelijkbaar met het netwerk van BASF. Het is dan ook moeilijk te begrijpen waarom het ene trunkingnetwerk zou beschouwd worden als een openbaar netwerk, terwijl het andere dat niet zou zijn.

113. Zo heeft Chieftain Investments (Entropia) bijvoorbeeld het statuut van operator voor haar TETRA-netwerk, terwijl het netwerk van Chieftain Investments en van BASF quasi identiek zijn. Net zoals BASF stelt Chieftain Investments haar TETRA-netwerk ter beschikking van derden (klanten). Elke zendmast van Entropia heeft een aantal up/downstream frequenties die gedeeld worden door klanten die zich in de nabijheid van die zendmast bevinden. Het TETRA-netwerk van BASF werkt op dezelfde wijze. Het beste bewijs hiervan is dat een voormalige klant van Chieftain Investments nu is overgestapt naar het BASF-netwerk.

114. Op het eerste zicht nog meer vergelijkbaar met de situatie van BASF, lijkt het netwerk beheerd door de operator Liège Airport. Iemand die niet binnen het zendbereik valt van het geografisch afgebakende netwerk van deze operator, kan geen gebruik maken van het netwerk, net zoals het geval is bij BASF. Men valt enkel binnen het zendbereik van dit geografische afgebakend netwerk in de mate dat een potentiële gebruiker een reden heeft om binnen dit zendbereik te vallen en dus het domein van de Luikse vlieghaven te betreden.

³³ J. THEUNIS, "Het gelijkheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 210.

³⁴ <https://www.bipt.be/nl/operators/telecom/netwerken-diensten/list-of-telecom-operators>.

115. Er bestaat bijgevolg geen objectief criterium op basis waarvan deze bedrijven wel het statuut van operator behouden hebben en BASF niet. Dit verschil in behandeling tussen ondernemingen die zich in vergelijkbare omstandigheden bevinden is onverenigbaar met het gelijkheidsbeginsel. Een verschil in behandeling is immers slechts toegelaten indien dit op een objectief criterium rust en redelijk is verantwoord.³⁵ Het BIPT heeft dan ook het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel geschonden door te beslissen dat BASF niet langer het statuut van operator heeft.

116. Het BIPT heeft eveneens de verplichting om het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel te respecteren op basis van de WEC.

Artikel 5 WEC stelt namelijk: "*Binnen het kader van het uitoefenen van zijn bevoegdheden treft het Instituut alle passende maatregelen om de in de artikelen 6 tot 8 genoemde doelstellingen te verwezenlijken. De maatregelen worden op de aard van het vastgestelde probleem gebaseerd, proportioneel toegepast en gerechtvaardigd. Ze dienen in evenredigheid te zijn met die doelstellingen en leven de beginselen van objectiviteit, transparantie, niet-discriminatie en technologische neutraliteit na.*" (eigen benadrukking)

Daarenboven stelt artikel 8/1, §1 WEC:

"*Bij de uitvoering van de taken die krachtens deze wet op het Instituut rusten, ziet het Instituut erop toe dat objectieve, transparante, niet-discriminerende en proportionele regelgevingsbeginselen worden toegepast (...)*" (eigen benadrukking)

117. In ieder geval staat vast dat dit verschil in behandeling tussen deze bedrijven - die zich in dezelfde, minstens in vergelijkbare omstandigheden bevinden als BASF - en BASF onverenigbaar is met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel zoals vervat in artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Het BIPT schendt bovendien de artikelen 5 en 8/1, §1 WEC.

118. Het vierde middel is gegrond.

(b) In ondergeschikte orde

119. Indien Uw Hof de mening zou zijn toegedaan dat het BIPT rechtmatig besliste dat bij het toepassen van artikel 2, 10^o en 11^o *juncto* 9 WEC het BIPT haar statuut van operator verloren heeft, *quod non*, zou hieruit volgen dat BASF een verschil in behandeling dient vast te stellen tussen verschillende ondernemingen met een trunkingnetwerk die hun statuut van operator verloren zijn, waaronder BASF en andere ondernemingen die, zoals blijkt op de website van het BIPT, eveneens gebruik maken van trunkingnetwerken maar het statuut van operator behouden hebben.

³⁵ J. THEUNIS, "Het gelijkheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 210.

120. Het onderzoek van de vraag of een verschil in behandeling tussen enerzijds BASF, een onderneming met een trunkingnetwerk en anderzijds andere ondernemingen met een trunkingnetwerk gerechtvaardigd is, behoort tot de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof.

121. BASF richt dan ook tot Uw Hof het verzoek om in het kader van het beroep tot nietigverklaring met toepassing van het artikel 26, §2, van de Bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof aan het Grondwettelijk Hof de volgende prejudiciële vraag te stellen:

1) Schenden de artikelen 2, 10^o *juncto* artikel 9 § 1 WEC het gelijkheids-en non-discriminatiebeginsel zoals gewaarborgd door de artikelen 10 en 11 van de Grondwet indien deze zo dienen te worden begrepen dat het BIPT ondernemingen die een trunkingnetwerk uitbaten, verschillend kan behandelen?

II.7 Vijfde middel: schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel met betrekking tot de procedure voor de voorbereiding en de vaststelling van de beslissing; en schending van artikel 14, §1, 3^o, a) van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector

122. De beginselen van behoorlijk bestuur kunnen omschreven worden als: "*Algemene rechtsbeginselen die aanwijzingen geven over de wijze waarop bestuursbeslissingen moeten worden genomen en ter kennis gebracht*".³⁶ Het gaat om specifieke beginselen of regels, die kunnen gezien worden als een specificatie van een algemene redelijkheidseis.³⁷ De rechter kan de naleving van deze concrete gedragsvoorschriften controleren.³⁸ De beginselen van behoorlijk bestuur gelden als een beperking van de discretionaire bevoegdheid waarover het bestuur kan beschikken.³⁹ Ze kunnen gezien worden als veruitwendigingen van de vage zorgvuldigheidsnorm zoals vervat in artikel 1382 B.W.⁴⁰ Uit de rechtspraak van de gewone rechter en de Raad van State blijkt dat overheidsgedrag dient getoetst te worden aan het criterium van de normaal voorzichtig handelende overheid.⁴¹

³⁶ P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 3 waar verwezen wordt naar J. DE STAERCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer, 2004, 3.

³⁷ P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 3.

³⁸ S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER, K.-J. VAN DORMAEL, "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht", *TPR* 2016, 505 waar verwezen wordt naar P. VAN ORSHOVEN, "Algemene rechtsbeginselen, in alle rechtstakken" in X. (eds.), *Postuniversitaire cyclus Willy Delva. XXIII: De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 10.

³⁹ S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER, K.-J. VAN DORMAEL, "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht", *TPR* 2016, 505.

⁴⁰ K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 107.

⁴¹ K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*,

123. Een belangrijk beginsel van behoorlijk bestuur is het zorgvuldigheidsbeginsel. Een administratieve overheid dient haar beslissingen zorgvuldig voor te bereiden. Dit doet zij onder andere door voldoende feiten te verzamelen en een grondig onderzoek te voeren.

124. Het nieuwe criterium om te bepalen of een onderneming als operator dient beschouwd te worden onder artikel 2, 10° van de WEC, namelijk het begrip "openbaar beschikbaar aanbieden", wordt niet gedefinieerd in de wetgeving, noch in de Richtlijn. Ook de voorbereidende werken geven op dit vlak geen uitsluitsel. Dit betekent dat het BIPT een zorgvuldig onderzoek diende te voeren, alvorens een beslissing in dit kader te nemen. Aangezien de gevolgen voor BASF zeer ver gaan, kan niet lichtzinnig over een dergelijke beslissing heen gegaan worden.

125. *In casu* heeft BASF helaas moeten vaststellen dat het BIPT zeer onzorgvuldig te werk gegaan is bij de voorbereiding van de bestreden beslissing.

126. Het BIPT is veel te laat begonnen met de voorbereiding van de beslissing. Op 12 september 2017 werd de Wet van 31 juli 2017, waardoor artikel 9 WEC werd gewijzigd, gepubliceerd en zij trad op 22 september 2017 in werking. Pas op 14 november 2018, anderhalf jaar nadat deze wet in werking getreden is, schrijft het BIPT BASF aan met de melding dat de Wet van 31 juli 2017 artikel 9 WEC aanvult met een § 8 dat luidt als volgt: *"De onderneming die voor 22 september 2017 een kennisgeving heeft ingediend om operator te worden en die niet langer aan de voorwaarden voldoet om dat te doen, verliest zijn hoedanigheid van operator op 31 december 2018."* (stuk 5).

Het BIPT stelt dat zij vooruit wenst te lopen op de gevolgen van de wijzigingen en haar informatie wenst bij te werken. Met dit doel verzoekt zij BASF om een vragenlijst in te vullen. BASF dient de ingevulde vragenlijst terug te bezorgen tegen 30 november 2018. Los van het feit dat aan BASF een zeer korte termijn wordt toegekend om de vragenlijst in te vullen, namelijk 16 kalenderdagen, komt deze vraag om informatie van het BIPT wel zeer laat. Het BIPT had de relevante ondernemingen reeds in september 2017, na de publicatie van de Wet van 31 juli 2017, kunnen aanschrijven, maar heeft dit nagelaten. Wel integendeel, het BIPT heeft anderhalf jaar stil gezeten en geen enkele actie in dit kader ondernomen. Een grondiger onderzoek had ongetwijfeld plaats kunnen vinden, wanneer het BIPT deze informatie vroeger had opgevraagd. Het is volstrekt onduidelijk waarom het BIPT niet eerder is begonnen met haar onderzoek en niet eerder informatie heeft opgevraagd of BASF gecontacteerd heeft.

127. Dat de nodige informatie veel te laat werd opgevraagd en het BIPT dus uiterst onzorgvuldig is geweest, blijkt eveneens uit de volgende brief die het BIPT aan BASF heeft verstuurd met betrekking tot haar statuut van operator (stuk 8). Op 13 februari 2019 ontvangt BASF een brief van het BIPT waarin opnieuw wordt verwezen naar de wijziging van artikel 9 van de WEC en het BIPT het volgende stelt:

*"Om operator te zijn volstaat het niet meer dat het elektronische-communicatienetwerk het openbaar domein overschrijdt - oude formulering in artikel 9, § 5 - **maar moet het netwerk aan het publiek worden aangeboden** - nieuwe formulering in artikel 9, § 1, wat niet het geval is wanneer het voornamelijk beperkt is tot eigen gebruik.*

*Naar aanleiding van een enquête die u vroeger is toegestuurd en na uw dossier nader te hebben bekeken, stellen wij vast dat uw onderneming **niet meer aan de voorwaarden voldoet** wat het statuut van operator betreft.*

***Bijgevolg gaan we ervan uit dat u uw hoedanigheid van operator hebt verloren op 31 december 2018, overeenkomstig het voormelde artikel 9, § 8." (stuk 8)** (eigen benadrukking).*

128. Volgens het BIPT wordt het netwerk van BASF niet "aan het publiek aangeboden" in de zin van de WEC. Bijgevolg is het BIPT van mening dat BASF door deze wetwijziging haar hoedanigheid van operator heeft verloren. Verrassend genoeg meldt het BIPT dat BASF de hoedanigheid van operator effectief heeft verloren op **31 december 2018**, bijna twee maanden vóór de brief van het BIPT. Van een zorgvuldige administratieve overheid mag verwacht worden dat zij de rechtsonderhorigen informeert op een tijdige manier. Op de administratieve overheid rust immers de verplichting om een zaak binnen een redelijke termijn te onderzoeken en binnen een redelijke termijn te beslissen.⁴² Bovendien dient zij een besluit of wetgevende akte uit te voeren binnen een redelijke termijn.⁴³ Overeenkomstig artikel 14, § 1, 3°, a) van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (hierna: "BIPT-wet") dient het BIPT toe te zien op de naleving van de WEC. Het BIPT is zijn verplichting op basis van deze bepaling niet nagekomen, door veel te laat in actie te schieten met betrekking tot de wijzigingen van deze wet.

129. Bovendien stelt het BIPT dat het verlies van het statuut van operator ertoe leidt dat het netwerk van BASF van categorie 8b naar categorie 1 zal gaan: *"Dit impliceert ook een wijziging van uw vergunningen inzake netwerken met gedeelde middelen. Het koninklijk besluit van 18 december 2009 betreffende de private radiocommunicatie en de gebruiksrechten voor vaste netten en netten met gedeelde middelen bepaalt dat de vergunde netwerken en stations voor radiocommunicatie, alsook de houdersvergunningen in een categorie worden gerangschikt. **Het verlies van uw statuut van operator leidt ertoe dat uw netwerk van categorie 8b naar categorie 1 zal gaan.**" (stuk 8)* (eigen benadrukking). Ook dit gevolg van de wetwijziging had het BIPT reeds vroeger kunnen voorzien en melden. BASF wordt plotsklaps geconfronteerd met een situatie die voor haar niet wenselijk en bovendien niet wettelijk is, zoals *supra* werd aangetoond.

130. In diezelfde brief van 13 februari 2019 staat eveneens dat het BIPT binnenkort met BASF contact zou opnemen om haar situatie te herbekijken en haar vergunningen dienovereenkomstig aan te passen. Ook dit voorstel komt veel te laat. Het BIPT had de

⁴² S. DE SOMER; I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, 2017 Intersentia, 112.

⁴³ S. DE SOMER; I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, 2017 Intersentia, 112.

situatie moeten herbekijken met BASF vóór het effectief verlies van het statuut als operator op 31 december 2018. Op de administratieve overheid rust immers een informatie-, bijstands- en begeleidingsplicht.⁴⁴ Aan deze informatie- en bijstandsplicht heeft het BIPT *in casu* niet voldaan.

131. Een bijzonder aspect van de zorgvuldigheid bij de voorbereiding van een beslissing betreft de "feitengaring".⁴⁵ *In casu* heeft het BIPT haar beslissing enkel en alleen gebaseerd op de antwoorden van BASF op de – niet altijd even duidelijke - vragen van een enquête, zonder de verantwoordelijken van BASF daarover persoonlijk te bevragen noch bijkomende verduidelijkingen te vragen. Het BIPT besliste namelijk dat BASF niet langer het statuut van operator heeft, gelet op de volgende zaken: "*Het netwerk is enkel toegankelijk binnen de grenzen van het terrein van de BASF-site; slechts een kleine groep gemachtigde personen hebben toegang tot het netwerk (enkel personen die taken uitvoeren voor BASF); het netwerk is voorbehouden voor een beperkte groep personen die vooraf door BASF zijn geïdentificeerd; de toestellen die mogen worden gebruikt, worden geleverd en vooraf geconfigureerd door BASF; de verhouding intern gebruik/gebruik door derden is ruim hoger dan 50%; de recent door BASF aangegeven omzet wat elektronische communicatie betreft bedraagt 0. Derden hebben daarom geen vrije toegang tot het netwerk van BASF. Dat netwerk wordt bijgevolg niet geheel of hoofdzakelijk gebruikt om openbare elektronische-communicatiediensten aan te bieden.*" (stuk 15).

Nochtans, mocht het BIPT haar feitengaring op minutieuze wijze gedaan hebben, in overleg met de betrokken ondernemingen zodat de specifieke situatie van de onderneming kon worden toegelicht, en eveneens tijdig, dan zou zij niet tot de conclusie komen dat BASF het statuut van operator verloren heeft. Wanneer er bij de voorbereiding van een beslissing sprake is van onvolkomenheden, dan kan dit ook als gevolg hebben dat de motieven waarop de beslissing steunt, gebrekkig zijn.⁴⁶ Zoals *supra* aangegeven steunt het BIPT haar beslissing op foute motieven. Het bepalende criterium om te besluiten of er sprake is van een operator is immers of het netwerk openbaar beschikbaar wordt aangeboden. De feiten en redenen die het BIPT in haar brief van 27 juni 2019 aanhaalt, voldoen niet om te kunnen stellen dat BASF geen netwerk aanbiedt dat openbaar beschikbaar is en dat zij bijgevolg het statuut van operator verloren heeft (stuk 15). De criteria die het BIPT vooropstelt om te bepalen of een

⁴⁴ K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 115, waar verwezen wordt naar W. LAMBRECHTS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deurne, Kluwer, 1993, 34-38.

⁴⁵ K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 115, waar verwezen wordt naar de arresten van de Raad van State nr. 109.262 van 12 juli 2002 en nr. 119.444 van 15 mei 2003. De Raad van State oordeelde dat een foutieve verwerking van de feiten resulteerde in onvolledige dossiers die de basis vormden voor afwijzende beslissingen en vernietigde deze beslissingen wegens schending van het zorgvuldigheidsbeginsel.

⁴⁶ K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 117-118, waar verwezen wordt naar W. LAMBRECHTS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deurne, Kluwer, 1993, 42-43.

netwerk openbaar beschikbaar wordt aangeboden, staan niet in de wet, noch in de rechtspraak of de rechtsleer maar zijn louter door haar bedacht (zie *supra*). Zij laat na om de redenering hierachter weer te geven. Ook hier kan aan het BIPT onzorgvuldigheid verweten worden. Dit maakt tevens een schending uit van de materiële motiveringsplicht die op het BIPT rust (zie *infra*).

132. Verder beweert het BIPT in haar brief van 27 juni 2016 dat zij de categorie waaronder de vergunning van BASF valt, kan wijzigen (**stuk 15**). Het BIPT stelt terzake:

"Omdat het netwerk van BASF een privénetwerk is, zijn de artikelen 5 en 6 van het voormelde koninklijk besluit van 18 december 2009 van toepassing. Deze schrijven voor dat personen die een radiostation willen houden of gebruiken een aanvraag voor vergunning moeten indienen.

Artikel 6 schrijft meer bepaald het volgende voor:

*"§ 1. **Het Instituut onderzoekt de aanvragen voor vergunning** om een privaat radiostation te houden en te gebruiken of om een privaat radionet aan te leggen en te doen werken.*

Het bepaalt de categorie waaronder de vergunning valt".

Het BIPT is dus bevoegd om de categorie te bepalen waaronder een vergunning valt. *Er moet worden opgemerkt dat BASF, indien gewenst, kan afzien van zijn privénetwerk."*(eigen benadrukking)

133. Nochtans dient het BIPT, zoals in artikel 6 van het KB van 18 december 2019 in § 1 wordt bepaald, eerst **een aanvraag** voor een vergunning om een privaat radiostation te houden of te gebruiken te ontvangen, alvorens zij deze kan onderzoeken. Het BIPT onderzoekt immers slechts de **aanvragen** voor vergunning, niet de bestaande vergunningen voor een openbaar netwerk. Het behoort uitsluitend tot de prerogatieven van de vergunningsaanvrager om een vergunning van een bepaalde categorie aan te vragen. Het BIPT kan niet *motu proprio* een vergunning voor een bepaalde categorie verlenen of in een bepaalde categorie omvormen. BASF heeft geen aanvraag ingediend om een vergunning categorie 1 te bekomen. Ook hier is het BIPT opnieuw onzorgvuldig geweest. Sterker nog, zij handelt in strijd met artikel 6 van het KB van 18 december 2019.

134. Er kan dus worden gesteld dat het BIPT de beslissing niet heeft voorbereid of genomen met de nodige zorgvuldigheid, op basis van een grondig onderzoek van de feiten. Zij heeft niet voldaan aan de op haar rustende informatieplicht. Bovendien handelt het BIPT in strijd met artikel 14, §1, 3°, a) van de BIPT-wet en met artikel 6 van het KB van 18 december 2019.

135. Het vijfde middel is bijgevolg gegrond.

II.7.1 Zesde middel: schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder de materiële motiveringsplicht

136. Het beginsel van de materiële motiveringsplicht houdt in dat voor elke administratieve beslissing in rechte en in feite aanvaardbare motieven moeten bestaan. De motieven dienen te steunen op werkelijke bestaande en concrete relevante feiten. Deze dienen met de vereiste zorgvuldigheid te worden vastgesteld. De motieven dienen de verantwoording in rechte van de handeling te dekken.⁴⁷ Wanneer de beslissing steunt op onjuiste of onwettige motieven, dan is er sprake van een schending van de materiële motiveringsplicht.⁴⁸ Ook al beschikt de regulator over een discretionaire bevoegdheid, dan nog dient de beslissing omstandig gemotiveerd te worden. Hierbij dient de regulator aan te geven welke feiten en omstandigheden worden meegewogen en met welke waarde. Daarenboven dient hij weer te geven hoe deze de beslissing kunnen dragen.⁴⁹

137. Zoals reeds gesteld, wanneer er bij de voorbereiding van de beslissing sprake is van onvolkomenheden, dan kan dit ook als gevolg hebben dat de motieven waarop de beslissing steunt, gebrekkig zijn.⁵⁰

138. De administratieve rechter en in dit geval, Uw Hof, dient de juistheid van de motieven te controleren, de relevantie en of zij in rechte toelaatbaar zijn.⁵¹ Het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie hebben reeds geoordeeld dat een rechter met betrekking tot de discretionaire beslissingen van regulatoren de interne en externe wettigheid van deze beslissingen dient na te gaan en te oordelen of ze gebaseerd zijn op correcte juridische kwalificaties en niet kennelijk onevenredig zijn.⁵² Zowel de externe als de interne legaliteit dient gecontroleerd te worden wanneer de rechtbank de legaliteit van een administratieve

⁴⁷ D. MAREEN, "Het motiveringsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 152, waar verwezen wordt naar RvS nr. 100.940, 20 november 2001.

⁴⁸ RvS nr. 222.313, 29 april 2013.

⁴⁹ P.-J. VAN DE WEYER, "De rechtspraak van het Marktenhof in het licht van het recht op een effectieve rechtsbescherming", *RDIR - TRNI*, 2018/3, 169 waar verwezen wordt naar L. DE DEYNE, *Markttoezicht in de energiesector: over onafhankelijkheid en verantwoordingsplicht van energieregulatoren*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 693.

⁵⁰ K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 117-118, waar verwezen wordt naar W. LAMBRECHTS, l.c. in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deurne, Kluwer, 1993, 42-43.

⁵¹ D. MAREEN, "Het motiveringsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 153, waar verwezen wordt naar RvS nr. 106.994, 24 mei 2002.

⁵² P.-J. VAN DE WEYER, "De rechtspraak van het Marktenhof in het licht van het recht op een effectieve rechtsbescherming", *RDIR - TRNI*, 2018/3, 160 waar verwezen wordt naar GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013, § B.36.4; Cass. 23 maart 2017, AR 15.0498.F, 58; Het Europese Hof van Justitie besliste in de zaak Tetra Laval (HvJ 15 februari 2005, nr. C-12/03 P, ECLI:EU:C:2005:87, Commissie/Tetra Laval, § 39) dat wanneer er sprake is van een kennelijke onredelijkheidstoets, de rechter niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, en de betrouwbaarheid en samenhang ervan, dient te controleren, maar hij moet ook controleren of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen (P.-J. VAN DE WEYER, "De rechtspraak van het Marktenhof in het licht van het recht op een effectieve rechtsbescherming", *RDIR - TRNI*, 2018/3, 158).

beslissing onderzoekt.⁵³ Met externe legaliteit worden de vorm en de auteur van de beslissing beoogd. De rechtbank dient na te gaan of de motivering pertinent is en de motieven die gebruikt worden voldoende zijn om de beslissing te dragen.⁵⁴ Met interne legaliteit wordt de inhoud van de beslissing beoogd. De rechtbank dient na te gaan of er in dit kader wetsbepalingen zijn geschonden. Hieronder valt eveneens de controle op de interpretatie van een wettelijk begrip.⁵⁵

139. De administratieve overheid beschikt binnen de grenzen van het wettelijke begrip over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid, aldus het Hof van Cassatie.⁵⁶ Het gaat echter niet om een arbitraire bevoegdheid.⁵⁷ Wat onder de beoordelingsbevoegdheid van de administratieve overheid valt, zelfs al gaat het om een, zij het beperkte, discretionaire bevoegdheid, valt ook onder de beoordelingsbevoegdheid van de rechtbank, indien deze met volle rechtsmacht beslist.⁵⁸ Dit is vaststaande cassatierechtspraak.⁵⁹

Uw Hof beslist *in casu* met volle rechtsmacht, overeenkomstig artikel 2 § 1 Rechtsmiddelenwet dat bepaalt dat tegen de besluiten van het BIPT een beroep met volle rechtsmacht kan worden ingesteld bij Uw Hof. Dit betekent dat Uw Hof een beoordelingsbevoegdheid heeft over de invulling van de begrippen "openbaar elektronische communicatienetwerk" en "hoofdzakelijk" uit artikel 2, 10° WEC *juncto* artikel 9 § 1 van de WEC door het BIPT. De tekst van de wet en niet de interpretatie die eraan wordt gegeven, heeft rechtsgevolgen. Een rechter is niet gebonden door de interpretatie die door een administratieve overheid aan de tekst wordt gegeven. Een administratieve overheid kan geen "*algemeen dwingende of de rechter verbindende, laat staan authentieke interpretatie geven van een wettekst*", oordeelde de Raad van State reeds.⁶⁰ De rechter dient te onderzoeken of een wetsbepaling de juiste draagwijdte meekrijgt.⁶¹ Het Hof van Cassatie heeft reeds geoordeeld dat een begrip waarvan in de praktijk niet duidelijk was wat hieronder diende te vallen, de administratieve overheid het begrip niet al te strikt mocht invullen.⁶² Uw Hof dient dus eveneens na te gaan of het BIPT de termen niet te beperkend heeft geïnterpreteerd.⁶³ In

⁵³ S. PLAS, "Kwijtschelding nalatigheidsinteressen ingevolge overmacht: een bijzonder geval van rechterlijke toetsing", Cass. 1 december 2016, *Nieuwsbrief Successierechten* 2018, afl. 3, 8.

⁵⁴ S. PLAS, "Kwijtschelding nalatigheidsinteressen ingevolge overmacht: een bijzonder geval van rechterlijke toetsing", Cass. 1 december 2016, *Nieuwsbrief Successierechten* 2018, afl. 3, 9 waar verwezen wordt naar RvS 3 maart 2008, *FJF* 2008, 292.

⁵⁵ S. PLAS, "Kwijtschelding nalatigheidsinteressen ingevolge overmacht: een bijzonder geval van rechterlijke toetsing", Cass. 1 december 2016, *Nieuwsbrief Successierechten* 2018, afl. 3, 9.

⁵⁶ Cass. 10 januari 2014, 62, www.cass.be; Cass. 1 december 2016, 3; S. PLAS, "Kwijtschelding nalatigheidsinteressen ingevolge overmacht: een bijzonder geval van rechterlijke toetsing", Cass. 1 december 2016, *Nieuwsbrief Successierechten* 2018, afl. 3, 4.

⁵⁷ Cass. 10 januari 2014, 62, www.cass.be.

⁵⁸ Cass. 10 januari 2014, 63, www.cass.be.

⁵⁹ Cass. 10 januari 2014; Cass. 1 december 2016.

⁶⁰ RvS nr. 241.761 12 juni 2018, 21.

⁶¹ RvS nr. 241.761 12 juni 2018, 21.

⁶² Cass. 1 december 2016; S. PLAS, "Kwijtschelding nalatigheidsinteressen ingevolge overmacht: een bijzonder geval van rechterlijke toetsing", Cass. 1 december 2016, *Nieuwsbrief Successierechten* 2018, afl. 3, 2.

⁶³ S. PLAS, "Kwijtschelding nalatigheidsinteressen ingevolge overmacht: een bijzonder geval van

dat geval kan Uw Hof de beslissing immers als onwettig beschouwen.⁶⁴

140. Zoals *supra* uiteengezet, is de beslissing genomen op basis van een foutieve interpretatie van de wet. Het BIPT heeft een interpretatie van de begrippen "openbaar elektronische-communicatienetwerk" en "hoofdzakelijk" uit artikel 2, 10° WEC *juncto* artikel 9 § 1 van de WEC gehanteerd die niet correct is. Zij heeft haar beslissing gebaseerd op elementen die niet in de regelgeving zijn opgenomen en ter zake niet dienend zijn. Het gaat hier dus om een manifeste foute interpretatie van de wet, zoals *supra* werd aangetoond.

141. De motieven dienen gebaseerd te zijn op een juiste wettelijke basis.⁶⁵ Wanneer een beslissing gebaseerd is op elementen die niet in de regelgeving zijn opgenomen, dan is er sprake van een juridische onjuistheid van de motieven.⁶⁶ De motieven zijn dan onrechtmatig en niet "*rechters dienstig*" aangezien ze niet in rechte aangevoerd kunnen worden.⁶⁷ Zoals *supra* aangegeven steunt het BIPT haar beslissing op onjuiste motieven. De motieven die het BIPT in haar brief van 27 juni 2019 weergeeft, zijn geen juridisch juiste motieven om te kunnen stellen dat BASF geen netwerk aanbiedt dat openbaar beschikbaar is en bijgevolg het statuut van operator verloren heeft. De motieven waarop het BIPT haar beslissing steunt en die ze gebruikt bij haar analyse om te bepalen of een netwerk openbaar beschikbaar wordt aangeboden, staan niet in de wet, noch in de rechtspraak of de rechtsleer maar zijn louter door haar bedacht. Het BIPT mag zich, zoals blijkt uit de voorbereidende parlementaire werken, baseren op in andere lidstaten gangbare praktijken. Nochtans zijn haar motieven ook niet gebaseerd, zoals *supra* aangetoond, op buitenlandse praktijken.

142. Uw Hof kan dan ook niet anders dan vaststellen dat de gebruikte motieven juridisch onjuist zijn en dat de beslissing kennelijk onredelijk is. Het BIPT heeft haar materiële motiveringsplicht *in casu* geschonden. Dit wijst niet alleen op een onzorgvuldigheid in hoofde van het BIPT, zoals *supra* aangetoond, maar is eveneens een schending van het motiveringsbeginsel.

143. De foutieve interpretatie van de betekenis van de rechtsregel en het ontbreken van een rechtsregel op basis waarvan een beslissing kan genomen worden, houdt een vorm van machtsoverschrijding in.⁶⁸ *In casu* kan dan ook gesteld worden dat het BIPT haar macht heeft overschreden.

rechterlijke toetsing", Cass. 1 december 2016, *Nieuwsbrief Successierechten* 2018, afl. 3, 9, waar verwezen wordt naar T. DUMONT, "Wanneer is een geval bijzonder genoeg om moratoire interesten kwijt te schelden", in *Nieuwsbrief Successierechten* 2007, afl. 3-4, 7.

⁶⁴ S. PLAS, "Kwijtschelding nalatigheidsinteresten ingevolge overmacht: een bijzonder geval van rechterlijke toetsing", Cass. 1 december 2016, *Nieuwsbrief Successierechten* 2018, afl. 3, 8.

⁶⁵ D. MAREEN, "Het motiveringsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 153.

⁶⁶ D. MAREEN, "Het motiveringsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 153-154, waar verwezen wordt naar RvS nr. 35.871, 27 november 1990.

⁶⁷ D. MAREEN, "Het motiveringsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 152, waar verwezen wordt naar A. VAN MENSEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 39.

⁶⁸ D. BATSELE, T. MORTIER, M. SCARCEZ, "Titel II - De individuele administratieve beslissingen (de administratieve rechtshandelingen)" in *Algemeen Administratief recht*, Brussel, Bruylant, 2012, 543.

144. Daarenboven heeft het BIPT beslist dat de vergunning van BASF van categorie zal veranderen en niet langer tot categorie 8b maar tot categorie 1 zal behoren. Artikel 6, § 1 van het KB van 18 december 2009 stelt echter dat het BIPT slechts de aanvragen onderzoekt: "*Het Instituut onderzoekt de aanvragen voor vergunning om een privaat radiostation te houden en te gebruiken of om een privaat radionet aan te leggen en te doen werken. Het bepaalt de categorie waaronder de vergunning valt. (...)*". (eigen benadrukking). Nochtans ligt er *in casu* geen aanvraag voor vanwege BASF. Het behoort dan ook uitsluitend tot de prerogatieven van de vergunningsaanvrager om een vergunning van een bepaalde categorie aan te vragen. Het BIPT kan niet *motu proprio* een vergunning voor een bepaalde categorie verlenen of in een bepaalde categorie omvormen. Aangezien het in dit geval gaat om een gebonden bevoegdheid, beschikt Uw Hof over een volle redelijkheidstoets.⁶⁹ Uw Hof kan dan ook niet anders dan vaststellen dat het BIPT haar beslissing niet kan steunen op artikel 6, § 1 van het KB van 18 december 2009 aangezien zij op basis van dit artikel, en overigens op basis van geen enkele wetsbepaling, niet de bevoegdheid heeft om de vergunning van BASF in een andere categorie om te vormen.

145. De beslissing van het BIPT is gebaseerd op een onjuiste interpretatie van de wet en geeft niet de juiste feitelijke en juridische motieven weer. Er is sprake van een schending van de materiële motiveringsplicht.

146. Het zesde middel is bijgevolg gegrond.

II.8 Zevende middel: schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het redelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel zoals vervat in de artikelen 5 en 8/1, §1 WEC

147. Overeenkomstig het redelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel dient er geen kennelijke wanverhouding te bestaan tussen de beslissing en de feiten die hieraan ten grondslag liggen.⁷⁰ Wanneer de administratieve overheid haar discretionaire bevoegdheid uitoefent, dan dient zij rekening te houden met dit redelijkheidsbeginsel.⁷¹ Maar ook wanneer de administratieve overheid de van toepassing zijnde wetgeving interpreteert, dient zij het redelijkheidsbeginsel te respecteren.⁷² Het redelijkheidsprincipe dient namelijk als een toetssteen voor het interpreteren van wetgeving, zo oordeelde reeds het hof van beroep te Gent.⁷³

⁶⁹ P.-J. VAN DE WEYER, "De rechtspraak van het Marktenhof in het licht van het recht op een effectieve rechtsbescherming", *RDIR - TRNI*, 2018/3, 159.

⁷⁰ A. MAST et al., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Wolters Kluwer, Mechelen, 2017, 70.

⁷¹ A. MAST et al., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Wolters Kluwer, Mechelen, 2017, 70.

⁷² A. MAST et al., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Wolters Kluwer, Mechelen, 2017, 70 waar verwezen wordt naar A. CLAES, "Het 'redelijkheidsprincipe' als nieuwe toetssteen voor de interpretatie van wetgeving", noot onder Gent, 28 oktober 2008, *T.F.R.* 2009, 315-320.

⁷³ A. CLAES, "Het 'redelijkheidsprincipe' als nieuwe toetssteen voor de interpretatie van wetgeving",

148. Het BIPT heeft eveneens de verplichting om het proportionaliteitsbeginsel te respecteren op basis van de WEC.

Artikel 5 WEC stelt namelijk: "*Binnen het kader van het uitoefenen van zijn bevoegdheden treft het Instituut alle passende maatregelen om de in de artikelen 6 tot 8 genoemde doelstellingen te verwezenlijken. De maatregelen worden op de aard van het vastgestelde probleem gebaseerd, proportioneel toegepast en gerechtvaardigd. Ze dienen in evenredigheid te zijn met die doelstellingen en leven de beginselen van objectiviteit, transparantie, niet-discriminatie en technologische neutraliteit na.*" (eigen benadrukking)

Daarenboven stelt artikel 8/1, §1 WEC:

"Bij de uitvoering van de taken die krachtens deze wet op het Instituut rusten, ziet het Instituut erop toe dat objectieve, transparante, niet-discriminerende en proportionele regelgevingsbeginselen worden toegepast (...)" (eigen benadrukking)

149. *In casu* is het dan ook onredelijk dat het BIPT de artikelen 2, 10° *juncto* artikel 9 WEC op een wijze interpreteert dat BASF niet meer het statuut van operator heeft en een aanvraag voor een vergunning tot een privénetwerk zou moeten indienen. Hierdoor zal de vergunning categorie 8b omgevormd worden naar een vergunning categorie 1. Dit stuit op ernstige operationele moeilijkheden waarbij enerzijds het door BASF uitgewerkte crisisbeheerssysteem op de helling komt te staan en anderzijds de initiële finaliteit van het netwerk voor BASF in het gedrang komt. Private netwerken mogen immers in beginsel, conform artikel 17 van het KB van 18 december 2009, niet met derden worden gedeeld, terwijl dit nu één van de beoogde doelstellingen is voor BASF van het TETRA-netwerk. Indien een afwijking van dit verbod moet worden toegestaan telkens een derde van dit netwerk gebruik wil maken, is dit praktisch onwerkbaar. Hoewel het BIPT afwijkingen van dit verbod kan toestaan, zoals zij zelf benadrukt in haar brief van 27 juni 2019 (**stuk 15**), geeft deze mogelijkheid geen garantie aan BASF dat het BIPT deze afwijkingen effectief zou toestaan, laat staan binnen welke termijn. Het BIPT is immers niet verplicht om toegang te verlenen. Daarnaast hebben bepaalde derden snel toegang nodig tot dit netwerk, bijvoorbeeld in het kader van dringende herstelwerkzaamheden, en kunnen zij dus niet wachten op de toegestane afwijking van het BIPT. Op andere momenten kent het gebruik van het netwerk grote pieken, zoals in het geval van grote onderhoudsbeurten aan de chemische world scale installaties op de site. Dit kan betekenen dat op een bepaald moment honderden walkie talkies worden voorzien voor de beperkte periode van de afstelling aan een diversiteit van actoren betrokken bij een dergelijke onderhoudsbeurt (eigen personeel van de betrokken productie-installatie (niet per se van BASF); aannemers; leveranciers; inspectiediensten; etc.). Het is onmogelijk om voor al deze actoren een uitzondering te vragen en te moeten wachten op de toegestane afwijking van het BIPT. Bijgevolg gaat dit lijnrecht in tegen het doel van een trunkingnetwerk zoals dat van BASF, namelijk om veilige en betrouwbare mobiele communicatie te verzekeren met iedereen die van dit netwerk gebruik wil maken om

noot onder Gent, 28 oktober 2008, *T.F.R.* 2009, 319.

operationele dan wel veiligheidsredenen.. Er bestaat momenteel geen enkel valabel alternatief op een dergelijk netwerk, dat dezelfde veiligheids garanties en betrouwbaarheid zou bieden.

150. Bijkomend heeft deze beslissing verregaande financiële gevolgen voor BASF, aangezien het jaarlijkse recht dat door BASF aan het BIPT verschuldigd is, van drie tot meer dan zes maal zou toenemen, zonder dat de feitelijke situatie van BASF gewijzigd is.

151. Meer fundamenteel zou het categoriseren van het netwerk van BASF in categorie 1 echter een veralgemening van de uitzondering impliceren, en een uitholling van het verbod die lijnrecht zou ingaan tegen de tekst van het KB van 18 december 2009. Het verbod zou dan immers de uitzondering worden, en de afwijking van dat verbod de regel.

152. Het BIPT schendt het redelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en het proportionaliteitsbeginsel zoals vervat in de artikelen 5 en 8/1, §1 WEC door te beslissen dat BASF het statuut van operator verliest en haar vergunning categorie 8b omgevormd wordt naar een vergunning categorie 1.

153. Het zevende middel is bijgevolg gegrond.

II.9 Met betrekking tot het nemen van een nieuwe beslissing door Uw Hof

154. Hoewel de Memorie Van Toelichting bij de Rechtsmiddelenwet vermeldt dat het Marktenhof uitspraak kan doen over de zaak zelf en eveneens de beslissing van het BIPT kan vernietigen, sluit dit niet uit dat Uw Hof eveneens een nieuwe beslissing in de plaats van de bestreden beslissing kan nemen. Bovendien verwijst de Franstalige versie van deze Memorie van Toelichting naar een hervormingsbevoegdheid: "*Le recours devant cette dernière étant de pleine juridiction, elle peut donc statuer au fond et réformer la décision de l'Institut.*"⁷⁴ (eigen benadrukking)

("Aangezien de vordering voor die laatste volledige rechtsmacht heeft, kan het dus een uitspraak doen over de zaak zelf en de beslissing van het Instituut hervormen." (vrije vertaling)).

155. Uw Hof stelde reeds in verband met de vernietiging van een bestreden beslissing: "*heeft de vernietiging voor gevolg dat noodzakelijkerwijs alleen maar in een bepaalde zin kan worden beslist, zonder dat appreciatie eraan te pas komt, dan kan het hof een beslissing in de plaats stellen.*"⁷⁵

⁷⁴ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 1947/1, 24; P.-J. VAN DE WEYER, "De rechtspraak van het Marktenhof in het licht van het recht op een effectieve rechtsbescherming", *RDIR - TRNI*, 2018/3, 157.

⁷⁵ P.-J. VAN DE WEYER, "De rechtspraak van het Marktenhof in het licht van het recht op een effectieve rechtsbescherming", *RDIR - TRNI*, 2018/3, 164 waar verwezen wordt naar Brussel 12 november 2014, 2011/AR/2289 e.v., § 178.

156. Uw Hof kan dus niet alleen de voorliggende bestreden beslissing vernietigen en schorsen, maar eveneens vervangen door een nieuwe beslissing.

157. BASF vraagt Uw Hof dan ook om een nieuwe beslissing te nemen. *In casu* is het zo dat het vernietigen van de beslissing om BASF het statuut van operator te ontnemen en te bepalen dat haar vergunning van categorie 8b naar categorie 1 wijzigt, er alleen maar toe kan leiden dat BASF het statuut van operator behoudt en bijgevolg haar vergunning blijft behoren tot categorie 8b. Uw Hof is dus gemachtigd om deze beslissing te nemen, aangezien alleen in deze zin beslist kan worden bij een vernietiging van de bestreden beslissing en er geen andere opties meer voorliggen.

II.10 Met betrekking tot de schorsing

158. Overeenkomstig artikel 2 § 4 Rechtsmiddelenwet kan het hof van beroep de tenuitvoerlegging van de beslissing van het BIPT schorsen tot op de dag van de uitspraak van het arrest. Deze schorsing kan slechts bevolen worden wanneer er ernstige middelen worden ingeroepen die de vernietiging van de bestreden beslissing kunnen rechtvaardigen en op voorwaarde dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beslissing ernstige en moeilijk te herstellen gevolgen kan hebben voor de betrokkene.

159. *In casu* zijn er ernstige middelen voorhanden die een vernietiging van de bestreden beslissing rechtvaardigen. Het BIPT hanteert een geheel eigen interpretatie van de artikelen 2, 10° *juncto* 9 WEC met als gevolg dat BASF niet langer als operator wordt beschouwd. Dit betekent dat zij een vergunning voor een privénetwerk zal dienen aan te vragen. Hoewel het BIPT reeds heeft beslist dat haar vergunning onder categorie 1 valt, is deze beslissing *contra legem*, aangezien BASF nog geen aanvraag heeft ingediend en het BIPT bijgevolg deze beslissing nog niet kon nemen. Het BIPT onderzoekt immers de aanvragen en hiervoor dient er een effectieve aanvraag geweest te zijn, *quod non*.

160. De onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beslissing heeft ernstige en moeilijk te herstellen gevolgen voor BASF. Wanneer BASF niet langer het statuut van operator heeft en bijgevolg niet meer beschikt over een openbaar netwerk, zal haar vergunning immers niet langer onder categorie 8b vallen. Dit brengt ernstige operationele moeilijkheden mee met een potentieel veiligheidsrisico. Overeenkomstig artikel 17 van het KB van 18 december 2009 mogen private netwerken niet met derden worden gedeeld. Een afwijking van het verbod kan gevraagd worden, maar praktisch is dit niet werkbaar. Bovendien heeft BASF geen garantie dat het BIPT deze afwijkingen effectief zou toestaan, laat staan binnen welke termijn. Het BIPT is immers niet verplicht om toegang te verlenen. Ten slotte bestaat er geen enkel waardig alternatief voor een trunkingnetwerk zoals dat van BASF, dat ervoor dient om veilige en betrouwbare communicatie te verzekeren. Met een ander netwerk kunnen dezelfde garanties vandaag de dag niet gegeven worden. Als Seveso bedrijf wil BASF een robuuste crisiscommunicatie zekerstellen zodat ingeval van ramp of noodgeval de communicatie naar

behoren functioneert, met het oog op het beperken van de gevolgen van de ramp of het noodgeval op mens en milieu. In de huidige maatschappelijke context, waarin ook gevaren van terrorisme om de hoek loeren met de haven van Antwerpen en de daar gevestigde bedrijven, als een gemakkelijk doelwit, kan geen enkel risico met betrekking tot de communicatie genomen worden. De mogelijkheid tot communiceren moet in alle omstandigheden kunnen worden verzekerd gezien snelle acties immers cruciaal kunnen zijn.

161. Ten slotte zou het jaarlijkse recht dat door BASF aan het BIPT verschuldigd is, van drie tot meer dan zes maal toenemen, terwijl de feitelijke situatie van BASF ongewijzigd blijft. De financiële gevolgen voor BASF zijn dus aanzienlijk.

162. Er is derhalve sprake van een ernstig en moeilijk te herstellen nadeel in hoofde van BASF overeenkomstig artikel 2 § 4 Wet van 17 januari 2003. In dit kader vraagt BASF de schorsing van de beslissing van 27 juni 2019 van het BIPT en ondergeschikt van de beslissing van 13 februari 2019 van het BIPT tot en met een definitieve vernietigingsbeslissing.

* *
*

OM DEZE REDENEN

BEHAGE HET HOF VAN BEROEP,

- Akte te nemen van onderhavig verzoekschrift;
- Het beroep van verzoekster ontvankelijk en gegrond te verklaren en vervolgens,

Alvorens recht te doen

- De tenuitvoerlegging van de beslissing van het BIPT van 27 juni 2019 betreffende het verlies van het statuut van operator door BASF en het toekennen van een vergunning categorie 1 te schorsen tot en met een definitieve vernietigingsbeslissing.

Ten gronde

- De beslissing van het BIPT van 27 juni 2019 betreffende het verlies van het statuut van operator door BASF en het toekennen van een vergunning categorie 1 te vernietigen en te vervangen door de beslissing dat het BASF het statuut van operator behoudt, alsook haar vergunning categorie 8b.

In ondergeschikte orde;

Alvorens recht te doen

- De tenuitvoerlegging van de beslissing van het BIPT van 13 februari 2019 betreffende het verlies van het statuut van operator door BASF en het toekennen van een vergunning categorie 1 te schorsen tot en met een definitieve vernietigingsbeslissing.

Ten gronde

- De beslissing van het BIPT van 13 februari 2019 betreffende het verlies van het statuut van operator door BASF en het toekennen van een vergunning categorie 1 te vernietigen en te vervangen door de beslissing dat het BASF het statuut van operator behoudt, alsook haar vergunning categorie 8b.

In meer ondergeschikte orde;

Ten gronde

- De volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof:
 - 1) Schenden de artikelen 2, 10° *juncto* artikel 9 §1 WEC het gelijkheids-en non-discriminatiebeginsel zoals gewaarborgd door de artikelen 10 en 11 van de Grondwet indien deze zo dienen te worden begrepen dat het BIPT ondernemingen die een trunkingnetwerk uitbaten en zich in gelijke omstandigheden bevinden, verschillend kan behandelen?

In elk geval,

- De kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, ten laste te leggen van de verwerende partij.

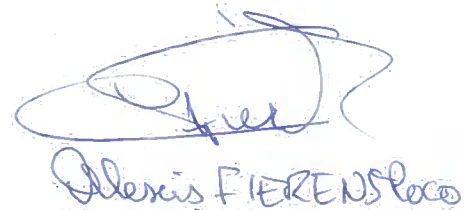
Brussel, 23 augustus 2019,

Voor de verzoekende partij,

Haar raadslieden,



BOB MARTENS
Advocaat



KRISTOF DE VULDER
Advocaat

Bijlage: Inventaris van de stukken

INVENTARIS VAN DE STUKKEN

1. Kennisgeving van het aanbieden van elektronische communicatieactiviteiten van BASF aan het BIPT van 4 april 2013
2. Schrijven van het BIPT aan BASF van 21 augustus 2013.
3. Besluit van de Raad van het BIPT van 26 augustus 2013 betreffende de toekenning aan BASF N.V. van een vergunning voor de exploitatie van een openbaar trunkingnetwerk voor radiocommunicatie op basis van de tetra-norm.
4. Bewijs van Kennisgeving van 13 september 2013 betreffende het aanbieden van elektronische communicatieactiviteiten in het kader van artikel 9 van de wet van 13 juni 2005.
5. Schrijven van het BIPT aan BASF van 14 november 2018.
6. Vragenlijst zoals ingevuld door BASF op 22 november 2018.
7. Email van BASF aan het BIPT van 22 november 2018.
8. Schrijven van het BIPT aan BASF van 13 februari 2019.
9. Schrijven van het BIPT aan BASF van 29 maart 2019 met als bijlage een aanvraagformulier voor het bekomen van een machtiging voor het gebruik van private radiocommunicatiestations.
10. Email van het BIPT aan BASF van 23 april 2019.
11. Email van BASF aan het BIPT van 25 april 2019.
12. Email van het BIPT aan BASF van 25 april 2019.
13. Schrijven van de raadslieden van BASF aan het BIPT van 5 juni 2019.
14. Email van het BIPT aan de raadslieden van BASF van 19 juni 2019.
15. Schrijven van het BIPT aan BASF van 27 juni 2019.
16. Presentatie 'Vernieuwing radio communicatie voor Strategische Partners' van 2016 (niet-vertrouwelijke versie).
17. Intern document 'Gebruik van mobiele radiocommunicatiemiddelen'.
18. Jaarverslag 2018 van het BIPT.
19. Uittreksel Veiligheidsrapport in het kader van het Samenwerkingsakkoord (SWA-VR) (pagina I.2 en I.7-I.8).
20. Uittreksel Veiligheidsrapport in het kader van het Samenwerkingsakkoord (SWA-VR) (pagina II.15).
21. Intern alarmplan (noodplan) site BASF Antwerpen van 25 februari 2016.
22. Factuur van 9 juli 2019 m.b.t. het gebruik door Buchen Industrial Services NV van het TETRA-netwerk (niet-vertrouwelijke versie).

