

**VERZOEKSCRIFT TOT HOGER BEROEP, OVEREENKOMSTIG ARTIKEL 2
VAN DE WET VAN 17 JANUARI 2003 BETREFFENDE DE RECHTSMIDDELEN
EN DE GESCHILLENBEHANDELING N.A.V. DE WET VAN 17 JANUARI 2003
M.B.T. HET STATUUT VAN DE REGULATOR VAN DE BELGISCHE POST- EN
TELECOMMUNICATIESECTOR**

Aan de heer Voorzitter, de dames en heren Raadsheren bij het Hof van Beroep te Brussel,

Geeft u met eerbied te kennen,

I. APPELLANTE

De naamloze vennootschap **Telenet Tecteo Bidco**, met maatschappelijke zetel te 2800 Mechelen, Liersesteenweg 4, ingeschreven in de Kruispuntbank der Ondernemingen onder het nummer 835.821.779, en vertegenwoordigd door mevrouw Birgit Conix en de heer Luc Machtelinckx, bestuurders,

hierna "**Bidco**" genoemd,

in het kader van huidige procedure bijgestaan en vertegenwoordigd door Mtrs. Yvan Desmedt en Karl Stas, advocaten, kantoor houdende te 1000 Brussel, Regentschapsstraat 4;

II. GEÏNTIMEERDE

Het **Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie**, met zetel te 1030 Brussel, Koning Albert II-laan 35, Ellipse Building, Gebouw C,

hierna "**BIPT**" genoemd.

III. BESTREDEN BESLISSING

De brief van het BIPT van 27 juni 2014 met onderwerp "2100 MHz frequenties Telenet Tecteo Bidco NV" en met kenmerk "14/FRE/2012-002514-67567BWM/MOB/400/UMTS" (hierna de "**Bestreden Beslissing**").

IV. RECHTSMACHT IN HOGER BEROEP

Het Hof van Beroep te Brussel, _____ kamer zetelend met drie raadsheren en rechtsprekend zoals in kortgeding.

V. PLAATS VAN VERSCHIJNING

Het Hof van Beroep te Brussel, _____ kamer, te Justitiepaleis, Poelaertplein, 1000 Brussel.

VI. DATUM EN UUR VAN VERSCHIJNING

Op _____ om _____ u _____.

VII. AARD VAN HET GEDING

Telecommunicatie – Beroep tegen een besluit van het BIPT, 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 – Exclusieve bevoegdheden van het Hof van Beroep te Brussel, **code I.1.a.**

VIII. FEITEN

- 1 Het koninklijk besluit van 18 januari 2001 tot vaststelling van het bestek en van de procedure tot toekenning van vergunningen voor de mobiele telecommunicatiesystemen van de derde generatie (hierna het “KB 3G”) voorzag dat vier operatoren gebruiksrechten zouden kunnen verwerven in de 2.1 GHz-frequentieband van het radiospectrum, met het oog op het verschaffen van mobiele telecommunicatiediensten van de derde generatie. Daartoe werd het beschikbare spectrum verdeeld in vier loten (A, B, C en D).
- 2 In het kader van de eerste door het BIPT georganiseerde toekenningsprocedure dienden er zich echter slechts drie kandidaten aan, namelijk de drie gevestigde mobiele operatoren Belgacom Mobile (Proximus), Mobistar en KPN Group Belgium (thans BASE Company). Loten A, B en D, van 15 MHz duplex elk, werden toegekend aan respectievelijk Belgacom, BASE Company en Mobistar, terwijl het iets kleinere lot C (van 14.8 MHz duplex), bij gebrek aan een vierde kandidaat, ongebruikt bleef.
- 3 Op 15 maart 2011 heeft het BIPT een oproep tot het indienen van kandidaturen gepubliceerd in verband met de veiling van het ongebruikte lot C, dat voor de gelegenheid opgesplitst werd in drie loten (C1, C2 en C3) van respectievelijk 5 MHz, 5 MHz en 4.8 MHz duplex. Er werd slechts één kandidatuur ingediend (voor het volledige lot C) door Bidco, een *joint venture* tussen de Vlaamse kabeloperator Telenet en de Waalse kabeloperator Tecteo.
- 4 Bij besluit van 14 juli 2011 heeft het BIPT de “vierde 3G-vergunning” (d.w.z. het volledige lot C) toegekend aan Bidco.¹ Dit besluit werd op 15 juli 2011 aan Bidco betekend.
- 5 Met lot C1 was een optierecht verbonden om eveneens gebruiksrechten te verwerven in de frequentiebanden van 900 MHz en 1800 MHz vanaf 27 november 2015 (artikel 64

¹ Besluit van de Raad van het BIPT van 14 juli 2011 betreffende de toekenning aan Telenet Tecteo Bidco van gebruiksrechten voor de frequentieband 1950,1-1965,9/2140,1-2154,9 MHz (3G-vergunning) voor het aanbieden van elektronische communicatiediensten op het Belgische grondgebied. Dit besluit is op 4 december 2012 vernietigd door het hof van beroep te Brussel. Op 10 december 2012 heeft het BIPT een vernieuwingsbesluit aangenomen met terugwerkende kracht.

van het KB 3G). Bij brief van 8 augustus 2011 liet Bidco aan het BIPT weten dat het van dit optierecht gebruik wilde maken.

- 6 Hoewel Bidco zich kandidaat heeft gesteld voor het verwerven van het lot C, heeft zij van meet af aan, en nog voor de effectieve toekenning ervan, belangrijke reserves geuit over de mogelijkheid om de betrokken frequenties te exploiteren. **[VERTROUWELIJK]**
- 7 **[VERTROUWELIJK]**, hebben Telenet en Tecteo beslist om hun mobiele activiteiten verder te ontwikkelen als volwaardige MVNO's (*mobile virtual network operators*) op het netwerk van één van de MNO's. Zodoende werd de bestaande MVNO-overeenkomst tussen Telenet en Mobistar in 2012 nog eens verlengd voor vijf jaar, dus tot 2017.² Via een partnership met Telenet kan Tecteo (VOO) ook gebruik maken van deze overeenkomst om mobiele diensten aan te bieden.
- 8 **[VERTROUWELIJK]**
- 9 Gelet op deze omstandigheden, heeft Bidco in een brief van 14 december 2012 het BIPT verzocht om uitstel zowel wat betreft de uiterste datum voor de commerciële lancering van haar dienst overeenkomstig artikel 4, §1 van het KB 3G en wat betreft de kalender voor het bereiken van bepaalde dekkningsniveaus van de Belgische bevolking overeenkomstig artikel 3, §1 van het KB 3G. Het BIPT heeft dit verzoek geweigerd bij besluit van 5 april 2013.³ Op 6 juni 2013 heeft Bidco bij Uw Hof beroep aangetekend tegen deze weigering, die door Bidco als onredelijk en bijgevolg onwettig wordt beschouwd.
- 10 Bij besluit van 28 juni 2013 heeft het BIPT bovendien een boete opgelegd aan Bidco wegens het niet naleven van de verplichting om een commerciële dienst aan te bieden tegen 15 januari 2013 (artikel 4, §1, van het KB 3G). De beslissing legt eveneens een termijn van 6 maanden op om een einde te maken aan de overtreding. Het BIPT motiveerde deze beslissing als volgt: *“Doordat Bidco geen diensten aanbiedt, schermt het hoogwaardige frequenties af voor eventueel andere belangstellenden zonder dat voor de gebruikers daaruit enig nut voortspuit”*.⁴ Bidco heeft op 26 augustus 2013 tegen deze beslissing beroep aangetekend. De zaak is momenteel nog hangende voor Uw Hof.
- 11 Op 13 februari 2014 heeft Bidco het BIPT laten weten dat zij als gevolg van de hiervoor beschreven ontwikkelingen genooddaakt zou zijn om de aan haar toegekende gebruiksrechten voor spectrum in de 2.1 GHz-frequentiebanden terug te geven. Per aangetekende brief van 30 mei 2014 heeft Bidco vervolgens bevestigd dat zij de betrokken gebruiksrechten per 1 juni 2014 teruggaf aan het BIPT.
- 12 Wat betreft het optierecht op frequenties in de 900 MHz- en 1800 MHz-frequentiebanden, heeft Bidco al bij brief van 12 december 2013, vooraleer er ook maar enige maatregel

² Telenet heeft reeds in 2006 een MVNO-overeenkomst afgesloten met Mobistar op basis waarvan zij ook mobiele diensten kan verschaffen.

³ Besluit van de Raad van het BIPT van 5 april 2013 betreffende de weigering aan Telenet-Tecteo Bidco van uitstel voor het commerciële aanbod van de 3G-dienst uiterlijk 15 januari 2013 en van uitstel voor de dekkningsniveaus van de Belgische bevolking na 3, 4 en 5 jaar na de kennisgeving van de 3G-vergunning.

⁴ Besluit van de Raad van het BIPT van 28 juni 2013 betreffende het opleggen van een administratieve boete aan Telenet-Tecteo Bidco wegens het niet naleven van artikel 4, §1 van het koninklijk besluit van 18 januari 2001 tot vaststelling van het bestek en van de procedure tot toekenning van vergunningen voor de mobiele telecommunicatiesystemen van de derde generatie en het opleggen van een termijn om een einde te maken aan het niet naleven daarvan, p. 9.

was getroffen met betrekking tot de toekenning van de betrokken frequenties in 2015, aan het BIPT laten weten dat zij van dit recht afzag. In antwoord op deze brief heeft het BIPT op 27 december 2013 al laten verstaan dat het “meende” dat de beslissing van BidCo haar niet zou bevrijden van de verplichting om de enige heffing te betalen. Het BIPT gaf echter aan dat het “oplossingen [zou] zoeken die de negatieve gevolgen” zoveel mogelijk zouden beperken.

- 13 Van 8 januari 2014 tot 22 januari 2014 heeft het BIPT een openbare raadpleging gehouden over een ontwerp van koninklijk besluit dat de herverdeling van de frequenties in de 900 MHz- en 1800 MHz-frequentiebanden vanaf 27 november 2015 regelt. Dit koninklijk besluit is vervolgens op 10 april 2014 aangenomen en op 6 juni 2014 in het *Belgisch Staatsblad* gepubliceerd.⁵ Het BIPT heeft ook al een informatiememorandum gepubliceerd over de procedure voor de toewijzing van beschikbare gebruiksrechten voor de 900 MHz- en 800 MHz-banden voor de periode vanaf 27 november 2015.⁶ Verwacht wordt dat het BIPT de procedure voor de toewijzing van het spectrum in het najaar van 2014 zal opstarten, zodat de continuïteit na 26 november 2015 in principe verzekerd is.
- 14 Van 13 juni 2014 tot 11 juli 2014 heeft het BIPT ook een openbare raadpleging georganiseerd, dit keer over een ontwerpbesluit van de Raad van het BIPT “betreffende de teruggave van de 3G-vergunning van Telenet Tecteo Bidco”⁷. Dit ontwerpbesluit stelt dat Bidco niet langer over gebruiksrechten krachtens het KB 3G beschikt en heft punt 5.4 van het besluit van de Raad van het BIPT van 16 november 2011 betreffende de verdeling van het spectrum in de 900 MHz-, 1800 MHz- en 2.1 GHz-band op. Dit punt 5.4 bepaalt dat “de frequentiebanden 1950,1-1964,9 / 2140,1-2154,9 worden toegewezen aan Telenet-Tecteo Bidco”. Hiermee wordt dus in feite de 3G-vergunning van Bidco (d.w.z. haar gebruiksrechten in de 2.1 GHz-frequentiebanden) ingetrokken.
- 15 Met de bestreden brief van 27 juni 2014 heeft het BIPT geantwoord op Bidco’s brief van 30 mei 2014, waarbij Bidco definitief bevestigt dat zij haar gebruiksrechten voor frequenties in de 2.1 GHz-band teruggaaf aan het BIPT. In dit antwoord stelt het BIPT voor het eerst onomwonden dat Bidco zowel het nog verschuldigde deel van de enige heffing voor de frequenties in de 2.1 GHz-frequentiebanden als de volledige enige heffing voor de frequenties in de 900 MHz- en de 1800 MHz-band moet betalen,⁸ en vraagt het Bidco om te bevestigen hoe het beide heffingen wenst te betalen (in één keer of in jaarlijkse schijven). Deze brief is de aangevochten beslissing.
- 16 Op 23 juli 2014 tenslotte heeft het BIPT een besluit gepubliceerd dat voorziet in een tussentijdse verdeling van het spectrum in de 1800 MHz-band tussen de drie bestaande operatoren (Belgacom, Mobistar en Base) voor de periode tot en met 26 november 2015.

⁵ Koninklijk besluit van 10 april 2014 tot wijziging van het koninklijk besluit van 7 maart 1995 betreffende het opzetten en exploiteren van GSM-mobilofonienetten en van het koninklijk besluit van 24 oktober 1997 betreffende het opzetten en de exploitatie van DCS-1800-mobilofonienetten, *B.S.* 6 juni 2014, p. 43.587 (hierna “het KB van 10 april 2014”).

⁶ BIPT, Procedure voor toewijzing van beschikbare gebruiksrechten voor de 900 MHz- en 1800 MHz-band – Informatiememorandum. Meer recent heeft het BIPT ook een document met “vragen en antwoorden” over de toekenningsprocedure gepubliceerd.

⁷ Ontwerp van besluit van de Raad van het BIPT betreffende de teruggave van de 3G-vergunning van Telenet Tecteo Bidco.

⁸ Zoals hoger al vermeld heeft het BIPT in zijn brief van 27 december 2013 al laten verstaan dat het “meende” dat de beslissing van Bidco om af te zien van de optie op spectrum in de 900 MHz en de 1800 MHz banden haar niet zou bevrijden van de verplichting om de enige heffing te betalen.

Opvallend is dat het BIPT in dit besluit ook al beslist over de toewijzing aan Belgacom, Mobistar en Base van het spectrum in de 1800 MHz-banden voor de periode van 27 november 2015 tot 15 maart 2021, in de veronderstelling dat deze drie operatoren alle drie kandidaat zullen zijn en geen andere operator spectrum zal verkrijgen tijdens de toewijzingsprocedure waarin het koninklijk besluit van 10 april 2014 voorziet. Belgacom, Mobistar en Base zouden dan elk 24,8 MHz duplex (124 kanalen) krijgen in een aaneensluitend blok. De 900 MHz- en 1800 MHz-frequenties die vrijkomen door Bidco's verzaking aan haar optierecht zullen dus herverdeeld worden tussen de drie bestaande mobiele netwerkoperatoren, en het BIPT gaat er zelf niet van uit dat er zich nog een andere kandidaat zou aandienen voor het beschikbare spectrum. Dit bevestigt nogmaals dat de continuïteit na 26 november 2015 verzekerd is.

IX. IN RECHTE

A. ONTVANKELIJKHEID

1. Ontvankelijkheid *ratione materiae*

- 17 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 bepaalt dat tegen besluiten van het BIPT beroep met volle rechtsmacht kan ingesteld worden bij het Hof van Beroep te Brussel, rechtsprekend zoals in kortgeding. De vraag rijst dus of de brief van het BIPT van 27 juni 2014 kan beschouwd worden als een "besluit" in de zin van deze bepaling.
- 18 Formeel dient de brief zich niet aan als een besluit van het beslissingsorgaan van het BIPT(de Raad). De brief draagt niet het opschrift "besluit van de Raad van het BIPT", is slechts ondertekend door twee leden van de Raad en vermeldt niet de beroepsmogelijkheden. Uw Hof heeft in het verleden echter al geoordeeld dat een eenvoudige brief van het BIPT in bepaalde gevallen vatbaar kan zijn voor hoger beroep.
- 19 Volgens de rechtspraak van Uw Hof, dat daarin de rechtspraak van de Raad van State volgt, is een handeling vatbaar voor hoger beroep indien zij dwingende rechtsgevolgen produceert die van aard zijn de belangen van de appellante te raken. De omstandigheid dat de bestreden handeling eveneens een procedure opent, aan het einde waarvan het BIPT kan beslissen om een boete op te leggen, ontnemt haar dus niet het karakter van handeling die vatbaar is voor beroep.⁹ Volgens vaste rechtspraak van de Raad van State is elke handeling, die zelf rechtsgevolgen sorteert en die een onmiddellijk en rechtstreeks nadeel berokkent aan de verzoekende partij, in principe vatbaar voor hoger beroep.¹⁰
- 20 Het zou natuurlijk niet opgaan dat het BIPT Bidco zou beletten om in rechte tegen een akte op te komen die naar inhoud een "besluit" is (d.w.z. een akte die rechtsgevolgen sorteert en de belangen van Bidco raakt), door de formele en procedurele vereisten die voor een besluit van zijn beslissingsorgaan (de Raad) gelden te miskennen. Zulke een

⁹ Brussel, 15 september 2005, zaak nr. 2004/AR/2216. Vrije vertaling van: "L'acte est donc attaquant en ce qu'il produit des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts de Belgacom Mobile. La circonstance que l'acte attaqué constitue également un acte ouvrant la procédure aux termes de laquelle l'IBPT peut décider d'infliger une amende, ne prive dès lors pas l'acte de son caractère attaquant".

¹⁰ Zie bijvoorbeeld RvS nr. 216.039 van 27 oktober 2011, n.v. SEFACO e.a. t. gemeente Schilde.

onregelmatig besluit zou dan immers nooit aanvechtbaar zijn, onder het mom dat het (althans formeel) geen “besluit” is. Om te bepalen of de brief van 27 juni 2014 een “besluit” vormt in de zin van artikel 2 van voornoemde wet van 17 januari 2003, moet dus naar de inhoud van de brief gekeken worden.

- 21 De bestreden brief van 27 juni 2014 kan o.i. op twee manieren gelezen worden. Ofwel beschouwt men dat het louter gaat om een “opinie” van het BIPT met betrekking tot de wettelijke verplichtingen van Bidco, of nog om een “verwittiging” of “aansporing” aan het adres van Bidco om de enige heffingen voor de frequenties in de 2.1 GHz- en de 900 MHz- en 1800 MHz- frequentiebanden te betalen, zonder dat dit – althans voor wat betreft de enige heffing voor de frequenties in de 900 MHz- en 1800 MHz-banden – rechtstreeks en onmiddellijk tot gevolg heeft dat de heffing verschuldigd is.¹¹ In dat geval heeft de brief geen (althans geen definitieve) rechtsgevolgen die de belangen van de geadresseerde raken en zou de brief derhalve geen aanvechtbare rechtshandeling zijn.
- 22 De brief kan echter ook opgevat worden als een soort ingebrekestelling om de enige heffingen binnen de in de brief met precisie aangegeven termijnen te betalen (of te blijven betalen).¹² In dat geval sorteert de brief zelf wel degelijk rechtsgevolgen en is hij als dusdanig vatbaar voor beroep, ook al vormt hij eveneens de eerste stap in de procedure tot inning van de heffingen.
- 23 Bidco beschouwt dat de tweede interpretatie van de brief de meest plausibele is, nu de brief nauwkeurig de bedragen vermeldt die Bidco zou moeten betalen, en binnen welke termijnen, en er dus geen twijfel over laat bestaan dat het BIPT vastbesloten is om de enige heffingen te innen, desnoods met dwangmiddelen. De brief nodigt Bidco uit om uiterlijk tegen 15 november 2014 en 1 december 2015 te laten weten hoe zij respectievelijk het saldo van de enige heffing voor de frequenties in de 2.1 GHz-band en de enige heffing voor de frequenties in de 900 MHz- en 1800 MHz-banden wenst te betalen. Bovendien duidt de brief nauwkeurig de vervaldagen aan waartegen deze heffingen uiterlijk betaald moeten worden. Indien Bidco de heffingen tegen die vervaldagen niet of niet volledig zou betalen, is het allerminst zeker dat de Raad van het BIPT nog een formeel besluit zal aannemen alvorens over te gaan tot gedwongen uitvoering.¹³
- 24 Om haar rechten te vrijwaren, beschouwt Bidco dan ook dat het geen keuze heeft om ten bewarende titel tegen de brief van 27 juni 2014 beroep aan te tekenen.

2. Ontvankelijkheid *ratione temporis*

- 25 Artikel 2, §2 van de Wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de Wet van 17 januari 2003 met betrekking

¹¹ Cf. RvS nr. 120.075 van 28 mei 2003, bvba Behang- en Verfcentrale J. en F. De Laet t. Vlaams Gewest.

¹² In het bijzonder waar de brief stelt dat Bidco “*de volledige enige heffing voor de banden van 900 MHz en 1800 MHz [...] verschuldigd [is], sinds het aan het BIPT heeft laten weten dat het de mogelijkheid wilde benutten om in die frequentiebanden gebruiksrechten te verwerven. Bidco moet de integraliteit van de enige heffing betalen voor zijn gebruiksrechten in de 900 MHz en de 1800 MHz band tussen 27 november 2015 en 15 maart 2021 [...]. Bidco moet aan het BIPT zijn keuze laten weten over hoe het wil betalen [...] en dit uiterlijk op 1 december 2015.*”

¹³ Krachtens artikel 3 van de domaniale wet van 22 december 1949 is het bestuur van domeinen namelijk bevoegd om iedere aan de Staat of aan Staatsorganismen verschuldigde som in te vorderen door middel van een dwangbevel, betekend bij deurwaardersexploot.

tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector bepaalt dat het beroep ingesteld wordt binnen een termijn van zestig dagen na de kennisgeving van het besluit of bij gebreke aan een kennisgeving, na de publicatie van het besluit of bij gebreke aan een publicatie, na de kennisname van het besluit.

- 26 De brief werd per gewone post naar de maatschappelijke zetel van Bidco gestuurd. Aangezien overeenkomstig artikel 3 van voornoemde wet van 17 januari 2003 het Gerechtelijk Wetboek alle aspecten van de beroepsprocedure regelt die niet behandeld worden door de wet zelf, kunnen we er dus vanuit gaan dat de termijn moet berekend worden vanaf de derde werkdag die volgt op die waarop de brief aan de postdiensten overhandigd werd (artikel 53bis Ger. W.), d.i. ten vroegste op 2 juli 2014 (in de veronderstelling dat de brief op 27 juni 2014 aan de postdiensten werd aangeboden). Dit betekent dat het beroep *in casu* uiterlijk op 1 september 2014 moet ingediend worden.
- 27 Onderhavig verzoekschrift werd dus ingediend binnen de termijn.

B. TEN GRONDE

1. Beperking van de draagwijdte van het verzoek tot vernietiging

- 28 De verzoekende partij beperkt het voorwerp van onderhavig beroep vrijwillig tot de nietigverklaring van de Bestreden Beslissing voor zover deze Bidco verplicht om de enige heffing te betalen voor de gebruiksrechten in de 900 MHz- en 1800 MHz-frequentiebanden die haar nooit werden toegekend en ook nooit zullen worden toegekend.
- 29 Wat de toegekende gebruiksrechten in de 2.1 GHz-frequentiebanden betreft, behoudt Bidco zich het recht voor om de redelijkheid en wettigheid van de heffing aan te vechten indien de betrokken frequenties aan een andere operator zouden toegekend worden voor de resterende periode tot 15 maart 2021.

2. Eerste middel: Schending van artikelen 16 en 17 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector en van het huishoudelijk reglement van het BIPT

- 30 Artikel 16 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (hierna “BIPT-wet”) bepaalt dat de Raad het beslissingsorgaan is van het BIPT en dat de Raad alleen bij eenparige beslissing zijn bevoegdheden aan één of meer van zijn leden kan overdragen.
- 31 Uit artikel 17, §1 van de BIPT-wet volgt dat de Raad samengesteld is uit vier leden, waaronder de voorzitter, en dat de Raad beslist bij meerderheid van stemmen. Bij staking van stemmen geeft de stem van de voorzitter de doorslag.
- 32 Het koninklijk besluit van 19 april 2014 betreffende het huishoudelijk reglement van de Raad van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (hierna “Huishoudelijk Reglement”) schrijft voor dat de Raad alleen maar kan beslissen over punten die op de agenda staan van een regelmatig samengeroepen vergadering (artikelen 5-6). De Raad kan enkel geldig beslissen indien ten minste drie van zijn leden aanwezig zijn, en alle aanwezige leden dienen hun stem uit te brengen (artikel 7, §§1 en 3).
- 33 De Bestreden Beslissing is ondertekend door twee leden van de Raad van het BIPT, waaronder de voorzitter. Er is geen enkele aanwijzing dat de Raad over de Bestreden Beslissing beraadslaagd heeft en dat de voorschriften van het Huishoudelijk Reglement daarbij gerespecteerd zijn. Tot bewijs van het tegendeel moet dus aangenomen worden

dat de Beslissing niet op regelmatige wijze is tot stand gekomen en bijgevolg geen geldige beslissing is van de Raad, het beslissingsorgaan van het BIPT.

34 Bijgevolg is het eerste middel gegrond.

3. Tweede middel: Schending van de verplichting om de audiovisuele regulatoren van de Gemeenschappen te raadplegen

- 35 In België zijn de gemeenschappen bevoegd voor de radio-omroep en de televisie (artikel 4, 6° van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, hierna “BWHI”). De wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna “Telecomwet”) bepaalt dan ook dat het BIPT, in zijn hoedanigheid van federale regulator, enkel bevoegd is voor elektronische communicatienetwerken voor zover zij gebruikt worden voor de transmissie van andere signalen dan radio-omroep- en televisiesignalen, en voor elektronische communicatiediensten met uitzondering van radio-omroep en televisie (artikel 2, 3° en 5° van de Telecomwet). De bevoegdheid voor elektronische communicatienetwerken voor zover zij gebruikt worden voor de overdracht van signalen van radio-omroep en televisie, en voor elektronische communicatiediensten die geheel of hoofdzakelijk bestaan in het overbrengen van signalen van radio-omroep en televisie via elektronische communicatienetwerken, komt toe aan de omroepregulatoren van de Gemeenschappen (zie bijvoorbeeld artikel 2, 8° en 9° van het Vlaamse Mediadecreet van 27 maart 2009).
- 36 Mobiele netwerken kunnen, net als vaste netwerken, niet alleen gebruikt worden voor de overdracht van spraaktelefonie, tekstberichten en data, maar ook voor de transmissie van radio-omroep- en televisiesignalen en andere audiovisuele “content”. Dit geldt in het bijzonder wanneer het gaat om mobiele telecommunicatiesystemen van de derde generatie zoals UMTS. De Belgische regelgeving laat thans het gebruik van dergelijke “3G”-technologie toe zowel in de 2.1 GHz-frequentiebanden als in de 900 MHz-frequentiebanden.
- 37 Artikel 3, §4 van de Kaderrichtlijn bepaalt dat, wanneer de taken van nationale regelgevende instantie voor elektronische communicatienetwerken en –diensten aan meer dan één lichaam worden toegewezen, de lidstaten moeten zorgen voor overleg en samenwerking tussen die instanties onderling. Bovendien heeft het Grondwettelijk Hof in een arrest van 14 juli 2004 geoordeeld dat “*de bevoegdheden van de federale Staat en de gemeenschappen [...] inzake elektronische communicatie-infrastructuur, ten gevolge van de technologische evolutie, dermate verweven [zijn] geworden dat zij niet meer dan in onderlinge samenwerking kunnen worden uitgeoefend*”.¹⁴ In dit geval betreft de beslissing gebruiksrechten voor radiofrequenties, die de houder in staat stellen mobiele communicatiediensten en –netwerken te exploiteren. Aangezien mobiele netwerken ook kunnen gebruikt worden voor de transmissie van omroepsignalen, moeten beslissingen dienaangaande dus genomen worden in overleg en samenwerking tussen de federale telecomregulator BIPT en de audiovisuele regulatoren van de Gemeenschappen.
- 38 Artikel 14, §2, 2°, f van de BIPT-wet bepaalt dat het BIPT samenwerkt en informatie verstrekt aan de regulerende instanties van de Gemeenschappen en Gewesten en dit volgens de nadere regels die werden afgesproken in samenwerkingsakkoorden met deze beleidsniveaus. Artikel 14, §2, 5° van de BIPT-wet bepaalt voorts dat het BIPT enkel besluiten kan nemen met betrekking tot communicatienetwerken waarvoor de

¹⁴ Grondwettelijk Hof, nr. 132/2004 van 14 juli 2004, B.6.2.

gemeenschappen eveneens bevoegd zijn nadat er omtrent de uitoefening van bevoegdheden met betrekking tot deze elektronische communicatienetwerken een samenwerkingsakkoord met de Gemeenschappen in werking is getreden. In uitvoering van deze bepalingen werd het Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 (hierna het “Samenwerkingsakkoord”) afgesloten.¹⁵ Artikel 3 van het Samenwerkingsakkoord bepaalt dat elke ontwerpbeslissing van een regulerende instantie die betrekking heeft op elektronische communicatienetwerken (zonder enige uitzondering) door de desbetreffende instantie moet overgemaakt worden aan de andere regulerende instanties, die vervolgens over een termijn van veertien kalenderdagen beschikken om hun opmerkingen over te maken. Elk van de regulerende instanties die geconsulteerd worden kunnen dan op gemotiveerde wijze vragen dat de ontwerpbeslissing aanhangig zou gemaakt worden bij de Conferentie van Regulators voor de elektronische Communicatiesector (CRC).

- 39 In dit geval blijkt nergens uit dat het BIPT de hierboven beschreven procedure heeft gevolgd. Bijgevolg kunnen we alleen maar besluiten dat het BIPT artikel 14, §2, 3° en 5° van de BIPT-wet en artikel 3 van het Samenwerkingsakkoord schendt. Artikel 3 van het Samenwerkingsakkoord in het bijzonder laat er geen twijfel over bestaan dat de consultatieplicht geldt voor *elke* ontwerpbeslissing betreffende elektronische communicatienetwerken. Nu het bezit van gebruiksrechten voor radiofrequenties een *conditio sine qua non* is om een mobiel telecommunicatienetwerk te kunnen uitbaten, is het duidelijk dat de Bestreden Beslissing betrekking heeft op elektronische communicatienetwerken in de zin van dit artikel.
- 40 Bovendien is de verplichting om de gemeenschapsregulators te raadplegen van openbare orde, aangezien zij uitvoering geeft aan de regels inzake de bevoegdheidsverdeling tussen de Federale Staat en de Gemeenschappen (in het bijzonder artikel 4, 6° BWHI).¹⁶
- 41 Bijgevolg is het tweede middel gegrond.

4. Derde middel: Schending van artikel 19 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector en van de hoorplicht (*audi et alteram partem*)

- 42 De hoorplicht (*audi et alteram partem*) is een door de rechtspraak van de Raad van State erkend algemeen beginsel van behoorlijk bestuur, dat inhoudt dat het bestuur geen beslissing mag nemen die een rechtsonderhorige een meer dan gering nadeel zou berokkenen, zonder de betrokkene eerst de gelegenheid te geven zijn zienswijze aangaande de voorgenomen maatregel naar voor te brengen.¹⁷ Artikel 19 van de BIPT-wet gaat echter nog verder, aangezien het bepaalt dat de Raad “*elke persoon die rechtstreeks en persoonlijk bij een besluit betrokken is, de gelegenheid [biedt] om vooraf*

¹⁵ Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de Federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franstalige Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap betreffende het wederzijds consulteren bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie en radio-omroep en televisie, *B.S.* 28 december 2006, p. 75.371.

¹⁶ Brussel 22 september 2009, zaak nr. 2008/AR/3257, punt 31.

¹⁷ Zie o.a. RvS nr. 133.649 van 8 juli 2004, Caluwaerts t. Belgische Staat.

gehoord te worden". Artikel 19 vereist dus zelfs niet dat de voorgenomen beslissing de betrokkene benadeelt.

- 43 In dit geval is Bidco niet door het BIPT gehoord voorafgaand aan de beslissing. Deze vaststelling volstaat op zich om te besluiten dat de Bestreden Beslissing artikel 19 van de BIPT-wet schendt.
- 44 Bovendien kan niet redelijkerwijs betwist worden dat Bidco "in meer dan geringe mate" benadeeld wordt door de beslissing van het BIPT dat Bidco de volledige enige heffing dient te betalen voor gebruiksrechten in de 900 MHz- en 1800 MHz-frequentiebanden, hoewel zij ruim op voorhand aan haar optie op die gebruiksrechten verzaakt heeft en bovendien de toewijzing van de betrokken rechten aan andere operatoren voor de periode na 26 november 2015 al bij KB geregeld is. Dit betekent immers dat Bidco liefst € 31.507.311,10 zou moeten betalen voor gebruiksrechten waarvan nu al vaststaat dat ze nooit aan Bidco toegekend zullen worden. De Bestreden Beslissing miskent bijgevolg ook de hoorplicht.
- 45 Bijgevolg is het derde middel gegrond.

5. Vierde middel: Schending van artikel 30 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie

- 46 Artikel 30, §1/1, eerste lid van de Telecomwet bepaalt dat "operatoren aan wie het is toegestaan om over gebruiksrechten voor radiofrequenties te beschikken [...] bij de aanvang van de geldigheidsduur van de gebruiksrechten onder andere een enige heffing [dienen] te betalen" (wij onderlijnen). De enige heffing is dus pas verschuldigd bij aanvang van de geldigheidsduur van de betrokken gebruiksrechten. De voorbereidende werken van de wet van 15 maart 2010 tot wijziging van artikel 30 van de Telecomwet bevestigen dat "de enige heffing integraal verschuldigd is bij de aanvang van het frequentiegebruik" (wij onderlijnen).¹⁸ De enige heffing is dus *niet* verschuldigd vóór de aanvang van de geldigheidsduur / het frequentiegebruik. Blijft de aanvang van de geldigheidsduur / het frequentiegebruik uit, dan materialiseert uiteraard ook de betalingsplicht zich niet.¹⁹
- 47 Men kan niet beschouwen dat Bidco, door gebruik te maken van de mogelijkheid die artikel 64, tweede lid van het KB 3G haar bood om gebruiksrechten te verwerven in de 900 MHz- en 1800 MHz-frequentiebanden, deze gebruiksrechten al heeft toegekend gekregen. Bovendien is het duidelijk dat Bidco deze gebruiksrechten ook nooit toegekend zal krijgen.
- 48 Ten eerste is het evident dat de betrokken gebruiksrechten pas op 27 november 2015 aan Bidco zouden (en konden) toegewezen worden. Artikel 64, tweede lid van het KB 3G is geformuleerd als volgt:

"De 3G-operator die op 1 januari 2010 nog geen 3G-operator was en die frequentieblok 1950,1-1955,1/2140,1-2145,1 MHz

¹⁸ *Parl. St.* (Kamer) 2009-2010, nr. 2401/001, p. 4.

¹⁹ Het BIPT heeft in een besluit van 3 oktober 2011 betreffende de aanvang van de geldigheidsduur van de gebruiksrechten in de frequentieband 2500-2690 MHz (4G-vergunning) trouwens zelf uitdrukkelijk gesteld dat de betaling niet kan vereist worden voor de aanvang van de geldigheidsduur. Dit besluit is beschikbaar op de website van het BIPT, <http://www.ibpt.be/nl/operatoren/radio/gebruiksrechten/voltooidetoewijzingsprocedures/2-6-ghz-band/besluit-van-bipt-van-3-oktober-aangaande-de-aanvang-van-de-geldigheidsduur-van-de-4g-vergunningen>.

[d.i. lot C1] toegewezen krijgt, kan 4,8 MHz duplex toegewezen krijgen in de banden 880-915 MHz en 925-960 MHz. Hij meldt binnen 30 dagen na de kennisgeving vermeld in artikel 63 aan het Instituut of hij al dan niet van deze mogelijkheid gebruik wil maken. Indien de operator daarvoor opteert, worden hem ook frequenties toegewezen overeenkomstig artikel 8, §2bis, van het koninklijk besluit van 24 oktober 1997 betreffende het opzetten en de exploitatie van DCS1800-mobilofonienetten” (wij onderlijnen).

Hoewel deze bepaling stipuleert dat, wanneer de vierde 3G-operator de optie licht, hem “frequenties toegewezen worden”, betekent dit niets meer dan dat deze operator het recht heeft om zich vanaf 27 november 2015 door het BIPT gebruiksrechten voor de betrokken frequenties te zien toekennen. Dit wordt bevestigd door de volgende elementen:

- De betrokken kanalen in de frequentiebanden 900 MHz en 1800 MHz zijn nog tot 26 november 2015 “toegewezen” aan de drie MNO’s (Belgacom, Mobistar en BASE), zie artikel 7, §1, vierde lid en §5, zevende lid van het koninklijk besluit van 7 maart 1995 betreffende het opzetten en de exploitatie van GSM-mobilofonienetten en artikel 8, *2bis* van het koninklijk besluit van 24 oktober 1997 betreffende het opzetten en de exploitatie van DCS1800-mobilofonienetten. De “toewijzing” van gebruiksrechten aan de vierde 3G-operator vereist dus een “herschikking” van de betrokken frequentiebanden. Aangezien de vergunning van Mobistar stilzwijgend werd verlengd tot 26 november 2015, kan deze herschikking pas vanaf 27 november 2015 doorgevoerd worden.
- Artikel 8, §2bis, van het koninklijk besluit van 24 oktober 1997 betreffende het opzetten en de exploitatie van DCS1800-mobilofonienetten, waarnaar artikel 64, tweede lid van het KB 3G verwijst, bepaalt dat “Indien een 3G-operator 4,8 MHz duplex in de banden 880-915 MHz en 925-960 MHz op diens vraag toegewezen krijgt overeenkomstig artikel 64 van het koninklijk besluit van 18 januari 2001 tot vaststelling van het bestek en van de procedure tot toekenning van vergunningen voor de mobiele telecommunicatiesystemen van de derde generatie [...] wijst het Instituut deze 3G-operator 10 MHz duplex toe in de banden 1710-1785 MHz en 1805-1880 MHz vanaf 27 november 2015” (wij onderlijnen).
- Artikel 7, §5, zevende lid van het koninklijk besluit van 7 maart 1995 betreffende het opzetten en de exploitatie van GSM-mobilofonienetten bepaalt eveneens dat “Indien een 3G-operator overeenkomstig artikel 64 van het koninklijk besluit van 18 januari 2001 tot vaststelling van het bestek en de procedure tot toekenning van vergunningen voor de mobiele telecommunicatiesystemen van de derde generatie vraagt op 4,8 MHz duplex toegewezen te krijgen in de banden 880-915 MHz, dan wordt het aantal kanalen die in deze banden worden toegewezen aan de operatoren GSM1 en GSM2 vanaf 27 november 2015 voor elk beperkt tot 100” (wij onderlijnen).
- Zolang het BIPT nog geen beslissing heeft genomen over de herschikking van de 900 MHz- en 1800 MHz-frequentiebanden, is enkel de hoeveelheid frequenties/kanalen waar elke operator vanaf 27 november 2015 recht op heeft bekend, maar niet welke frequenties of kanalen. Van een toekenning van (gebruiksrechten voor) frequenties kan dus nog geen sprake zijn, aangezien het voorwerp van de toekenning nog niet bepaald of bepaalbaar is.

- Het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 22 december 2010 tot wijziging van het KB 3G²⁰ omschrijft het recht dat de vierde 3G-operator op basis van artikel 64, tweede lid van het KB 3G heeft als een “voorkooprecht” (“*droit de préemption*”) op 4,8 MHz duplex spectrum in de 900 MHz-banden, gekoppeld aan 10 MHz duplex in de 1800 MHz-banden. Het lichten van dit “voorkooprecht” betekent dus dat Bidco het recht had om zich (een gebruiksrecht op) 4,8 MHz duplex in de 900 MHz-banden en 10 MHz duplex in de 1800 MHz-banden te zien toekennen vanaf 27 november 2015.
- 49 Ten tweede staat het nu al onomstotelijk vast dat Bidco de betrokken gebruiksrechten ook nooit toegewezen zal krijgen en dat de gebeurtenis die de heffing verschuldigd zou maken – namelijk het begin van de geldigheidsduur van de gebruiksrechten – zich dan ook nooit zal voordoen. Het BIPT kan dit moeilijk ontkennen nu het KB van 10 april 2014 al in een regeling voorziet voor een nieuwe toewijzing van de betrokken frequenties en het Instituut zelf al maatregelen genomen heeft om deze frequenties vanaf 27 november 2015 aan andere operatoren toe te wijzen.
 - 50 De bepaling in artikel 30, §1/3, laatste lid, van de Telecomwet dat “*de enige heffing [...] in geen geval terugbetaald [wordt], noch geheel, noch gedeeltelijk*” (wij onderlijnen), spreekt het voorgaande niet tegen. Ten eerste kan er van “terugbetaling” geen sprake zijn wanneer het ogenblik waarop de heffing verschuldigd wordt nog niet eens is aangebroken, en bovendien ook nooit zal aanbreken. Ten tweede kan uit deze bepaling geenszins afgeleid worden dat de volledige heffing betaalbaar blijft indien de begunstigde van de gebruiksrechten er al (ruim) op voorhand van afziet. Uit deze bepaling kan alleen afgeleid worden dat een operator die afstand doet van gebruiksrechten *tijdens* de geldigheidsduur ervan, geen recht heeft op gehele of gedeeltelijke terugbetaling van de enige heffing.
 - 51 Uit het voorgaande volgt dat de Bestreden Beslissing onverenigbaar is met artikel 30 van de Telecomwet, voor zover zij Bidco verplicht om de (volledige) enige heffing te betalen voor het recht om vanaf 27 november 2015 frequenties te gebruiken in de 900 MHz- en 1800 MHz-frequentiebanden, terwijl Bidco al op 12 december 2013 aan dit recht verzaakt heeft en de toewijzing van de betrokken frequenties aan andere operatoren ondertussen al bij KB geregeld is, zodat vaststaat dat Bidco de betrokken gebruiksrechten nooit zal toegewezen krijgen.
 - 52 Bijgevolg is het vierde middel gegrond.

6. Vijfde middel: Schending van artikel 13 van de Machtigingsrichtlijn

- 53 Artikel 13 van Richtlijn 2002/20/EG van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en –diensten (hierna “Machtigingsrichtlijn”), bepaalt dat de lidstaten de nationale regelgevende instanties kunnen toestaan om de gebruiksrechten voor radiofrequenties te onderwerpen aan vergoedingen die ten doel hebben een optimaal gebruik van deze middelen te waarborgen, op voorwaarde dat deze

²⁰ Koninklijk besluit van 22 december 2010 tot wijziging van het koninklijk besluit van 7 maart 1995 betreffende het opzetten en exploiteren van GSM-mobilfoonnetten, van het koninklijk besluit van 24 oktober 1997 betreffende het opzetten en de exploitatie van DCS1800-mobilofonienetten en van het koninklijk besluit van 18 januari 2001 tot vaststelling van het bestek en van de procedure tot toekenning van vergunningen voor de mobiele telecommunicatiesystemen van de derde generatie, *B.S.* 25 januari 2011, p. 6994.

vergoedingen objectief gerechtvaardigd, transparant en niet-discriminerend zijn, in verhouding staan tot het beoogde doel en rekening houden met de doelstellingen van artikel 8 van Richtlijn 2002/21/EG (Kaderrichtlijn), waaronder de doelstelling om eerlijke concurrentie wat betreft elektronische telecommunicatiediensten te bevorderen.

- 54 Volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie mogen de lidstaten in het kader van de Machtigingsrichtlijn geen andere heffingen of bijdragen voor het aanbieden van elektronische communicatienetwerken en –diensten opleggen dan die waarin deze richtlijn voorziet.²¹ De Machtigingsrichtlijn voorziet slechts in twee types bijdragen: enerzijds administratieve bijdragen ter dekking van de administratiekosten die voortvloeien uit het beheer, de controle en het toezicht op de naleving van het algemene machtigingssysteem van de gebruiksrechten en van de specifieke verplichtingen van artikel 6, lid 2 van de Machtigingsrichtlijn (artikel 12 Machtigingsrichtlijn), en anderzijds vergoedingen voor gebruiksrechten voor radiofrequenties of nummers en rechten om faciliteiten te installeren (artikel 13 Machtigingsrichtlijn). De enige heffing voor de gebruiksrechten in de 900 MHz- en 1800 MHz-frequentiebanden behoort uiteraard tot het tweede type en moet als dusdanig voldoen aan de voorwaarden van artikel 13 van de Machtigingsrichtlijn.
- 55 Het Hof van Justitie wijst erop dat de radiofrequenties schaarse hulpbronnen zijn en dat het doel ervoor te zorgen dat de exploitanten van deze schaarse hulpbronnen optimaal te gebruiken derhalve impliceert dat het bedrag van de heffing wordt vastgesteld op een niveau dat overeenstemt met de waarde van het gebruik van de hulpbronnen, rekening houdend met de economische en technologische situatie op de betrokken markt.²² Het Hof benadrukt dat de heffing voor de gebruiksrechten voor radiofrequenties daadwerkelijk een optimaal gebruik van de radiofrequenties als hulpbron moet verzekeren, en in verhouding moet staan met het beoogde doel.²³ Hieruit volgt dat de lidstaten geen heffing kunnen opleggen die niet bijdraagt tot een optimaal gebruik van het spectrum, of die minstens niet in redelijke verhouding staat met dat doel.
- 56 Het Grondwettelijk Hof heeft in een arrest van 17 oktober 2013 geoordeeld dat de enige heffing voor de gebruiksrechten voor radiofrequenties evenredig is met de doelstelling om een optimaal gebruik van het spectrum te verzekeren door de waarde te dekken die de exclusieve toegang tot deze zeldzame hulpbron vertegenwoordigt en tegelijk elk “dodehandgedrag” (“*mainmorte*”) in verband met de frequenties te ontmoedigen,²⁴ in het bijzonder door de operatoren ertoe aan te zetten “*de niet-gebruikte frequenties te gelegener tijd vrij te maken, zodat de andere operatoren kunnen beschikken over de frequenties die noodzakelijk zijn om hun diensten te leveren*”.²⁵ Nu Bidco echter ruim op voorhand afgezien heeft van de gebruiksrechten (waarvan de exploitatievoorwaarden hoe

²¹ HvJ 18 september 2003, Albacom SpA en Infostrada SpA t. Ministero del Tesoro en Ministero delle Comunicazioni, gevoegde zaken C-292/01 en C-293/01, *Jur.* 2003, p. I-9449, r.o. 42; 18 juli 2006, Nuova società di telecomunicazioni, C-339/04, *Jur.* 2006, p. I-6917, r.o. 35; 10 maart 2011, Telefónica Móviles España, C-85/10, *Jur.* 2011, p. I-1575, r.o. 21; 12 juli 2012, Vodafone España en France Telecom España, C-55/11, C-57/11 en C-58/11, nog niet gepubliceerd, r.o. 28; 21 maart 2013, Belgacom SA e.a. t. Belgische Staat, C-375/11, nog niet gepubliceerd, r.o. 40.

²² HvJ 10 maart 2011, Telefónica Móviles España, C-85/10, *Jur.* 2011, p. I-1575, r.o. 28; 21 maart 2013, Belgacom SA e.a. t. Belgische Staat, C-375/11, nog niet gepubliceerd, r.o. 51.

²³ HvJ 21 maart 2013, Belgacom SA e.a. t. Belgische Staat, C-375/11, nog niet gepubliceerd, r.o. 54.

²⁴ Grondwettelijk Hof, nr. 137/2013 van 17 oktober 2013, B.8.3.

²⁵ *Ibidem*, B.8.5.

dan ook onmogelijk konden nagekomen worden), draagt het opleggen van de enige heffing kennelijk niet meer bij tot een optimaal gebruik van het spectrum. Bovendien kan men Bidco geen “dodehandgedrag” verwijten, aangezien de betrokken frequenties in gebruik zijn door andere operatoren en er bovendien, op het ogenblik dat Bidco van haar optie op deze frequenties heeft afgezien, nog ruim voldoende tijd was om de toewijzing ervan na 26 november 2015 te regelen, wat in de praktijk trouwens ook gebeurd is met het KB van 10 april 2014.

- 57 Bidco verplichten om toch de enige heffing te betalen voor de frequenties in de 900 MHz- en 1800 MHz-banden is des te meer onevenredig en onredelijk gelet op de concrete omstandigheden die Bidco ertoe geleid hebben om af te zien van de vierde 3G-vergunning en dus ook om te verzaken aan de bijbehorende optie op frequenties in de 900 MHz- en 1800 MHz-banden. **[VERTROUWELIJK]** In die omstandigheden kon Bidco niet anders dan de 3G-vergunning terug te geven en af te zien van de bijhorende optie op frequenties in de 900 MHz- en 1800 MHz-banden. Gelet op deze omstandigheden is het niet alleen *in abstracto* maar ook *in concreto* volstrekt onredelijk om van Bidco betaling te eisen van de enige heffing voor de frequenties in de 900 MHz- en 1800 MHz-banden, die Bidco hoe dan ook niet kan benutten.
- 58 Artikel 30, §1/2, derde lid van de Telecomwet bepaalt dat, in geval van verlenging van de vergunning, bij de berekening van het bedrag van de enige heffing rekening wordt gehouden met het deel van de gebruiksrechten dat de operator wil behouden bij de verlenging. Met andere woorden, bij elke verlenging van bestaande gebruiksrechten heeft de betrokken operator het recht om van een deel (of zelfs het geheel) van deze rechten afstand te doen en wordt het bedrag van de enige heffing navenant verminderd. De enige voorwaarde is dat het teruggegeven spectrum een aaneensluitend blok vormt (artikel 30, §1/2, vierde lid Telecomwet). De voorbereidende werken bij de wet van 15 maart 2010 tot wijziging van artikel 30 van de Telecomwet zien hierin een belangrijke rechtvaardiging van de proportionaliteit van de enige heffing:

“Hierbij kan ten slotte nog opgemerkt worden dat enerzijds door de betaling per MHz, en anderzijds door de mogelijkheid om afstand te doen van spectrum op voorwaarde dat het gaat om een aaneengesloten blok [...] de operator de mogelijkheid wordt geboden om te betalen voor het spectrum dat hij nodig acht en waarvan men redelijkerwijze kan verwachten dat hij dit efficiënt zal exploiteren.

[...]

Iedere operator betaalt een gelijk bedrag per hoeveelheid spectrum en per frequentieband. Van operatoren met een kleiner klantenbestand en een kleinere omzet mag men redelijkerwijze verwachten dat deze minder frequenties gaan nodig hebben dan de operatoren met een veel groter klantenbestand en dit, bij een gelijke frequentie efficiëntie, op een proportionele manier. In het ontwerp werd dus een clause opgenomen die de operatoren in staat stelt om afstand te doen van frequenties.

[...]

Het laatste lid van § 1/2 bepaalt dat een operator afstand kan doen van spectrum. De enige heffing die van toepassing is op deze operator wordt dan uiteraard berekend op basis van het resterende spectrum. Deze teruggave van spectrum moet gebeuren voor de aanvang van elke verlengingsperiode.

Dergelijke regeling is verantwoord in het licht van een efficiënt spectrumbeheer: indien een operator een geringere omzet heeft dan andere operatoren, dan is de kost per band in verhouding tot die omzet hoger. Deze operator kan deze hogere kost vermijden door frequenties af te staan voor de aanvang van de nieuwe verlengingsperiode en de bepaling van de toepasbare enige heffing, en zodoende de resterende frequenties efficiënter te beheren.”²⁶

Het opleggen van de enige heffing aan Bidco zou dus ook discriminerend zijn ten opzichte van operatoren die naar aanleiding van een verlenging van hun vergunning afstand zouden doen van een (deel van) de gebruiksrechten voor radiofrequenties waarover zij beschikken. Aangezien in dat geval bij de berekening van de enige heffing enkel rekening wordt gehouden met de gebruiksrechten die de betrokken operator nog wenst te behouden, is het niet logisch dat een operator die, zoals Bidco, nog (ruim) voor de aanvang van de initiële geldigheidsduur van de gebruiksrechten er afstand van doet, toch nog de volledige enige heffing zou moeten betalen.²⁷

- 59 Dat het opleggen van de enige heffing aan Bidco voor de gebruiksrechten in de 900 MHz- en 1800 MHz-frequentiebanden niet objectief verantwoord is, en evenmin proportioneel met de doelstelling om een optimaal gebruik van het spectrum te garanderen en “dodehandgedrag” te vermijden, geldt des te meer daar dit er in de praktijk zal toe leiden dat de Belgische Staat tweemaal een enige heffing zal innen voor het gebruik van hetzelfde spectrum. Ook de operator(en) die vanaf 27 november 2015 de betrokken frequenties in handen zullen krijgen, zullen hiervoor immers een enige heffing moeten betalen overeenkomstig artikel 30 van de Telecomwet. Dit is manifest onevenredig met de doelstelling van een efficiënt spectrumbeheer.
- 60 Ten slotte valt niet in te zien hoe het opleggen van de enige heffing zou bijdragen tot de doelstellingen van artikel 8 van de Kaderrichtlijn, zoals het bevorderen van de mededinging en de innovatie. In tegendeel, dit kan alleen maar een concurrentieel nadeel opleveren voor Telenet en Tecteo.
- 61 Uit het voorgaande volgt dat de Bestreden Beslissing niet verenigbaar is met de voorwaarden van artikel 13 van de Machtigingsrichtlijn, voor zover zij Bidco verplicht om de volledige enige heffing te betalen voor gebruiksrechten in de 900 MHz- en 1800

²⁶ Parl. St. (Kamer) 2009-2010, nr. 2401/001, pp. 6, 8, 10-11.

²⁷ In dit verband kan er nog op gewezen worden dat de wet geen termijn oplegt voor het opzeggen van gebruiksrechten voor spectrum in geval van stilzwijgende verlenging. Artikel 30, §1/2 bepaalt alleen maar dat, bij de berekening van de enige heffing voor de verlengingsperiode, rekening gehouden wordt met het deel van de gebruiksrechten dat de operator wil behouden bij de verlenging, en dat het spectrum waarvan de operator afstand doet, een aaneensluitend blok moet vormen. De voorbereidende werken lichten toe dat “[d]eze teruggave van spectrum moet gebeuren voor het begin van elke nieuwe verlengingsperiode” (Parl. St. (Kamer) 2009-2010, nr. 2401/001, p. 10). Nergens wordt echter gepreciseerd dat de operator zijn beslissing moet meedelen binnen een bepaalde termijn voor de aanvang van de verlengingsperiode.

MHz-frequentiebanden waar Bidco bijna twee jaar voor het begin van de geldigheidsperiode al van heeft afgezien, en die haar dus niet zullen toegekend worden. Dergelijke verplichting is immers niet objectief verantwoord, discriminerend en onevenredig met de beoogde doelstellingen.

- 62 Daarbij komt dat, volgens de hoger aangehaalde vaste rechtspraak van het Hof van Justitie, de lidstaten geen andere geldelijke lasten kunnen opleggen aan de operatoren dan deze waarin artikelen 12 en 13 van de Machtigingsrichtlijn voorzien. Aangezien de enige heffing zeker geen administratieve bijdrage is in de zin van artikel 12 van de Richtlijn, is het besluit dat de heffing onwettig is bijgevolg eveneens onvermijdelijk in de hypothese dat deze heffing evenmin een geldelijke last is die artikel 13 van diezelfde Richtlijn toelaat.
- 63 Bijgevolg is het vijfde middel gegrond.

7. Zesde middel: Schending van het eigendomsrecht en van het fiscaal wettigheids- en gelijkheidsbeginsel

- 64 Zoals duidelijk blijkt uit de hoger aangehaalde voorbereidende werken van de wet van 15 maart 2010 houdende wijziging van artikel 30 van de Telecomwet en uit het arrest van het Grondwettelijk Hof van 17 oktober 2013 (nr. 137/2013), is de enige heffing door de wetgever opgevat als een retributie en niet als een belasting. Een belasting onderscheidt zich van een retributie doordat een belasting niet wordt opgelegd in ruil voor een aanwijsbare tegenprestatie van de overheid.²⁸ De enige heffing wordt echter normaal gezien opgelegd in ruil voor een tijdelijke concessie (gebruiksrecht) op radiospectrum. In onderhavig geval zou de enige heffing opgelegd worden *zonder* dat de daarmee verbonden tegenprestatie wordt geleverd (er worden nl. geen gebruiksrechten toegekend). Daardoor verandert de enige heffing *de facto* in een belasting, wat op zich eigenlijk al volstaat om aan te tonen dat de door het BIPT verdedigde interpretatie onverenigbaar is met de intenties van de wetgever.
- 65 Zoals al vermeld kunnen volgens vaste rechtspraak van het Hof van Justitie aan operatoren van elektronische communicatiediensten geen andere geldelijke lasten opgelegd worden dan deze waarin artikelen 12 en 13 van de Machtigingsrichtlijn voorzien, louter op grond van het feit dat zij houder zijn van een gebruiksrecht van frequenties. Naast de door artikelen 12 en 13 van de Machtigingsrichtlijn toegelaten heffingen kunnen de lidstaten dus alleen maar algemene belastingen opleggen aan de operatoren.
- 66 Zelfs al nemen we aan dat de enige heffing in dit geval beschouwd moet worden als een belasting en niet als een retributie, dan nog kunnen we niet om de vaststelling heen dat het een bijzondere belasting betreft die aan Bidco wordt opgelegd louter omwille van het feit dat het een optie op frequenties in de 900 MHz- en 1800 MHz-banden heeft uitgeoefend. Een dergelijke belasting is onverenigbaar met de Machtigingsrichtlijn, aangezien artikelen 12 en 13 allebei retributies betreffen en de richtlijn alle overige geldelijke lasten (ongeacht of het nu retributies of belastingen betreft) uitsluit, tenzij het algemene lasten betreft die niet specifiek verband houden met de hoedanigheid van operator van elektronische communicatiediensten of met gebruiksrechten voor schaarse hulpbronnen zoals nummers en frequenties.

²⁸ A. Alen en K. Muylle, *Handboek van het Belgisch Staatsrecht*, Kluwer 2012, randnrs. 518-519.

- 67 Ondergeschikt en ten overvloede zetten wij hierna uiteen dat het opleggen van de enige heffing aan Bidco evenmin gerechtvaardigd en wettig is, zelfs in de hypothese dat het een (algemene) belasting betreft die aan het toepassingsgebied van de Machtigingsrichtlijn zou ontsnappen (*quod non*).
- a) Schending van het fiscaal wettigheidsbeginsel en van het fiscaal gelijkheidsbeginsel (artikelen 172-173 van de Grondwet)
- 68 Artikel 170, §1, van de Grondwet stelt dat geen belasting ten behoeve van de Staat kan worden ingevoerd dan door een wet. Een belasting die geen steun vindt in een wet aangenomen door een vertegenwoordigend orgaan, is ongrondwettelijk (*no taxation without representation*). De bevoegde wetgever moet zelf de essentiële elementen van de belasting regelen (nl. belastbare materie, de belastinggrondslag, het belastingtarief en de eventuele belastingvrijstellingen en –verminderingen).
- 69 Artikel 172, eerste lid, van de Grondwet bepaalt dat inzake belastingen geen voorrechten kunnen worden ingevoerd. Dit houdt in dat de belastingwetten op gelijke wijze moeten worden toegepast ten aanzien van eenieder die zich ten opzichte van het nagestreefde doel in een gelijkaardige positie bevindt, en omgekeerd dat personen die zich ten aanzien van het nagestreefde doel in een wezenlijk verschillende situatie bevinden, niet identiek mogen behandeld worden.²⁹
- 70 *In casu* vindt het opleggen van deze belasting aan Bidco geen steun in artikel 30 van de Telecomwet. Zoals aangetoond bij de bespreking van het vierde middel, voorziet dit artikel immers dat de heffing enkel operatoren treft aan wie gebruiksrechten voor frequenties worden toegekend en dat de heffing pas verschuldigd is bij de aanvang van de geldigheidsperiode van de betrokken gebruiksrechten, die in dit geval nooit zal aanvangen. Het opleggen van de enige heffing miskent aldus het fiscaal legaliteitsbeginsel.
- 71 Minstens dringt zich de conclusie op dat, in de gegeven omstandigheden, het opleggen van de enige heffing manifest disproportioneel is met het door artikel 30 van de Telecomwet nagestreefde doel. Uit het fiscaal legaliteitsbeginsel volgt immers ook dat een belasting die geen redelijk verband heeft met het (beweerde) nagestreefde doel ervan (evenredigheidsbeginsel), eveneens ongrondwettelijk is. Zoals al gezegd is dit hier kennelijk het geval, aangezien het opleggen van de enige heffing geenszins bijdraagt tot een beter beheer of gebruik van het spectrum.
- 72 Daarnaast is het opleggen van de enige heffing aan Bidco eveneens strijdig met het gelijkheidsbeginsel *in fiscalibus*. Bidco bevindt zich immers in een wezenlijk verschillende situatie dan de andere operatoren die de enige heffing betalen. Deze laatste betalen deze heffing namelijk in verhouding tot de hoeveelheid frequenties waarvoor zij een gebruiksrecht hebben. Het opleggen van de enige heffing aan Bidco zou erop neerkomen dat Bidco als enige operator een enige heffing zou moeten betalen voor frequenties die zij niet daadwerkelijk kan gebruiken, en die zelfs aan één of meer andere operatoren zijn toegewezen. Deze discriminatie kan niet gerechtvaardigd worden op grond van de doelstellingen die de enige heffing nastreeft, aangezien de verzaking door Bidco aan de optie op de betrokken frequenties niet leidt tot een inefficiënt gebruik van het spectrum. Zoals hoger al aangetoond zijn alle maatregelen om de continuïteit van het gebruik van dit spectrum te verzekeren immers al genomen, en zelfs indien dit niet het

²⁹ A. Alen en K. Muylle, *o.c.*, randnrs. 698-699.

geval zou zijn, dan zou dit in elk geval niet aan Bidco kunnen verweten worden. Bidco heeft immers ruim op voorhand verzaakt aan haar recht op de betrokken frequenties.

- b) Schending van het eigendomsrecht (artikel 16 van de Grondwet, artikel 17, eerste lid, van het Handvest van de grondrechten van de EU en artikel 1 van het 1^{ste} aanvullend Protocol bij het EVRM)

- 73 Artikel 16 van de Grondwet bepaalt dat niemand van zijn eigendom kan worden ontzet dan ten algemenen nutte, in de gevallen en op de wijze bij de wet bepaald en tegen billijke voorafgaande schadeloosstelling.
- 74 Artikel 17, eerste lid, van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie bepaalt dat niemand van zijn eigendom mag worden ontnomen, behalve in het algemeen belang in de gevallen en onder de voorwaarden waarin de wet voorziet en mits zijn verlies tijdig op billijke wijze wordt vergoed.
- 75 Artikel 1 van het 1^{ste} aanvullend Protocol bij het Europees verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) bepaalt dat niemand van zijn eigendom zal worden beroofd behalve in het algemeen belang en met inachtneming van de voorwaarden neergelegd in de wet en in de algemene beginselen van het internationaal recht, zonder evenwel het recht van de Staat aan te tasten om die wetten toe te passen, welke hij noodzakelijk oordeelt om toezicht uit te oefenen op het gebruik van eigendom in overeenstemming met het algemeen belang of om de betaling van belastingen of andere heffingen en boeten te verzekeren.
- 76 Een belasting vormt een inmenging in het eigendomsrecht, die enkel verenigbaar is met dat recht indien ze een redelijk verband van evenredigheid heeft tot het nagestreefde doel, dit wil zeggen indien ze het billijke evenwicht tussen de vereisten van het algemeen belang en die van de bescherming van dat recht niet verbreekt.³⁰ Een belasting mag m.a.w. niet op een onevenredige wijze afbreuk doen aan het recht om over zijn eigendom te beschikken.³¹ De vaststelling dat een inmenging in het eigendomsrecht geen enkel (legitiem) algemeen belang dient, volstaat op zich al om tot een schending van de voormelde bepalingen te concluderen.³²
- 77 In dit geval draagt het opleggen van de enige heffing aan Bidco kennelijk niet bij tot de verwezenlijking van enige doelstelling van algemeen belang. Zoals aangetoond bij de bespreking van het vorige middel, leidt Bidco's beslissing om af te zien van het optierecht op spectrum in de 900 MHz- en 1800 MHz-frequentiebanden er immers niet toe dat dit spectrum onbenut blijft of niet efficiënt gebruikt wordt. Van "dodehandgedrag" of verstoring van een efficiënt spectrumbeheer is er dus geen sprake. Het opleggen van de enige heffing dient dus geen enkel algemeen belang, of is minstens volstrekt disproportioneel met het ingeroepen algemeen belang, gelet op de concrete omstandigheden van de zaak.
- 78 Hieruit volgt dat het zesde middel, in zijn beide onderdelen, gegrond is.

³⁰ Zie recent bv. Grondwettelijk Hof, nr. 106/2014 van 17 juli 2014, B.13.2; EHRM, *Azienda Agricola Silverfunghi SAS v Italy*, 2014, §102.

³¹ Grondwettelijk Hof, nr. 107/2005 van 22 juni 2005 (vernietiging wegens het uiterst hoge tarief (90%) voor successierechten tussen niet-familieleden).

³² Cf. EHRM, *Burdov v. Russia*, 2002, §41.

OM DIE REDENEN,

BEHAGE HET UW HOF,

Onder voorbehoud van alle rechten en zonder enige nadelige erkenning,

Onderhavig beroep van Telenet Tecteo BidCo NV ontvankelijk en gegrond te verklaren;

Dienvolgens,

- de brief van het BIPT aan Telenet Tecteo Bidco NV van 27 juni 2014 met kenmerk "14/FRE/2012-002514-67567BWM/MOB/400/UMTS" nietig te verklaren, voor zover het BIPT daarin definitief beslist dat Telenet Tecteo Bidco NV verplicht is de volledige enige heffing te betalen voor gebruiksrechten op 4,8 MHz duplex in de radiofrequentiebanden 880-915 MHz en 925-960 MHz en 10 MHz duplex in de radiofrequentiebanden 1710-1785 MHz en 1805-1880 MHz voor de periode van 27 november 2015 tot 15 maart 2021, wat overeenkomt met een bedrag van € 31.507.311,10; en
- het BIPT te veroordelen tot betaling van de kosten van het geding, met inbegrip van de rechtplegingsvergoeding, begroot op 1320 euro.

Brussel, 29 augustus 2014,

Met de meeste eerbied,

Voor Telenet Tecteo BidCo NV,

Haar raadslieden,

Karl STAS

Yvan DESMEDT

INVENTARIS

In dit stadium van de procedure worden er geen stukken neergelegd, aangezien alle stukken waarnaar dit verzoekschrift verwijst ofwel publiek beschikbaar zijn, ofwel deel zouden moeten uitmaken van het administratief dossier dat het BIPT aan het Hof van Beroep zal bezorgen.