

VERZOEKSCHRIFT

Op grond van 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: CITYMESH NV, met maatschappelijke zetel te 8020 Oostkamp, Siemenslaan 13, en met ondernemingsnummer 0881.653.685, vertegenwoordigd door de heer Mitch De Geest, gedelegeerd bestuurder,

VERZOEKSTER;

Vertegenwoordigd door Mter. Gerrit VANDENDRIESSCHE, gerrit.vandendriessche@altius.com, en Anne-Sophie RAXHON, anne-sophie.raxhon@altius.com advocaten te 1000 Brussel, Havenlaan 86C, bus 414;

TEGEN: HET BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN EN TELECOMMUNICATIE “BIPT”, waarvan de zetel gevestigd is te 1030 Brussel, Koning Albert II-laan 35, Ellips Building, Gebouw C, ingeschreven ,

VERWEERSTER;

DATUM: 28 augustus 2020

BESLISSING WAARTEGEN BEROEP WORDT INGESTELD:

Besluit van het BIPT van 26 juni 2020 betreffende de uitbreiding van de gebruiksrechten van Citymesh in de 3,5 GHz frequentieband naar alle gemeenten op het Belgische grondgebied

PLAATS, DAG EN UUR VAN VERSCHIJNING:

.....

CODE VAN DE ZAAK : I.1.A

I. FEITEN

A. ACTIVITEITEN VERZOEKSTER

1. Verzoekster is gespecialiseerd in de uitbouw en beheer van grootschalige draadloze netwerken op basis van een brede waaier aan technologieën.

Naast een uitgebreide Wi-Fi & Internet of Things (Internet der Dingen) expertise, beschikt verzoekster als Belgische operator in diverse steden over een vergunning in de frequentieband 3400-3600 MHz. Verzoekster is een pionier in het realiseren van slimme communicatie en data platformen binnen diverse sectoren. Zo ondersteunt verzoekster meer dan 50 steden, tientallen expohallen, de Belgische spoorwegen en meer dan 200 events in het realiseren van een smart-infrastructuur bestaande uit een combinatie van Wi-Fi, 5G, sensoren en data visualisatie.

Binnen de sterk groeiende markt van kritische zakelijke communicatie bouwt Citymesh unieke private netwerken ter ondersteuning van de automatisering in (lucht)havens, gezondheidszorg, opslagplaatsen, logistiek en andere industriële sectoren. Naast het uitrollen van een infrastructuur in opdracht van de klant, investeert Citymesh ook in de uitrol van eigen netwerken in nichemarkten zoals windmolenparken in zee, communicatie met drones tijdens de vlucht en slimme stedelijke 5G toepassingen.

2. Verzoekster levert via de 3400-3600 MHz frequentieband tevens oplossingen voor de industrie. Zo bouwt ze private 4G en 5G netwerken op grote industriële sites zoals (lucht)havens, ziekenhuizen, assemblagelijnen, containerterminals en windmolenparken. Door een bedrijf te voorzien van een eigen 4G/5G-netwerk, is het in staat om automatisatie door te voeren op manieren die voorheen ondenkbaar waren. 5G zorgt voor een snelle en betrouwbare dataoverdracht, waardoor het van op afstand aansturen van machines zoals vrachtwagens, heftrucks, kranen mogelijk wordt. Naast de veelbelovende standaard eigenschappen van 5G (lage latentie en hoge bandbreedtes) biedt een privaat 4G/5G-netwerk enkele duidelijke industriële voordelen. Vooral op het vlak van veiligheid en dataverbruik is de keuze voor een industriële speler snel gemaakt. Alle data blijft, in tegenstelling tot de netwerken van de publieke mobiele operatoren, binnen het eigen bedrijfsnetwerk. De klant hoeft niet te betalen per verbruikte datavolume en, met oog op de toekomst, worden ook Internet of Things-protocollen (Internet der Dingen) ondersteund. Verzoekster speelt hiermee in op de communicatienoden van de industrie van de toekomst.

B. REROACTEN EN ACHTERGROND VAN HET GESCHIL

B.1. INITIËLE GEBRUIKSRECHTEN VAN VERZOEKSTER

3. Verzoekster is houder van gebruiksrechten die het BIPT haar op 7 mei 2015 heeft toegekend in de frequentieband 3,5 GHz op grond van het 24 maart 2009 betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 3410-3500/3510-3600 MHz en 10150-10300/10500-10650 MHz (hierna: “**KB 2009**”) (stuk verzoekster 1).

4. De aan verzoekster initieel toegekende gebruiksrechten golden voor 13 gemeenten¹ voor een initiële termijn van 10 jaar, hetzij tot 6 mei 2025.
5. In 2015 was verzoekster, na de oproep tot kandidaatstelling door het BIPT, de enige operator die gebruiksrechten in de 3,5 GHz band wenste te bekomen. Twee andere operatoren hadden toen al gebruiksrechten in de 3,5 GHz band: Gridmax en Broadband Belgium. De gebruiksrechten van deze laatsten stopten in 2017, waardoor Gridmax en verzoekster vandaag de enige operatoren zijn die actief in de 3,5 GHz band zijn.
6. Op grond van artikel 21 van het KB 2009 heeft verzoekster het recht om aan het BIPT te vragen gemeenten toe te voegen aan de lijst van gemeenten waarvoor ze gebruiksrechten heeft. In zulk geval dient het BIPT te bepalen *“of er een nieuwe procedure moet gestart worden dan wel of de lijst onmiddellijk kan worden gewijzigd”*.

B.2. BEROEP VAN VERZOEKSTER TEGEN BESLUIT BIPT NAAR AANLEIDING VAN DE VERLENGING VAN DE GEBRUIKSRECHTEN VAN BROADBAND BELGIUM

7. Op 30 mei 2016 vroeg Broadband Belgium aan BIPT om haar gebruiksrechten te verlengen met 5 jaar op grond van het KB 2009.
8. Op 21 maart 2017 kende het BIPT deze verlenging toe aan Broadband Belgium (**stuk verzoekster 2.a**), doch bepaalde in hetzelfde besluit dat de gebruiksrechten van alle bestaande operatoren in de 3,5 GHz band (nl. toen Broadband Belgium, Citymesh en Gridmax) niet meer zouden worden gewijzigd en dus zouden worden bevroren (eigen onderlijning):

“De bestaande gebruiksrechten van Broadband Belgium, Citymesh en Gridmax zijn verleend krachtens het koninklijk besluit van 24 maart 2009 betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 3410-3500/3510-3600 MHz en 10150-10300/10500-10650 MHz. Het BIPT heeft niet langer het voornemen om nieuwe toewijzingsprocedures overeenkomstig het koninklijk besluit van 24 maart 2009 te lanceren. Gelet op de recente ontwikkelingen wat betreft de invoering van 5G in de 3400-3800 MHz-band en de sterk toegenomen belangstelling voor die band is het BIPT immers van oordeel dat er een beter aangepast koninklijk besluit moet worden aangenomen om de gehele 3400-3800 MHz-band ter beschikking te stellen. Dit houdt in dat het verkieslijk is om de huidige situatie inzake vergunningen ongewijzigd te laten in afwachting van een nieuw regelgevingskader dat door de Koning zal kunnen worden opgesteld in voorkomend geval.”

Er zullen dus geen nieuwe gebruiksrechten meer worden verleend krachtens het koninklijk besluit van 24 maart 2009. [...]

Artikel 21 van het koninklijk besluit van 24 maart 2009 bepaalt dat een operator aan het BIPT mag vragen om de lijst van de gemeenten die onder zijn gebruiksrechten vallen, te wijzigen. Wanneer er gemeenten aan de lijst worden toegevoegd, bepaalt het BIPT of er een nieuwe procedure moet worden gestart dan wel of de lijst onmiddellijk kan worden gewijzigd. Zoals reeds vermeld, heeft het BIPT niet langer het voornemen om nieuwe toewijzingsprocedures overeenkomstig het koninklijk besluit van 24 maart 2009 te lanceren.

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

9. Omdat de inhoud van het besluit over de verlenging van de gebruiksrechten van Broadband Belgium de gebruiksrechten van verzoekster onder het KB 2009 schond, stelde verzoekster beroep tot nietigverklaring in bij uw Hof op 16 juni 2017.
10. Hangende het beroep voor uw Zetel trok BIPT het bewuste besluit volledig in op 27 juni 2017 (stuk verzoekster 2.b). Vermits het beroep van verzoekster daardoor zonder voorwerp viel, deed zij afstand van geding en gaf uw Hof hiervan akte per arrest van 28 juni 2017 (stuk verzoekster 2.c).

B.3. WEIGERING DOOR BIPT VAN UITBREIDING NAAR WERCHTER EN DRANOUTER

11. Op 25 september 2017 verzocht verzoekster het BIPT om haar gebruiksrechten uit te breiden tot de gemeenten Werchter en Dranouter (stuk verzoekster 3.a).
12. Ondanks het feit dat het BIPT het Broadband Belgium Besluit (waarin ze te kennen had gegeven dat ze de gebruiksrechten van verzoekster niet meer zou verlengen of uitbreiden) had ingetrokken, weigerde het BIPT op 2 februari 2018 de uitbreiding tot Werchter en Dranouter omdat *“de lijst niet onmiddellijk kan worden gewijzigd”* omwille van de regel *“beschermingsafstand van minstens 15km”*, en omdat *“het starten van een nieuwe toegangsprocedure momenteel niet opportuun is”* (zie stuk verzoekster 3.b).

Ter ondersteuning van de *“beschermingsafstand van minstens 15km”* regel, verwees het BIPT naar het Broadband Belgium besluit, alhoewel het BIPT dat inmiddels had ingetrokken (zie stuk verzoekster 3.b).

B.4. WEIGERING DOOR BIPT VAN UITBREIDING NAAR AALTER

13. Op 1 juni 2018 verzocht verzoekster het BIPT om haar gebruiksrechten uit te breiden tot de gemeente Aalter. Verzoekster verzocht het BIPT formeel te antwoorden uiterlijk eind juni 2018 (stuk verzoekster 4.a).

Op 24 juli 2018 maande het BIPT aan (stuk verzoekster 4.b) om tot een beslissing over te gaan.

14. Op 7 augustus 2018 weigerde het BIPT dit verzoek tot uitbreiding (zie stuk verzoekster 4.c). Opnieuw haalde het BIPT dezelfde motivering aan:

- *“de lijst kan niet onmiddellijk worden gewijzigd”* omwille van de regel *“beschermingsafstand van minstens 15km”*, en
- *“het starten van een nieuwe toegangsprocedure is momenteel niet opportuun”*

Ter ondersteuning van de *“beschermingsafstand van minstens 15km”* regel, verwees het BIPT opnieuw naar het Broadband Belgium besluit, alhoewel het BIPT dat besluit inmiddels had ingetrokken.

B.5. ARREST VAN HET MARKTENHOF OVER DE WEIGERING VAN DE UITBREIDING NAAR WERCHTER, DRANOUTER EN AALTER

15. Verzoekster stelde op 11 juni 2018 een beroep tot nietigverklaring in bij uw Hof tegen de weigering door het BIPT van de uitbreiding naar Werchter en Dranouter.

Bij conclusie breidde verzoekster het beroep uit tot de weigering van de uitbreiding naar Aalter.

16. Het initiële beroep in verband met Werchter en Dranouter werd als nietig afgewezen op grond van de laattijdigheid van het beroep. De uitbreiding naar Aalter werd als onontvankelijk afgewezen omdat het initiële beroep nietig was (stuk verzoekster 5).

B.6. WEIGERING DOOR BIPT VAN UITBREIDING NAAR BEVEREN

17. Op 26 juli 2018 verzocht verzoekster het BIPT om haar gebruiksrechten uit te breiden tot de gemeente Beveren. Verzoekster verzocht het BIPT formeel te antwoorden uiterlijk eind juli 2018 (stuk verzoekster 6.a).

18. Op 7 augustus 2018 weigerde het BIPT dit verzoek tot uitbreiding (zie stuk verzoekster 6.b). Opnieuw haalde het BIPT dezelfde motivering aan:

- *“de lijst kan niet onmiddellijk worden gewijzigd”* omwille van de regel *“beschermingsafstand van minstens 15km”*, en
- *“het starten van een nieuwe toegangsprocedure is momenteel niet opportuun”*

Ter ondersteuning van de *“beschermingsafstand van minstens 15km”* regel, verwees het BIPT voor de derde keer naar het Broadband Belgium besluit, alhoewel het BIPT dat besluit inmiddels had ingetrokken.

B.7. UITBREIDING NAAR ZELZATE EN BEVEREN

19. Op 19 november 2018 verzocht verzoekster het BIPT om haar gebruiksrechten uit te breiden tot de gemeenten Zelzate en - voor een tweede maal - Beveren (stuk verzoekster 7.a).

20. Na een herinnering op 13 maart 2019 (stuk verzoekster 7.b) besloot het BIPT op 3 april 2019 de uitbreiding tot Zelzate en Beveren toe te kennen (stuk verzoekster 7.c). Wat betreft Beveren, kwam het BIPT dus 8 maanden na een eerste weigering van de uitbreiding naar Beveren, terug op haar weigering en kende ze alsnog de uitbreiding naar Beveren toe.

Het BIPT verwees opnieuw naar de *“beschermingsafstand van minstens 15km”* regel, en stelde dat het BIPT de toepassing van deze regel zou behouden *“zolang artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 van toepassing is”*.

B.8. WEIGERING DOOR BIPT VAN UITBREIDING NAAR KORTRIJK

21. Op 25 februari 2019 vroeg verzoekster aan het BIPT haar gebruiksrechten uit te breiden tot de gemeente Kortrijk (stuk verzoekster 8.a).
22. BIPT antwoordde op 8 maart 2019 dat het niet mogelijk was te antwoorden tegen 18 maart 2019, zoals gevraagd door verzoekster (stuk verzoekster 8.b). Na herhaaldelijk aandringen van verzoekster, op 13 maart 2019 (stuk verzoekster 8.c) en 18 april 2019 (stuk verzoekster 8.d), informeerde het BIPT verzoekster op 8 mei 2019 dat het een openbare raadpleging met een ontwerp van besluit zou publiceren (stuk verzoekster 8.e).
23. Op 14 mei 2019 publiceerde het BIPT een openbare raadpleging met ontwerpbesluit (stuk verzoekster 8.f) en bepaalde het BIPT een antwoordtermijn tot 14 juni 2019. In dit ontwerpbesluit weigerde het BIPT de uitbreiding naar Kortrijk.
24. Na deze openbare raadpleging werd het terug stil langs de kant van het BIPT, zodat verzoekster op 19 augustus 2019 het BIPT een laatste maal rappelleerde (stuk verzoekster 8.g).
25. Op 23 augustus 2019 antwoordde het BIPT dat ze naar aanleiding van de reacties op de openbare raadpleging de ontwerpbeslissing had aangepast en had voorgelegd aan de gemeenschapsregulators (stuk verzoekster 8.h).
26. Op 17 september 2019 weigerde het BIPT uiteindelijk formeel het verzoek tot uitbreiding naar Kortrijk (zie stuk verzoekster 8.i). BIPT stelde dat:
 - “de lijst niet onmiddellijk kan worden gewijzigd” omwille van de regel “beschermingsafstand van minstens 15km”, en
 - “een nieuwe procedure opstarten is in strijd met de nieuwe Europese regels”
27. Verzoekster stelde op 14 oktober 2019 tegen deze weigering beroep in bij uw Zetel (zie stuk verzoekster 8.j).
28. BIPT trok haar weigering voor Kortrijk in (zie stuk verzoekster 8.k) en na een nieuwe openbare raadpleging (zie stuk verzoekster 8.l), keurde BIPT de uitbreiding naar Kortrijk uiteindelijk toe bij besluit van 23 juni 2020 (zie stuk verzoekster 8.m).

B.9. WEIGERING DOOR BIPT VAN VERLENGING VAN GEBRUIKSRECHTEN

29. Op 18 april 2019 verzocht verzoekster het BIPT om haar gebruiksrechten te verlengen conform artikel 3§1 van het KB 2009 (stuk verzoekster 9.a).
30. Op 15 mei 2019 antwoordde het BIPT hierop dat het te vroeg en “niet opportuun” was om over een eventuele verlenging al een uitspraak te doen (zie stuk verzoekster 9.b).

B.10. VERZOEK UITBREIDING NAAR ZAVENTEM

31. Op 7 oktober 2019 verzocht verzoekster het BIPT om haar gebruiksrechten uit te breiden tot de gemeente Zaventem (stuk verzoekster 10.a).
32. Op 5 november 2019 publiceerde het BIPT op haar website een document genaamd “*Ontwerp van besluit met betrekking tot de vraag tot uitbreiding met de gemeente Zaventem*”, waarin de uitbreiding naar Zaventem werd geweigerd. De motieven die het BIPT aanhaalde voor de weigering van Zaventem waren identiek aan deze van de weigering voor Kortrijk:
- “*de lijst niet onmiddellijk kan worden gewijzigd*” omwille van de regel “*beschermingsafstand van minstens 15km*”, en
 - “*een nieuwe procedure opstarten is in strijd met de nieuwe Europese regels*”
33. Tesamen met de uitbreiding naar Kortrijk, keurde BIPT de uitbreiding naar Zaventem uiteindelijk goed bij besluit van 23 juni 2020 (zie stuk verzoekster 8.m).

C. FEITEN DIE AANLEIDING GAVEN TOT HUIDIG BEROEP

34. Op 12 mei 2020 verzocht verzoekster het BIPT om haar rechten uit te breiden tot alle gemeenten van België (stuk verzoekster 11.a):

“In toepassing van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009, dienen wij in naam en voor rekening van Citymesh NV een aanvraag in voor uitbreiding van de lijst van gemeenten van Citymesh NV naar alle gemeenten op het Belgische grondgebied, met uitzondering van:

- *De gemeenten Zaventem en Kortrijk waarvoor reeds een aanvraag lopende is voor Citymesh NV, en*
 - *De gemeenten Vresse-sur-Semois, Bièvre, Gedinne et Bouillon waarvoor reeds gebruiksrechten werden toegewezen aan Gridmax, en*
 - *De gemeenten die volgens het BIPT binnen de beschermingsafstand vallen van 15km rond de bestaande gemeenten van Gridmax (zie verder).” (stuk 2).*
35. Bij brief van 26 juni 2020 antwoordde het BIPT als volgt (stuk verzoekster 11.b):

Het BIPT kan deze uitbreiding niet zonder meer toestaan. Het BIPT wordt inderdaad geconfronteerd met een gelijkaardige vraag van Gridmax, dat een uitbreiding vraagt naar alle Belgische gemeenten, behalve de gemeenten die toegekend zijn aan Citymesh.

Deze uitbreiding is ook van een totaal ander grootte dan tot nu toe het geval was. Het BIPT stelt zich ook vragen in verband met de operationele capaciteit en de intenties van Citymesh om op korte termijn commerciële diensten aan te bieden in al deze gemeenten. In geval van conflicterende aanvragen zou het bijvoorbeeld een optie kunnen zijn voor het BIPT om naar daadwerkelijke ontplooiingsengagementen te kijken.

Als eerste stap stelt het BIPT voor dat er een onderhoud zou plaats vinden tussen Citymesh en Gridmax, indien gewenst, in aanwezigheid van het BIPT en mits strikte naleving van de mededingingsregels aan de vooravond van een nakende spectrumveiling, teneinde uit te kunnen maken of een onderling akkoord tussen beide partijen met betrekking tot de inzetbaarheid van het desbetreffende spectrum een mogelijke optie is. Het BIPT zal deze optie dan evalueren in functie van de wettelijke bepalingen. Het spreekt voor zich dat deze gesprekken beperkt moeten blijven tot het voorwerp van de conflicterende aanvragen van Gridmax en Citymesh.

36. Het is deze beslissing van 26 juni 2020 waarvan verzoekster de nietigheid vordert voor uw Zetel (Aangevochten Besluit).

II. IN RECHTE - TEN GRONDE

A. EERSTE MIDDEL: SCHENDING VAN ARTIKEL 21 VAN HET KB VAN 24 MAART 2009

A.1. IN HOOFDORDE: BIPT PAST HET ARTIKEL 21 VAN HET KB VAN 24 MAART 2009 NIET TOE

37. Naar aanleiding van een verzoek tot territoriale uitbreiding door een radiotoegangsoperator, voorziet artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 de beslissingsmogelijkheden van het BIPT: of een nieuwe toewijzingsprocedure opstarten, dan wel of de uitbreiding onmiddellijk toekennen:

“Een radiotoegangsoperator kan het Instituut verzoeken om de lijst van gemeenten die in zijn gebruiksrechten zijn opgenomen, te wijzigen. Wanneer er gemeenten aan de lijst worden toegevoegd, bepaalt het Instituut of er een nieuwe procedure moet worden gestart dan wel of de lijst onmiddellijk kan worden gewijzigd.” (eigen onderlijning)

38. Het gebruik van de woorden “dan wel of” impliceert dat er slechts twee mogelijkheden zijn, en dat het BIPT tussen deze mogelijkheden moet kiezen: ofwel wijzigt het BIPT de lijst van gemeenten onmiddellijk, ofwel start het BIPT een nieuwe toewijzingsprocedure op. De wetgever laat het BIPT geen andere mogelijkheid. Het BIPT kan dus niet *niets* doen, noch kan het BIPT besluiten tot een derde alternatief.

39. Deze lezing wordt door het BIPT zelf bevestigd in het Aangevochten Besluit (**stuk verzoekster 11.b, randnr. 16**):

In uitvoering van het KB van 24 maart 2009 mag een operator aan het BIPT vragen om de lijst van de gemeenten die onder zijn gebruiksrechten vallen, te wijzigen. Wanneer er gemeenten aan de lijst worden toegevoegd, bepaalt het BIPT of er een nieuwe toewijzingsprocedure moet worden gestart dan wel of de lijst onmiddellijk kan worden gewijzigd.

40. Niettegenstaande de heldere formulering van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009, blijkt uit het Aangevochten Besluit dat het BIPT weigerde artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 toe te passen: noch wijzigt het BIPT de lijst van gemeenten onmiddellijk, *noch* start zij een nieuwe toewijzingsprocedure op. Dit komt in feite neer op een schorsing van de toepassing van het KB van 24 maart 2009. Het BIPT besliste bijgevolg, tegen de tekst van het KB van 24 maart 2009 in, dat ze de lijst van gemeenten voor verzoekster die reeds gebruiksrechten heeft in de 3,5 GHz band, niet zal aanpassen, en ook geen veiling zal organiseren. Met andere woorden: het BIPT doet niets en legt artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 naast zich neer. Dit is een evidente en flagrante schending van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009.
41. In een eerder geschil tussen verzoekster en BIPT, oordeelde uw Zetel reeds dat een beslissing van het BIPT in het kader van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009, waarbij het BIPT *noch* de lijst van gemeenten aanpaste, *noch* een toewijzingsprocedure opstartte, neerkwam op een weigering en buiten werking stelling van het KB van 24 maart 2009 **(stuk 5, p. 18)**:

“Het eerste Aangevochten Besluit is namelijk een handeling waarmee het BIPT de toepassing van het KB van 24 maart 2009 weigert en (minstens tijdelijk) buiten werking stelt.”

42. Het gegeven dat er een “gelijkaardige aanvraag” zou bestaan van een andere operator (Gridmax), dat het verzoek tot uitbreiding van een “totaal andere grootorde” is en dat het BIPT twijfels heeft aangaande de “operationele capaciteit” en “intenties” van verzoekster, zijn geen criteria die het BIPT krachtens artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 kan toepassen, en zijn derhalve irrelevant in deze.

Het loutere feit dat het BIPT niet tot *of* een aanpassing van de lijst komt, *of* een toewijzingsprocedure opstart, is op zich voldoende voor een vernietiging door uw Zetel, ongeacht de motieven die het BIPT aanhaalt om artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 niet toe te passen.

43. Verzoekster verkreeg gebruiksrechten voor 10 jaar met een wettelijk verankerde mogelijkheid tot uitbreiding van de vergunde gemeenten. De schending van het KB van 24 maart 2009 door het BIPT miskent de gebruiksrechten van verzoekster door haar territoriale uitbreiding te weigeren en haar alzo de mogelijkheid te ontnemen om de reeds door haar gedane investeringen te doen renderen via de in het KB van 24 maart 2009 verankerde mogelijkheid tot uitbreiding naar andere gemeenten. Door aldus de rechten van verzoekster als bestaande vergunde radiotoegangsoperator buiten spel te zetten, schendt het BIPT ook het rechtszekerheidsbeginsel.
44. Deze (feitelijke) schorsing van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 doet de aanzienlijke investeringen die verzoekster reeds deed, en het rechtmatig vertrouwen dat

verzoekster had in verband met mogelijke uitbreidingen van haar gebruiksrechten tot nieuwe gemeenten in de periode lopende tot 6 mei 2025, teniet.

45. Deze schending van het KB van 24 maart 2009 is des te flagranter, nu het BIPT in het besluit aangaande de uitbreiding naar Kortrijk, stelde dat:

- *“Citymesh de mogelijkheid moet hebben om de activiteitszone uit te breiden”,* en
- het aangewezen is aangaande de uitbreidingsmogelijkheid dat *“Citymesh zijn rechten op basis van het bestaande KB van 24 maart 2009 kan uitoefenen”,* en
- het *“disproportioneel zou zijn om een nieuwkomer op de Belgische markt niet toe te laten te concurreren met de bestaande mobiele operatoren”*

BIPT besloot tenslotte dat eerdere weigering van uitbreidingen aan Citymesh *“niet langer nodig is”* (zie stuk verzoekster 8.m).

“Het bezwaar van de afwezigheid van dit gelijke speelveld en van het bestaan van nadelige gevolgen voor de uitrol van 5G zal er dus niet meer zijn voor de door Citymesh gevraagde uitbreiding(en). De rechten van potentiële andere kandidaten ten opzichte van de verwerving van spectrum zullen immers niet meer aangetast worden door de door Citymesh gevraagde uitbreiding van gemeenten waarvoor het gebruiksrechten heeft. Bovendien worden de gebruiksrechten aan eventuele nieuwe operatoren slechts voor een beperkte tijd toegekend overeenkomstig artikel 49, lid 3, b van het Europees wetboek voor elektronische communicatie dat een uitzondering voorziet op de principiële geldigheidsduur van 15 jaar voor specifieke projecten op korte termijn.

14. De weigering om Kortrijk toe te voegen aan de lijst van de gemeenten is dus niet langer nodig.”

46. Het is dan ook met verbazing dat verzoekster vaststelt dat het BIPT opnieuw andere redenen aanhaalt om artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 niet toe te passen, en zelfs voorstelt dat twee concurrenten met elkaar dienen te overleggen om de gemeenten onder elkaar te verdelen.

B. TWEEDE MIDDEL: ONDERGESCHIKT: SCHENDING VAN ARTIKEL 18 VAN DE WET VAN 13 JUNI 2005 DOOR ZELF DE VOORWAARDEN VOOR DE UITBREIDING VAN GEBRUIKSRECHTEN TE BEPALEN

47. De WEC belast het BIPT met het spectrumbeheer. Het KB 2009 is genomen in uitvoering van deze wet. Het BIPT dient dit beheer derhalve uit te oefenen binnen de voorschriften en de beperkingen van de WEC.

48. Het eerste lid van artikel 18, §1 WEC bepaalt dat de voorwaarden voor het verkrijgen en uitoefenen van gebruiksrechten voor radiofrequenties enkel door de Koning kunnen worden vastgelegd:

“Art. 18. § 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, en mogen enkel verband houden met ... [...]”

De Koning is evenwel niet geheel vrij om te bepalen wat hij wil: de voorwaarden vastgelegd in een KB mogen enkel verband houden met de punten voorzien in het eerste lid van artikel 18 §1, 1° t.e.m. 10° van de wet elektronische communicatie.

49. Als uitzondering op het principe van het eerste lid van artikel 18§1 WEC, mag het BIPT zelf ook voorwaarden vaststellen voor het verkrijgen en uitoefenen van gebruiksrechten, doch enkel wanneer deze verband houden met het voorkomen van schadelijke storingen, verplichtingen uit hoofde van internationale overeenkomsten en experimenteel gebruik (het tweede lid van artikel 18§1 WEC):

In afwijking van het eerste lid worden door het Instituut de voorwaarden vastgesteld voor het verkrijgen en uitoefenen van gebruiksrechten voor radiofrequenties die geheel of gedeeltelijk gebruikt worden voor elektronische-communicatiediensten die aan het publiek worden aangeboden die verband houden met :
1° de technische en operationele voorwaarden ter voorkoming van schadelijke storingen;
2° de verplichtingen uit hoofde van de relevante internationale overeenkomsten aangaande het gebruik van radiofrequenties;
3° specifieke verplichtingen voor experimenteel gebruik van radiofrequenties.

50. Middels het Aangevochten Besluit past het BIPT in verband met de verlening van gebruiksrechten voorwaarden toe die niet in een koninklijk besluit zijn opgenomen (artikel 18§, eerste lid), noch verband houden met de voorwaarden die het BIPT zelf mag vaststellen (artikel 18§, tweede lid).

Dit betekent dit dat het BIPT “eigen” voorwaarden hanteerde om gebruiksrechten te verlenen, *in casu* te beperken, buiten de door artikel 18 §1 van de wet van 13 juni 2005 voorziene gevallen, en dit terwijl de enige relevante voorwaarden voor een dergelijke beperking door artikel 21 van het KB van 24 maart 2004 zijn geregeld doch opnieuw niet worden toegepast door het BIPT (zie eerste middel).

Het BIPT schendt het artikel 18 van de wet van 13 juni 2005 door zichzelf de bevoegdheid toe te kennen om af te wijken van de mogelijkheden voorzien in artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 en zo zelf de voorwaarden voor de toekenning, verlening en beperking van gebruiksrechten vast te leggen. Hiermee overschrijdt BIPT ook haar bevoegdheid.

C. DERDE MIDDEL, ONDERGESCHIKT: SCHENDING VAN ARTIKEL 13, 3^E LID EN 21 VAN DE WET VAN 13 JUNI 2005 DOOR NIET TE HANDELEN OP BASIS VAN OBJECTIEVE, TRANSPARANTE, EVENREDIGE EN NIET-DISCRIMINERENDE CRITERIA

51. Het BIPT schendt tevens artikel 13, 3e lid en 21 van de wet van 13 juni 2005 door niet te handelen op basis van objectieve, transparante, evenredige en niet-discriminerende criteria.

52. De rol die het BIPT toegewezen krijgt voor de spectrumtoewijzing, moet uitgeoefend worden op basis van objectieve, transparante, niet-discriminerende en proportionele criteria (artikel 13, 3e lid van de wet van 13 juni 2005):

“Art. 13. 3e lid. Het Instituut draagt er zorg voor dat de spectrumtoewijzing gebaseerd is op objectieve, transparante, niet-discriminerende en proportionele criteria.”

53. Ook bij de beperking van gebruiksrechten door het BIPT moet het BIPT handelen op basis van objectieve, transparante, niet-discriminerende en proportionele criteria (artikel 21 van de wet van 13 juni 2005):

“Art. 21. § 1. Wanneer de verlening van het aantal gebruiksrechten voor radiofrequenties die geheel of gedeeltelijk gebruikt worden voor elektronische-communicatiediensten die aan het publiek worden aangeboden, moet worden beperkt, verleent het Instituut die rechten op basis van objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige selectiecriteria.”

54. Zelfs indien het BIPT buiten het kader van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 en van artikel 18§1 van de wet van 13 juni 2005 zelf voorwaarden zou kunnen bepalen voor de beoordeling van de aanvragen tot uitbreiding van verzoekster - *quod non* - dan heeft het BIPT dat in ieder geval niet gedaan op basis van objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige selectiecriteria.

55. Het BIPT heeft de toepassing van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 geweigerd omdat:

- Er een “gelijkaardige aanvraag” zou bestaan van een andere operator;
- De aanvraag van verzoekster van een “totale andere grootteorde” is ten opzichte van vroeger, en
- Het BIPT twijfels heeft aangaande de “operationele capaciteit” en “intenties” van verzoekster

Het BIPT laat tenslotte de uitbreiding afhangen van een “onderhoud” tussen operatoren om “tot een onderling akkoord te komen”.

Geen van deze selectiecriteria zijn objectief, transparant, niet-discriminerend en evenredig.

D. VIERDE MIDDEL: ONDERGESCHIKT: SCHENDING VAN ARTIKEL 6, 4° VAN DE WET VAN 13 JUNI 2005 DOOR NIET TE ZORGEN VOOR EEN EFFICIËNT BEHEER VAN DE RADIOFREQUENTIES

56. Het BIPT moet aan efficiënt beheer van de radiofrequenties doen, aldus artikel 6 van de wet van 13 juni 2005:

“Bij de uitvoering van de taken die aan het Instituut krachtens deze wet zijn opgelegd, bevordert het de concurrentie bij de levering van elektronische communicatie-netwerken, van elektronische-communicatiediensten en van bijbehorende faciliteiten op de volgende wijze:

[...]

4° het bevordert efficiënt gebruik en zorgt voor een efficiënt beheer van de radiofrequenties en de nummervoorraad.”

57. Door de toevoeging van extra gemeenten te weigeren in het spectrum waarvoor verzoekster reeds gebruiksrechten tot 2025 heeft, zorgt het BIPT in feite niet voor een efficiënt beheer van de radiofrequenties.

58. Op heden hebben dus enkel verzoekster en Gridmax gebruiksrechten in de 3,5 GHz-band. Voor de rest is deze band volledig leeg.

59. Verzoekster wil haar gebruiksrechten uitbreiden, maar het BIPT weigert dit in strijd met alle toepasselijke bepalingen. Het BIPT zorgt er dus voor dat een groot deel van het vrije spectrum binnen de 3,5 GHz-band niet gebruikt kan worden.

60. Dit kan niet gekwalificeerd worden als een efficiënt beheer van radiofrequenties door het BIPT en maakt aldus een schending uit van artikel 6, 4° van de wet van 13 juni 2005.

**OM DEZE REDENEN,
BEHAGE HET AAN HET MARKTENHOF,**

Om het hoger beroep van verzoekster ontvankelijk en gegrond te verklaren en vervolgens,

Besluit van het BIPT van 26 juni 2020 betreffende de uitbreiding van de gebruiksrechten van Citymesh in de 3,5 GHz frequentieband naar alle gemeenten op het Belgische grondgebied, te vernietigen;

Het BIPT in ieder geval te veroordelen tot betaling van alle gerechtskosten aan verzoekster, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding.

Brussel, 28 augustus 2020

Voor Citymesh NV,
Haar raadslieden,

Gerrit VANDENDRIESSCHE

Anne-Sophie RAXHON