

Repertoriumnummer 2018 / 7219
Datum van uitspraak 19 september 2018
Rolnummer 2018/AR/1012

Uitgifte

Uitgereikt aan	Uitgereikt aan	Uitgereikt aan
op € BUR	op € BUR	op € BUR

Niet aan te bieden aan de
ontvanger

Hof van beroep**Brussel****Sectie Marktenhof****19^{de} kamer A****Kamer voor marktzaken****Arrest**

Aangeboden op
Niet te registreren

CITYMESH NV, met maatschappelijke zetel te 8000 Brugge, Pathoekeweg 9B, bus 006, en met ondernemingsnummer 088.653.685, vertegenwoordigd door de heer Mitch De Geest, gedelegeerd bestuurder,

verzoekster,

vertegenwoordigd door Meester Gerrit Vandendriessche advocaat te 1000 Brussel, Havenlaan 86C, bus 414;

tegen

Het **BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN EN TELECOMMUNICATIE**, waarvan de zetel gevestigd is te 1030 Brussel, Albert II-laan 35, Ellipse Building, Gebouw C, hierna genoemd "**BIPT**",

verweerder,

vertegenwoordigd door Meester Grégoire Ryelandt en Meester Sébastien Depré, advocaten, kantoorhoudende te 1050 Brussel, Eugène Flageyplein 7.

1. Rechtsmacht van het hof:

Het hof put zijn rechtsmacht uit een verzoekschrift dat door de NV CITYMESH op 11 juni 2018 werd neergelegd ter griffie van het hof en waarbij een beroep tot vernietiging wordt ingesteld tegen een "beslissing" van het BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN EN TELECOMMUNICATIE (hierna "BIPT") zijnde een brief van 2 februari 2018 (stuk 3 in het dossier van verzoekster).

Bij dit verzoekschrift verzoekt de NV CITYMESH het Marktenhof om de brief van het BIPT van 2 februari 2018 betreffende de aanvraag 3,5 GHz licentie voor 2 extra gemeenten te vernietigen en het BIPT te veroordelen tot betaling van alle gerechtskosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding (dit noemt verzoekster het "Eerste aangevochten besluit").

Bij conclusies van 22 augustus 2018 breidt de NV CITYMESH haar vordering uit en vordert zij om eveneens de brief van 7 augustus 2018 van het BIPT te doen vernietigen (dit noemt verzoekster het "Tweede aangevochten besluit").

De partijen hebben de zaak in staat gesteld met betrekking tot de beoordeling van de ontvankelijkheid van de door de NV CITYMESH ingestelde beroepen.

Het debat is *hic et nunc* beperkt tot de beoordeling van deze ontvankelijkheid.

2. De bestreden beslissingen :

De conclusie van de brief van 2 februari 2018 ('het eerste aangevochten besluit') luidt als volgt:

“Conclusie

Het BIPT is van oordeel dat naar aanleiding van uw aanvraag tot uitbreiding van de lijst van gemeenten deze lijst niet kan worden gewijzigd maar ook dat het niet opportuun is om een oproep tot kandidaten te lanceren. In het kader van een efficiënt frequentiebeheer en rekening houdend met de internationale context, zal het BIPT een open, transparante en niet-discriminerende toewijzingsprocedure organiseren van zodra de nodige juridische teksten beschikbaar zijn. Het BIPT hoopt deze toewijzingsprocedure eind 2018 nog te kunnen uitvoeren.”

De conclusie van de brief van 7 augustus 2018 ('het tweede aangevochten besluit') luidt als volgt:

“Het BIPT is van oordeel dat naar aanleiding van uw aanvraag tot uitbreiding van de lijst van gemeenten deze lijst niet kan worden gewijzigd maar ook dat het niet opportuun is om een oproep tot kandidaten te lanceren. In het kader van een efficiënt frequentiebeheer en rekening houdend met de internationale context, zal her BIPT een open, transparante en niet-discriminerende toewijzingsprocedure organiseren van zodra de nodige juridische teksten beschikbaar zijn. Het BIPT hoopt deze toewijzingsprocedure eind 2018 nog te kunnen uitvoeren.”

3. De vorderingen voor het hof :

Bij syntheseconclusie neergelegd ter griffie van het hof op 22 augustus 2018 vordert de NV CITYMESH :

*“Op grond van artikel 807 Ger. W. de uitbreiding van de vordering te aanvaarden voor het Tweede Aangevochten Besluit,
Het hoger beroep van verzoekster aangaande het Eerste Aangevochten Besluit en het Tweede Aangevochten Besluit ontvankelijk te verklaren,
Haar beslissing aangaande de gegrondheid van de vordering aan te houden,
Het BIPT te veroordelen tot betaling van alle gerechtskosten aan verzoekster, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding.”*

Bij syntheseconclusie neergelegd ter griffie van het hof op 3 september 2018 vordert het BIPT:

“Het verzoek tot vernietiging van Citymesh onontvankelijk te verklaren. Citymesh te veroordelen tot de kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding berekend conform het Koninklijk Besluit van 26 oktober 2007 tot vaststelling van het tarief van de rechtsplegingsvergoeding bedoeld in artikel 1022 van het Gerechtelijk Wetboek.”

Alle conclusies zijn neergelegd conform de conclusiekalender.

4. Met betrekking tot de feiten :

4.1.

De NV CITYMESH geeft volgend feitenrelaas:

“Activiteiten van verzoekster

1. *Verzoekster is gespecialiseerd in draadloze communicatie, voornamelijk grootschalige WiFi-netwerken. Zo heeft verzoekster dergelijke WiFi-netwerken uitgerold in een honderdtal vakantieparken en provinciale domeinen (bv. Zilvermeer Mol, De Gavers, Puyenbroeck en heel wat campinggebieden aan de Belgische kust, ...), jachthavens (bv. Blankenberge, Oostende, ...) en beheert verzoekster de volledige telecominfrastructuur van ongeveer 10 Belgische beurshallen (bv. Kortrijk Xpo, Flanders Expo, Antwerp Expo, Nekkerhal Mechelen, Beurshal Bergen, Elisabethzaal, ...). Verder bouwt verzoekster jaarlijks op meer dan 70 evenementen een tijdelijke telecominfrastructuur (bv. Gentse Feesten, Jazz Middelheim, Knokke Hippique, Studio 100, Belgisch paviljoen wereldtentoonstelling, ...) en is ze verantwoordelijk voor de WiFi-platformen in alle Belgische treinstations van de NMBS en alle Europese complexen van de Kinopolis groep (de roll-out hiervan is momenteel bezig). Verzoekster was tevens een pionier in het uitrollen van ‘City WiFi-netwerken’ in meer dan 30 Belgische gemeentes (Antwerpen, Brugge, Sint-Niklaas, Oostende, Beveren, Blankenberge, Knokke, ...) en speelt ze hierdoor een belangrijke rol in de Belgische SmartCity markt (Smartzone Antwerpen, Kortrijk SmartCity Toolbox, Gent passantentelling, ...). Voor meer informatie over de activiteiten van verzoekster, verwijst verzoekster naar stuk 9 waarin verschillende projecten van verzoekster meer gedetailleerd worden uitgelegd. In 2017 had verzoekster een omzet van meer dan 3 miljoen euro.*

Om snel en kostenbewust alle punten met elkaar en met het centrale platform te kunnen verbinden, was er nood aan een betrouwbaar, onafhankelijk en flexibel draadloos communicatienetwerk. Verzoekster vroeg en verkreeg hiervoor een licentie in de frequentieband 3,5 GHz.

2. *Verzoekster richt zich dus voornamelijk op lokale netwerken. Dit verklaart waarom de licentie van verzoekster voor een aantal gemeenten werd toegekend, en uitbreidbaar is naar andere gemeenten.*

De licentie van verzoekster

3. Verzoekster is houder van gebruiksrechten op spectrum die het BIPT haar op 7 mei 2015 heeft toegekend in de frequentieband 3,5 GHz.

4. De aan verzoekster toegekende gebruiksrechten gelden voor de gemeenten Gent, Antwerpen, Brugge, Brussel, De Panne, Koksijde, Nieuwpoort, Middelkerke, Oostende, Bredene, De Haan, Blankenberge, Knokke-Heist, en dit tot voor een initiële termijn van 10 jaar tot 6 mei 2025 (Besluit van 7 mei 2015 betreffende de toekenning aan Citymesh van gebruiksrechten in de 3,5 GHz-frequentieband voor de verstrekking van elektronische communicatiediensten op het Belgisch grondgebied – stuk 1).

5. Op grond van artikel 21 van het koninklijk besluit van 24 maart 2009 betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 3410-3500/3510-3600 MHz en 10150-10300/10500-10650 MHz (hierna het “KB van 24 maart 2009”) kan een radiotoegangsoperator het BIPT verzoeken om bestaande gebruiksrechten territoriaal uit te breiden. In zulk geval verzoekt een radiotoegangsoperator het BIPT om de lijst van gemeenten die in zijn gebruiksrechten zijn opgenomen, te wijzigen. Indien de radiotoegangsoperator verzoekt om gemeenten toe te voegen, dan moet het BIPT beslissen of er een nieuwe toewijzingsprocedure moet worden gestart of dat de lijst van gemeenten onmiddellijk kan worden gewijzigd.

De eerste aanvraag tot uitbreiding van verzoekster voor de gemeenten Werchter (PC 3118) en Dranouter (PC 8951)

6. Op 25 september 2017 heeft verzoekster een aanvraag ingediend bij het BIPT voor de uitbreiding van haar bestaande gebruiksrechten in de 3,5 GHz frequentieband voor de gemeenten Werchter (PC 3118) en Dranouter (PC 8951) (stuk 2).

7. Op 2 februari 2018 heeft het BIPT verzoekster geïnformeerd dat het de lijst van gemeenten niet onmiddellijk kan wijzigen én dat ze ook geen nieuwe toewijzingsprocedure zal starten (hierna het “Eerste Aangevochten Besluit”, zie stuk 3).

8. Het Eerste Aangevochten Besluit bepaalt onder meer:

“Artikel 21 van het [KB van 24 maart 2009] schrijft voor dat een operator aan het BIPT kan vragen om de lijst van de gemeenten die in zijn gebruiksrechten vermeld zijn, te wijzigen. Wanneer er gemeenten aan de lijst worden toegevoegd, bepaalt het BIPT al dan niet of er een nieuwe procedure moet worden gestart dan wel of de lijst onmiddellijk kan worden gewijzigd.

De lijst kan niet onmiddellijk worden gewijzigd

Voor de 3400-3600 MHz-band heeft het BIPT altijd voorzien in een beschermingsafstand van minstens 15 km tussen de dienstzones van twee operatoren die dezelfde frequentie gebruiken. Dit was het geval bij de toekenning van bijkomende gemeenten naar aanleiding van de overdracht van de gebruiksrechten van b.lite en Mac Telecom aan Broadband Belgium, zie punt A1 van de bijlage bij het besluit van 23 december 2015 betreffende het verzoek om overdracht van de gebruiksrechten van b.lite en Mac Telecom aan Broadband Belgium. Dit criterium werd eveneens vermeld in het besluit van 21 maart 2017 betreffende de verlenging van de gebruiksrechten van Broadband Belgium. In geval van een nieuwe toewijzingsprocedure konden kandidaten die nog geen gebruiksrechten hadden, dus maar gebruiksrechten krijgen voor gemeenten die verder dan 15 km verwijderd zijn van alle gemeenten waarvoor reeds een vergunning is afgegeven. De toevoeging van een gemeente die meer dan 15 km verwijderd is van alle gemeenten die meer dan 15 km verwijderd zijn van alle reeds toegestane gemeenten, aan de lijst van de gemeenten die onder de bestaande gebruiksrechten vallen, beperkt geenszins de mogelijkheden voor een potentiële andere kandidaat en kan dus worden aanvaard zonder een nieuwe toewijzingsprocedure.

De gemeenten waarvoor de uitbreiding wordt gevraagd liggen allebei op minder dan 15 km van ten minste één gemeente die gelegen is op meer dan 15 km van alle gemeenten die vermeld zijn in de bestaande gebruiksrechten van Citymesh. De toevoeging van deze gemeenten op de lijst van de gemeenten die vermeld zijn in de gebruiksrechten van Citymesh zou leiden tot een beperking van de mogelijkheden voor een potentiële andere kandidaat en kan bijgevolg geenszins worden aanvaard zonder een nieuwe open toewijzingsprocedure. De lijst van de gemeenten kan dus niet onmiddellijk gewijzigd worden.

Het starten van een nieuwe procedure is momenteel niet opportuun
Op 7 juni 2017 is een openbare raadpleging over een ontwerp van koninklijk besluit betreffende de 3400-3800 MHz band gepubliceerd op de website van het BIPT. Het ontwerp van koninklijk besluit bepaalt dat het huidige wettelijke kader, het koninklijk besluit van 24 maart 2009, van kracht blijft tot 7 mei 2025 voor de gebruiksrechten van Citymesh en Gridmax. Daartegenover staat dat er krachtens het koninklijk besluit van 24 maart 2009 geen nieuwe toewijzingsprocedure meer mogelijk zal zijn na inwerkingtreding van het nieuwe koninklijk besluit.

Het BIPT acht het niet opportuun om in deze overgangperiode, in afwachting van het nieuwe koninklijk besluit, nog een nieuwe

toewijzingsprocedure te lanceren. De band zal immers onderworpen worden aan nieuwe technische karakteristieken en nieuwe voorwaarden. Een uitbreiding van de lijst van gemeenten toestaan zonder rekening te houden met deze nieuwe elementen is niet wenselijk. Het is trouwens niet uitgesloten dat andere operatoren in een dergelijke toewijzingsprocedure het opengestelde spectrum voor 10 jaar (vergunningsduur in het huidige KB) zouden verwerven. Dit zou de voorziene uitdoving van het huidige regelgevende kader na afloop van de momenteel lopende vergunningen in 2025 in de weg staan. De huidige toewijzingsprocedure biedt trouwens niet de garanties van het nieuwe koninklijk besluit waarin spectrum door het opleggen van een spectrum cap in feite gereserveerd is voor een vierde speler. Hierdoor blijft er zeker spectrum beschikbaar voor een speler buiten de drie traditionele operatoren (Orange, Proximus en Telenet Group), wat niet het geval is voor het KB van 24 maart 2009.

Het ontwerp van koninklijk besluit voorziet ook in de organisatie van een open, transparante en niet-discriminerende toewijzingsprocedure om tussen 2020 en 2040 gebruiksrechten toe te wijzen voor de gehele 3400-3800 MHz-band.

Deze open toewijzingsprocedure voor de gehele 3400-3800 MHz-band zou moeten plaatsvinden eind 2018 of begin 2019. Citymesh zal aan die veilingsprocedure kunnen deelnemen om gebruiksrechten te krijgen over het gehele Belgische grondgebied tot in 2040. Het nieuwe koninklijk besluit zou ook in de mogelijkheid voorzien om, indien de operator dit wenst, de gebruiksrechten reeds te benutten vanaf het einde van de veilingsprocedure.

In artikel 13, tweede en vierde lid, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie wordt verwezen naar de verplichting voor het BIPT om rekening te houden met de internationale context voor het onderzoek van de aanvragen voor gebruik van het radiofrequentiespectrum.

Tijdens recente internationale vergaderingen in het kader van de CEPT, meer bepaald van het “Electronic Communications Committee”, zijn de problemen met de technische compatibiliteit tussen de 4G- en 5G-systemen in dezelfde frequentieband naar voren gebracht. Om de 3400-3800 MHz-band optimaal te gebruiken is een synchronisatie gewenst van de verschillende TDD-netwerken die de band gebruiken. De uitrol van netwerken die gebruikmaken van verschillende technologieën maakt de synchronisatie van de netwerken heel wat moeilijk of zelfs onmogelijk. Zelfs als het mogelijk was om een netwerk dat gebruikmaakt van de 5G NR-

technologie te synchroniseren met een netwerk dat de LTE-technologie gebruikt, zou dat leiden tot een vermindering van de prestaties van het 5G NR-netwerk in termen van latentie. De aanleg van nieuwe LTE-basisstations in de 3400-3800 MHz-band is dus niet gewenst.

Het beleid inzake beschikbaarheid van de 3400-3800 MHz-band moet zich aanpassen aan de zeer snelle evolutie op internationaal niveau, van de inzet van deze band in de loop van de laatste maanden en aan de eis om België een koploper te maken in de ontwikkeling van 5G in Europa. Het komt eropaan om een snelle introductie van 5G mogelijk te maken. Als instantie die verantwoordelijk is voor het efficiënte beheer van de radiofrequenties bestaat het doel van het BIPT dus erin de invoering van 5G in België niet in gevaar te brengen. Gelet op deze risico's opteert het BIPT ervoor om geen onmiddellijke toewijzingsprocedure te lanceren, maar eerst de synchronisatievoorwaarden verder te bestuderen en vast te leggen.

Conclusie

Het BIPT is van oordeel dat naar aanleiding van uw aanvraag tot uitbreiding van de lijst van gemeenten deze lijst niet kan worden gewijzigd maar ook dat het niet opportuun is om een oproep tot kandidaten te lanceren. In het kader van een efficiënt frequentiebeheer en rekening houdend met de internationale context, zal het BIPT een open, transparante en niet-discriminerende toewijzingsprocedure organiseren van zodra de nodige juridische teksten beschikbaar zijn. Het BIPT hoopt deze toewijzingsprocedure eind 2018 nog te kunnen uitvoeren.”

9. Verzoekster is het niet eens met het Eerste Aangevochten Besluit en stelde daarom middels een verzoekschrift van 11 juni 2018 bij Uw Hof een beroep tot nietigverklaring in tegen het Eerste Aangevochten Besluit.

De tweede aanvraag tot uitbreiding van verzoekster voor de gemeente Aalter (PC 9880) en de derde aanvraag tot uitbreiding van verzoekster voor de gemeente Beveren (PC 9120)

10. Op 1 juni 2018 heeft verzoekster een aanvraag ingediend bij het BIPT voor de uitbreiding van haar bestaande gebruiksrechten in de 3,5 GHz frequentieband voor de gemeente Aalter (PC 9880). Verzoekster verzocht het BIPT formeel te antwoorden uiterlijk eind juni 2018. (stuk 5.a).

Op 24 juli 2018 heeft verzoekster een aanmaning verstuurd naar het BIPT (stuk 5.b) om tot een beslissing over te gaan.

11. Op 26 juli 2018 heeft verzoekster een aanvraag ingediend bij het BIPT voor de uitbreiding van haar bestaande gebruiksrechten in de 3,5 GHz frequentieband voor de gemeente Beveren (PC 9120). Verzoekster verzocht het BIPT formeel te antwoorden uiterlijk eind juli 2018 (stuk 6.a).

12. Op 7 augustus 2018 heeft het BIPT verzoekster geïnformeerd dat het de lijst van gemeenten niet onmiddellijk kan wijzigen én dat ze ook geen nieuwe toewijzingsprocedure zal starten (hierna het “Tweede Aangevochten Besluit”, zie stuk 7).

13. Het Tweede Aangevochten Besluit bepaalt onder meer:

“Artikel 21 van het [KB van 24 maart 2009] schrijft voor dat een operator aan het BIPT kan vragen om de lijst van de gemeenten die in zijn gebruiksrechten vermeld zijn, te wijzigen. Wanneer er gemeenten aan de lijst worden toegevoegd, bepaalt het BIPT al dan niet of er een nieuwe procedure moet worden gestart dan wel of de lijst onmiddellijk kan worden gewijzigd.

De lijst kan niet onmiddellijk worden gewijzigd

Voor de 3400-3600 MHz-band heeft het BIPT altijd voorzien in een beschermingsafstand van minstens 15 km tussen de dienstzones van twee operatoren die dezelfde frequenties gebruiken. Dit was het geval bij de toekenning van bijkomende gemeenten naar aanleiding van de overdracht van de gebruiksrechten van b.lite en Mac Telecom aan Broadband Belgium, zie punt A1 van de bijlage bij het besluit van 23 december 2015 betreffende het verzoek om overdracht van de gebruiksrechten van b.lite en Mac Telecom aan Broadband Belgium. Dit criterium werd eveneens vermeld in het besluit van 21 maart 2017 betreffende de verlenging van de gebruiksrechten van Broadband Belgium. In geval van een nieuwe toewijzingsprocedure konden kandidaten die nog geen gebruiksrechten hadden, dus maar gebruiksrechten krijgen voor gemeenten die verder dan 15 km verwijderd zijn van alle gemeenten waarvoor reeds een vergunning is afgegeven. De toevoeging van een gemeente die meer dan 15 km verwijderd is van alle gemeenten die meer dan 15 km verwijderd zijn van alle reeds toegestane gemeenten, aan de lijst van de gemeenten die onder de bestaande gebruiksrechten vallen, beperkt geenszins de mogelijkheden voor een potentiële andere kandidaat en kan dus worden aanvaard zonder een nieuwe toewijzingsprocedure.

De 2 gemeenten waarvoor de uitbreiding wordt gevraagd liggen allebei op minder dan 15 km van ten minste één gemeente die gelegen is op meer dan 15 km van alle gemeenten die vermeld zijn

in de bestaande gebruiksrechten van Citymesh. De toevoeging van deze gemeenten op de lijst van de gemeenten die vermeld zijn in de gebruiksrechten van Citymesh zou leiden tot een beperking van de mogelijkheden voor een potentiële andere kandidaat en kan bijgevolg geenszins worden aanvaard zonder een nieuwe open toewijzingsprocedure. De lijst van de gemeenten kan dus niet onmiddellijk gewijzigd worden.

Het starten van een nieuwe procedure is momenteel niet opportuun

Op 7 juni 2017 is een openbare raadpleging over een ontwerp van koninklijk besluit betreffende de 3400-3800 MHz-band gepubliceerd op de website van het BIPT.

Het ontwerp van koninklijk besluit bepaalt dat het huidige wettelijke kader, het koninklijk besluit van 24 maart 2009, van kracht blijft tot 7 mei 2025 voor de gebruiksrechten van Citymesh en Gridmax. Daartegenover staat dat er krachtens het koninklijk besluit van 24 maart 2009 geen nieuwe toewijzingsprocedure meer mogelijk zal zijn na inwerkingtreding van het nieuwe koninklijke besluit.

Het BIPT acht het niet opportuun om in deze overgangsperiode, in afwachting van het nieuwe koninklijk besluit, nog een nieuwe toewijzingsprocedure te lanceren. De band zal immers onderworpen worden aan nieuwe technische karakteristieken en nieuwe voorwaarden. Een uitbreiding van de lijst van gemeenten toestaan zonder rekening te houden met deze nieuwe elementen is niet wenselijk. Het is trouwens niet uitgesloten dat andere operatoren in een dergelijke toewijzingsprocedure het opengestelde spectrum voor tien jaar (vergunningsduur in het huidige KB) zouden verwerven. Dit zou de voorziene uitdoving van het huidige regelgevende kader na afloop van de momenteel lopende vergunningen in 2025 in de weg staan. De huidige toewijzingsprocedure biedt trouwens niet de garanties van het nieuwe koninklijk besluit waarin door het opleggen van een spectrum cap operatoren tot maximaal 100 MHz verwerven. Hierdoor blijft er zeker spectrum beschikbaar voor spelers buiten de drie traditionele operatoren (Orange, Proximus en Telenet Group), wat niet het geval is voor het KB van 24 maart 2009. Er werd in het ontwerp van nieuw koninklijk besluit zoals goedgekeurd door de ministerraad tevens 20 MHz TDD-spectrum op nationaal vlak gezamenlijk voorzien voor de bestaande vergunningshouders (Citymesh en Gridmax).

Het ontwerp van koninklijk besluit voorziet ook in de organisatie van een open, transparante en niet-discriminerende

toewijzingsprocedure om tussen 2020 en 2040 gebruiksrechten toe te wijzen voor de gehele 3400-3800 MHz-band.

Deze open toewijzingsprocedure voor de gehele 3400-3800 MHz-band zou moeten plaatsvinden in 2019. Citymesh zal aan die veilingsprocedure kunnen deelnemen om gebruiksrechten te krijgen over het gehele Belgische grondgebied tot in 2040.

In artikel 13, tweede en vierde lid, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie wordt verwezen naar de verplichting voor het BIPT om rekening te houden met de internationale context voor het onderzoek van de aanvragen voor gebruik van het radiofrequentiespectrum.

Aangaande de problemen met de technische compatibiliteit tussen de 4G- en 5G-systemen in dezelfde frequentieband, wordt momenteel gewerkt aan een besluit van de Europese Commissie.

Het beleid inzake beschikbaarheid van de 3400-3800 MHz-band moet zich aanpassen aan de zeer snelle evolutie op internationaal niveau, van de inzet van deze band in de loop van de laatste maanden en aan de eis om België een koploper te maken in de ontwikkeling van 5G in Europa. Het komt erop aan om een snelle introductie van 5G mogelijk te maken. Als instantie die verantwoordelijk is voor het efficiënte beheer van de radiofrequenties bestaat het doel van het BIPT dus erin de invoering van 5G in België niet in gevaar te brengen. Gelet op deze risico's opteert het BIPT ervoor om geen onmiddellijke nieuwe toewijzingsprocedure te lanceren, maar eerst de technische voorwaarden vast te leggen, in overeenstemming met de toekomstige Europese reglementering.

Conclusie

Het BIPT is van oordeel dat naar aanleiding van uw aanvraag tot uitbreiding van de lijst van gemeenten deze lijst niet kan worden gewijzigd maar ook dat het momenteel niet opportuun is om een oproep tot kandidaten te lanceren. In het kader van een efficiënt frequentiebeheer en rekening houdend met de internationale context, zal het BIPT zo snel mogelijk een open, transparante en niet-discriminerende toewijzingsprocedure organiseren van zodra de nodige juridische teksten beschikbaar zijn. Het BIPT hoopt deze toewijzingsprocedure in 2019 te kunnen uitvoeren.”

- 14.** *Verzoekster is het niet eens met het Tweede Aangevochten Besluit en breidt daarom haar vordering uit het Tweede Aangevochten Besluit.”*

4.2.

Het BIPT vat de feiten als volgt samen:

“A. FEITEN EN RETROACTA

1. *Verzoekende partij is houder van gebruiksrechten in de frequentieband 3,5 GHz. Deze zijn haar door verwerende partij bij besluit van 7 mei 2015 toegekend¹ (Stuk 1).*
2. *Artikel 21 van het Koninklijk Besluit van 24 maart 2009² laat toe aan de radiotoegangsoperator verwerende partij te verzoeken om de lijst van gemeenten die in zijn gebruiksrechten zijn opgenomen, te wijzigen.*
3. *Op 25 september 2017 heeft Citymesh een dergelijke aanvraag gedaan op grond van artikel 21 van het Koninklijk Besluit van 24 maart 2009, met het verzoek de lijst van gemeenten uit te breiden door toevoeging van de gemeenten Werchter en Dranouter (Stuk 2).*
4. *Met een brief van 2 februari 2018 heeft verwerende partij kennisgegeven van het feit dat de lijst niet onmiddellijk kan worden gewijzigd noch dat het starten van een nieuwe procedure momenteel opportuun is (Stuk 3).*

De redenering hiervoor is te vinden in het feit dat op dit ogenblik overlegd wordt over een ontwerp van Koninklijk Besluit betreffende de 3400-3800 MHz-band. Na inwerkingtreding van dit besluit zal de band immers aan nieuwe technische karakteristieken en nieuwe voorwaarden moeten voldoen.

5. *Verzoekende partij vordert de vernietiging van deze brief (eerste bestreden brief).*
6. *Hierna heeft verzoekende partij nog twee aanvragen ingediend bij verwerende partij voor de uitbreiding van haar bestaande gebruiksrechten: enerzijds een aanvraag tot uitbreiding voor de gemeente Aalter op 1 juni 2018 en anderzijds een aanvraag tot uitbreiding voor de gemeente Beveren op 26 juli 2018.*
7. *Op 7 augustus 2018 antwoordde verwerende partij, in dezelfde lijn als in de eerste bestreden brief, dat de lijst van gemeenten niet onmiddellijk kan*

¹ Besluit van 7 mei 2015 betreffende de toekenning aan Citymesh van gebruiksrechten in de 3,5 GHz-frequentieband voor de verstrekking van elektronische-communicatiediensten op het Belgisch grondgebied.

² Koninklijk Besluit van 24 maart 2009 betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 3410-3500/3510-3600 MHz en 10150-10300/10500-10650 MHz.

worden gewijzigd en dat het starten van een nieuwe procedure momenteel niet opportuun is (Stuk 4).

8. *In haar conclusies van 22 augustus 2018 tracht verzoekende partij haar vordering uit te breiden, om in eenzelfde procedure eveneens de vernietiging van de brief van 7 augustus 2018 te kunnen vorderen (tweede bestreden brief)."*

5. Bespreking :

Het BIPT houdt voor dat wat de NV CITYMESH "de aangevochten besluiten" noemt, geen *besluiten* zijn die beroepbaar zijn op grond van artikel 2, § 1 van de wet 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 (hierna "Wet-rechtsmiddelen") en verder dat het eerste beroep door de NV CITYMESH niet tijdig is ingesteld en dat het tweede beroep niet bij wijze van uitbreiding van de vordering door middel van een conclusie kan worden ingesteld.

Volgens de NV CITYMESH zijn de besluiten wel beroepbaar en is het eerste beroep tijdig ingesteld. Het tweede beroep is volgens haar rechtsgeldig ingesteld bij wijze van uitbreiding van de vordering door middel van een op tegenspraak genomen conclusie.

5.1. De ontvankelijkheid van het beroep zoals het werd ingesteld bij het verzoekschrift neergelegd op 11 juni 2018 – Is de brief van het BIPT van 2 februari 2018 te aanzien als een *besluit* in de zin van artikel 2 § 1 van de Wet-rechtsmiddelen ?

5.1.1.

De NV CITYMESH beroept zich op artikel 21 van het koninklijk besluit van 24 maart 2009 betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 3410-3500/3510-3600 MHz en 10150-10300/10500-10650 MHz (hierna het "KB van 24 maart 2009") dat stelt:

*"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." (NV CITYMESH benadrukt)*

De NV CITYMESH gaat er van uit dat wanneer het BIPT een aanvraag op grond van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 ontvangt, het BIPT dan

moet bepalen (en dus besluiten) *ófwel* dat de lijst van gemeenten onmiddellijk kan worden gewijzigd *ófwel* dat er een nieuwe procedure moet worden gestart.

De reactie van het BIPT is volgens haar een “besluit”.

5.1.2.

Het BIPT houdt voor dat nu in de *lex specialis* (artikel 2, §1 van de Wet-rechtsmiddelen, dat stelt: “*tegen de besluiten van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie kan beroep met volle rechtsmacht worden ingesteld bij het Marktenhof, rechtsprekend zoals in kortgeding. Het Instituut is verweerder in de procedure*”), het begrip “besluit” niet wordt gedefinieerd, het begrip moet uitgelegd worden conform het gemeen recht.

Voor het BIPT is er slechts dan spraak van een *besluit* wanneer er “iets beslist” wordt, wanneer het BIPT “een bepaalde beslissing neemt”.

Volgens het BIPT kunnen de bestreden brieven enkel een *besluit* uitmaken als deze tegelijkertijd ook administratieve rechtshandelingen zijn. Dit is volgens haar alleen mogelijk wanneer deze brieven resulteren in een wijziging van de juridische positie van de bestemmingen van deze rechtshandeling, *in casu* de NV CITYMESH.

Er moet volgens haar spraak zijn van een “*door de administratieve autoriteit aangebrachte wijziging aan de juridische situatie*”³.

Het BIPT verwijst nog naar rechtspraak van de Raad van State die heeft geoordeeld:

“Een beroep tot nietigverklaring dient [...] een administratieve rechtshandeling tot voorwerp te hebben. Onder rechtshandeling [...] wordt verstaan een handeling waarbij wordt beoogd rechtsgevolgen te doen ontstaan of te beletten dat zij tot stand komen, waarbij met andere woorden wordt beoogd wijzigingen aan te brengen in een bestaande rechtsregel of rechtstoestand, dan wel zodanige wijzigingen te beletten. De verzoekende partij komt eigenlijk op tegen een beleidskeuze van de overheid. Dat beleid wijzigt de rechtstoestand van de verzoekende partij niet, zodat om die reden

³ Vrije vertaling van : “*L’objet d’un acte administratif est son contenu, l’effet juridique qu’il produit. Il consiste dans la modification apportée, par l’autorité administrative, à l’ordonnancement juridique*”; D. BATSELE, T. MORTIER en M. SCARCEZ, *Manuel de droit administratif*, Bruylant, 2010, p. 488.

alleen al tot de niet-ontvankelijkheid van de vordering dient te worden besloten"⁴. (eigen onderlijning door het BIPT);

of nog:

“Om ontvankelijk te zijn moet het beroep een handeling tot voorwerp hebben die zelf rechtsgevolgen sorteert en die onmiddellijk en rechtstreeks nadeel berokkent aan de verzoekende partij”⁵.

5.1.3.

Krachtens artikel 2 § 1 van de Wet-rechtsmiddelen, kan het Marktenhof bij wijze van een verzoekschrift dat voldoet aan de vormvereisten van art. 2 § 2, gevat worden van een beroep *“tegen de besluiten van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie”*.

Het begrip *“besluit”* is niet gedefinieerd in voornoemde wet. Als nuttige toelichting geldt artikel 2 § 1, tweede lid van dezelfde wet, dat stelt *“iedere persoon die een belang heeft om op te treden, mag het in het eerste lid bedoelde beroep indienen”*.

In de Wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector wordt het begrip *“besluit”* al evenmin gedefinieerd.

Nochtans blijkt uit bepaalde teksten, zo bijvoorbeeld artikel 14 § 2, 1° dat stelt:

“In het kader van zijn bevoegdheden: 1° kan het Instituut op een niet discriminerende wijze alle onderzoeken en openbare raadplegingen organiseren; het moet dergelijke openbare raadplegingen organiseren zodat het rekening houdt met de standpunten van de eindgebruikers, consumenten (met inbegrip van met name consumenten met een handicap), fabrikanten en ondernemingen die elektronische-communicatienetwerken en/of -diensten aanbieden over aangelegenheden die verband houden met alle eindgebruikers- en consumentenrechten met betrekking tot openbare elektronische-

⁴ RvS, 11 december 2014, nr. 229.521, *Kinderopvangvoorziening De Groene Kikker*. Zie ook: RvS, 3 juni 2010, nr. 204.650, *NV Garage Van Asch Willy*.

⁵ RvS, 3 juni 2008, nr. 183.744, *de n.v. VFT BELGIUM*.

communicatiediensten, met name wanneer zij een belangrijke invloed hebben op de markt; deze raadplegingen waarborgen dat bij de besluitvorming van het Instituut inzake vraagstukken die verband houden met de rechten van eindgebruikers en consumenten wat openbare elektronische-communicatiediensten betreft het op passende wijze rekening houdt met de belangen van de consumenten op het gebied van elektronische communicatie” (het hof onderstreept),

dat het begrip “*de besluitvorming van het Instituut*” in een ruime zin moet uitgelegd worden. Deze uitlegging gaat samen met de verwijzing dat iedereen die een belang heeft tegen de besluitvorming van het Instituut kan opkomen.

Het begrip “besluit” zoals het gesteld is in artikel 2 § 1 van de Wet-rechtsmiddelen dient dientengevolge aldus uitgelegd te worden dat het eender welke besluitvorming van het BIPT omvat, ongeacht of het BIPT aan deze besluitvorming zelf de kwalificatie van een “besluit” in haar eigen interpretatie heeft willen geven (van administratieve rechtshandeling zoals dit begrip wordt omschreven in het administratief recht), dan wel of het gaat om een feitelijke besluitvorming die op enigerlei wijze de subjectieve rechten van de rechtstreekse bestemming van deze besluitvorming beïnvloedt, dan wel deze besluitvorming op enigerlei wijze een persoon – om het even dewelke – raakt in diens subjectieve rechten.

Artikel 2 § 1 van de Wet-rechtsmiddelen moet zo uitgelegd worden dat het de bedoeling heeft dat er tegen elke stellingname van het BIPT waardoor rechten van betrokkenen of van derden kunnen beïnvloed worden, een beroep moet openstaan voor het Marktenhof (bij gebreke aan een andere verhaalsmogelijkheid en nu de verhaalsmogelijkheid voor het Marktenhof in de *lex specialis* is vastgelegd).

Deze uitlegging is overigens conform aan de hogere rechtsnorm van artikel 47 van het CFREU ⁶, luidens hetwelk eenieder wiens door het recht van de

⁶ Dit stelt: “Recht op een doeltreffende voorziening in rechte en op een onpartijdig gerecht. Eenieder wiens door het recht van de Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, heeft recht op een doeltreffende voorziening in rechte, met inachtneming van de in dit artikel gestelde voorwaarden. Eenieder heeft recht op een eerlijke en openbare behandeling van zijn zaak, binnen een redelijke termijn, door een onafhankelijk en onpartijdig gerecht dat vooraf bij wet is ingesteld. Eenieder heeft de mogelijkheid zich te laten adviseren, verdedigen en vertegenwoordigen. Rechtsbijstand wordt verleend aan degenen die niet over

Unie gewaarborgde rechten en vrijheden zijn geschonden, recht heeft op een doeltreffende voorziening in rechte.

De verwijzing naar de rechtspraak van de Raad van State is niet dienstig te dezen. De Raad van State heeft krachtens artikel 14 § 1 van de Gecoördineerde wetten van 12 januari 1973 op de Raad van State, rechtsmacht om *indien het geschil niet door de wet aan een ander rechtscollege wordt toegekend, bij wijze van arresten, uitspraak te doen over de beroepen tot nietigverklaring wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht, ingesteld tegen de akten en reglementen: 1° van de onderscheiden administratieve overheden; 2° van de wetgevende vergaderingen of van hun organen, daarbij inbegrepen [.....]. De in het eerste lid bedoelde onregelmatigheden geven slechts aanleiding tot een nietigverklaring als ze, in dit geval, een invloed konden uitoefenen op de draagwijdte van de genomen beslissing, de betrokkenen een waarborg hebben ontnomen of als gevolg hebben de bevoegdheid van de steller van de handeling te beïnvloeden.*” (het hof onderstreept).

In de wetten op de Raad van State wordt duidelijk omschreven welke concrete vormen van besluitvorming beroepbaar zijn. De *lex specialis* zijnde de Wet-rechtsmiddelen, heeft een veel ruimere draagwijdte.

Elke wijze van besluitvorming van het BIPT waardoor de rechtspositie van een persoon (rechtspersoon of fysieke persoon) kan beïnvloed worden, is dienvolgens beroepbaar voor het Marktenhof.

5.1.4.

Nu het BIPT een verzoek van de NV CITYMESH om de lijst van gemeenten uit te breiden *de facto* heeft geweigerd, heeft deze weigering aan de NV CITYMESH de mogelijkheid ontzegd om haar gebruiksrechten naar andere gemeenten uit te breiden en dit, doordat het Aangevochten Besluit aan de NV CITYMESH het recht heeft ontzegd om onmiddellijk gemeenten toe te voegen aan haar gebruiksrechten én de NV CITYMESH zich niet kan

toereikende financiële middelen beschikken, voor zover die bijstand noodzakelijk is om de daadwerkelijke toegang tot de rechter te waarborgen.”

inschrijven in een nieuwe toewijzingsprocedure. Het *de facto* beletten dat er rechtsgevolgen tot stand komen, beïnvloedt de positie en daardoor de subjectieve rechten van de NV CITYMESH.

Een beslissing van het BIPT om de lijst van de gemeenten onmiddellijk te wijzigen is aldus een beslissing in de zin van artikel 2, §1 van de Wet-rechtsmiddelen, waartegen beroep openstaat bij het Marktenhof, hetzelfde moet gelden voor de *“feitelijke beslissing”* van het BIPT om geen gemeenten toe te voegen en om geen oproep tot kandidaten te doen *“omdat het niet opportuun is”* om dit *“nu”* te doen; waarbij toegevoegd wordt dat *“het BIPT hoopt”* dat er in de toekomst - maar zonder dat daaromtrent een precieze datum kan vooropgesteld worden - een toewijzingsprocedure zal opgestart worden.

Het *beoordelen* dat de vraag tot uitbreiden van de lijst van gemeenten *afgewezen wordt* en dat het daarenboven *niet opportuun* is om een oproep tot kandidaten te lanceren, is een besluitvorming van het BIPT.

Het Aangevochten Besluit (van 2 februari 2018) kan niet *“beschouwd worden als een louter indicatieve handeling”* of als *“een uitstel van een beslissing, die in de nabije toekomst zal genomen worden”*.

Het Eerste Aangevochten Besluit belet dat er rechtsgevolgen in hoofde van de NV CITYMESH tot stand komen: het Eerste Aangevochten Besluit heeft tot gevolg dat aan de NV CITYMESH het voordeel van de territoriale uitbreiding van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 - minstens tijdelijk - wordt geweigerd.

Het Eerste Aangevochten Besluit is niet enkel een *“handeling die bestemd is om het standpunt van de autoriteit bekend te maken over de status van een bestaande regelgeving of een toekomstige maatregel”*. 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 zet.

Het Eerste Aangevochten Besluit is zeker ook geen *“uitstel van een beslissing”*. Het BIPT stelt haar beslissing niet uit, het treft meteen een feitelijke besluitvorming over de aanvraag van de NV CITYMESH.

De vraag of het BIPT artikel 3 van het Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 ⁷ op basis waarvan het BIPT elke ontwerpbeslissing m.b.t.

⁷ 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 met betrekking tot elektronische communicatienetwerken door de

elektronische-communicatienetwerken dient voor te leggen aan de regulerende instanties van de drie gemeenschappen, heeft nageleefd is niet relevant voor de beoordeling of de kwestieuze besluitvorming al dan niet als een besluit in de zin van de Wet-rechtsmiddelen moet uitgelegd worden.

Dat het BIPT desgevallend een vormvereiste niet zou hebben nageleefd, zal van belang zijn voor het beoordelen of de beslissing/het besluit inhoudelijk op rechtsgeldige en wettige wijze is tot stand gekomen. Mocht het zo zijn (hetgeen het hof te dezen niet onderzoekt) dat het BIPT zou verzuimd hebben de wettelijke pleegvormen na te leven dan zou dit verzuim desgevallend kunnen leiden tot de vernietiging ervan. Doch deze beoordeling betreft de gegrondheid van een verhaal en niet de ontvankelijkheid ervan en is dienvolgens te dezen niet aan de orde.

5.1.5.

Het verhaal van de NV CITYMESH tegen de besluitvorming zoals deze voorkomt in de brief van 2 februari 2018 (stuk 3 in het dossier van verzoekster) is op zich ontvankelijk indien het is ingesteld conform artikel 2 § 2 van de Wet-rechtsmiddelen (zie hierna punt 5.2.).

5.2. de ontvankelijkheid van het beroep zoals het werd ingesteld bij het verzoekschrift neergelegd op 11 juni 2018 – Is het bij verzoekschrift van 12 juni 2018 door de NV CITYMESH ingestelde beroep tijdig ingesteld in de zin van artikel 2 § 2 van de Wet-rechtsmiddelen ?

5.2.1.

Volgens artikel 2 § 2, eerste alinea van de Wet-rechtsmiddelen wordt het beroep, op straffe van nietigheid die ambtshalve wordt uitgesproken, ingesteld door middel van een ondertekend verzoekschrift dat wordt ingediend ter griffie van het hof van beroep van Brussel binnen een termijn van zestig dagen na de kennisgeving van het besluit of bij gebreke aan een kennisgeving, na de publicatie van het besluit of bij gebreke aan een publicatie, na de kennisname van het besluit (het hof onderstreept).

Daar de brief van 2 februari 2018 aan de NV CITYMESH is gericht, begint de termijn te dezen te lopen vanaf de datum van de kennisgeving.

De brief dateert van 2 februari 2018, het verzoekschrift dat neergelegd werd op 12 juni 2018 is buiten de termijn van 60 dagen neergelegd.

5.2.2.

Volgens de NV CITYMESH is haar hoger beroep tegen het Eerste Aangevochten Besluit evenwel tijdig ingesteld aangezien de beroepstermijn van 60 dagen volgens haar geen aanvang heeft genomen.

De NV CITYMESH steunt zich hiervoor op artikel 2, 4° van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur (hierna de “wet van 11 april 1994”) dat luidt als volgt:

“Art. 2 Met het oog op een duidelijke en objectieve voorlichting van het publiek over het optreden van de federale administratieve overheden:

[...]

4° vermeldt elk document waarmee een beslissing of een administratieve handeling met individuele strekking uitgaande van een federale administratieve overheid ter kennis wordt gebracht van een bestuurde, de eventuele beroepsmogelijkheden, de instanties bij wie het beroep moet worden ingesteld en de geldende vormen en termijnen; bij ontstentenis neemt de verjaringstermijn voor het indienen van het beroep geen aanvang.”

De NV CITYMESH stelt dat de wet van 11 april 1994 volgens haar artikel 1 van toepassing is op federale administratieve overheden. Het BIPT is een federale administratieve overheid en moet de Wet van 11 april 1994 dus naleven.

Het BIPT heeft dus volgens de NV CITYMESH de verplichting om op elk document houdende een beslissing met individuele strekking, de eventuele beroepsmogelijkheden, de instanties bij wie het beroep moet worden ingesteld, de geldende vormen en termijnen te vermelden.

Indien het BIPT dit niet doet, dan bepaalt artikel 2,4° van de wet van 11 april 1994 dat de beroepstermijn van 60 dagen uit artikel 2 § 2 van de Wet-rechtsmiddelen geen aanvang neemt.

Het Eerste Aangevochten Besluit is volgens de NV CITYMESH een document met een beslissing met individuele strekking in de zin van artikel 2, 4° van de wet van 11 april 1994. Dit document moest dus de eventuele beroepsmogelijkheden, de instanties bij wie het beroep moet worden ingesteld, de geldende vormen en termijnen vermelden.

Het is niet betwist dat het Eerste Aangevochten Besluit geen vermelding van de eventuele beroepsmogelijkheden, van de instanties bij wie het beroep moet worden ingesteld en de geldende vormen en termijnen bevat.

Gelet op het feit dat artikel 2, 4° van de wet van 11 april 1994 van openbare orde is, heeft het Marktenhof volgens de NV CITYMESH, geen appreciatiemarge om hierover te oordelen.

5.2.3.

Voor de toepassing van de wet van 11 april 1994 is vereist dat het document uitgaat van een administratieve overheid, waarbij artikel 1 specificeert: *“voor de toepassing van deze wet wordt verstaan onder: 1° administratieve overheid: een administratieve overheid als bedoeld in artikel 14 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State; [...]”*.

Artikel 14 van de wetten op de Raad van State luidt als volgt:

“Indien het geschil niet door de wet aan een ander rechtscollege wordt toegekend, doet de afdeling uitspraak, bij wijze van arresten, over de beroepen tot nietigverklaring wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht, ingesteld tegen de akten en reglementen: [.....].”

De door de NV CITYMESH aangehaalde bepaling van de wet van 11 april 1994 is dienvolgens niet toepasselijk nu de *lex specialis* te weten de Wet-rechtsmiddelen bevoegdheid verleent enkel aan het Marktenhof (en niet aan de Raad van State) ⁸.

Er is dus te dezen geen “conflict” tussen twee wetten van openbare orde, de Wet van 11 april 1994 is toepasselijk op alle documenten die uitgaan van een administratieve overheid en waartegen een verhaal kan ingesteld worden voor de Raad van State, de Wet-rechtsmiddelen regelt de wijze en de termijnen van rechtsingang voor beroepen bij het Marktenhof tegen beslissingen van het BIPT.

Het *besluit* van het BIPT (het Eerste aangevochten besluit) diende dienvolgens niet te voldoen aan de regel van artikel 2, 4° van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur.

5.2.4.

Het door de NV CITYMESH, bij verzoekschrift neergelegd ter griffie van het hof van beroep te Brussel op 12 juni 2018, ingestelde beroep tegen *“het besluit van het BIPT van 2 februari 2018 betreffende de aanvraag 3,5 GHz*

⁸ Vgl. : Cass. 23 oktober 2000, *Arr.Cass.* 2000, 1640; <http://www.cass.be> op datum, arrest nummer F.99.0107.F; *JLMB* 2002, 182; *RW* 2002-03, 182.

licentie voor 2 extra gemeenten”, is laattijdig. Het beroep is dienvolgens nietig op grond van artikel 2 § 2 Wet-rechtsmiddelen.

Het beroep ingesteld door een nietig verzoekschrift is niet ontvankelijk.

5.3. de ontvankelijkheid van de uitbreiding van het initieel ingestelde beroep tot een beroep tegen het (tweede) aangevochten besluit zoals dat gesteld is in de brief van het BIPT van 7 augustus 2018 – Is dit beroep dat werd ingesteld bij conclusie neergelegd op 22 augustus 2018, ontvankelijk ?

De NV CITYMESH vordert de uitbreiding van haar vordering en steunt deze uitbreiding op artikel 807 Ger. W.

Bij conclusie neergelegd ter griffie van het hof op 22 augustus 2018 vordert zij de nietigverklaring van een “tweede aangevochten besluit” van het BIPT, ditmaal van de brief van 7 augustus 2018 (stuk 7 in het dossier van verzoekster).

Andermaal bepaalt de *lex specialis* de wijze van rechtsingang en legt de wet aan het Marktenhof op om ambtshalve elke wijze van rechtsingang die niet aan de vereisten van artikel 2 § 2 Wet-rechtsmiddelen voldoet, nietig te verklaren, doch opdat een vordering zou kunnen uitgebreid worden op grond van artikel 807 Ger. W. - in de mate dat dit artikel op het Marktenhof toepasselijk zou zijn op grond van artikel 1042 Ger. W. dat zich niet bevindt in titel III “hoger beroep” de artikelen 1050 tot 1072 Ger. W. daar waar artikel 3 van de wet-rechtsmiddelen bepaalt dat enkel “*de bepalingen uit het Gerechtelijk Wetboek met betrekking tot het beroep*” toepasselijk zijn en niet de regels met betrekking tot “de rechtsmiddelen” – is vereist dat de initiële vordering, dit wil zeggen de vordering die men wil uitbreiden, op ontvankelijke wijze is ingesteld.

Immers, hoe dan ook, om te beoordelen of een vordering (krachtens artikel 807 Ger. W. of op welke andere mogelijke grondslag ook) zou kunnen uitgebreid worden, is het niet dienend te onderzoeken of de oorspronkelijke vordering toelaatbaar en gegrond is, maar wel moet de initiële akte van rechtsingang rechtsgeldig zijn ⁹.

In de mate dat te dezen het bij verzoekschrift dat door de NV CITYMESH op 12 juni 2018 werd neergelegd ingestelde beroep nietig is (zie punt 5.2.), dient niet verder onderzocht te worden of een beroep tegen een Eerste aangevochten besluit, in de loop van het geding, kan uitgebreid worden tegen een er op volgende (dus tweede) aangevochten besluit en dit bij wijze van een op tegenspraak genomen conclusie.

⁹ Sven MOSSELMANS, “De aanpassing van de vordering in de zin van artikel 807 Ger. W.” in X, *Goed procesrecht – Goed procederen*, Mechelen, Kluwer, 2004, (309), 322, nr. 25 ; Jean LAENENS, Karen BROECKX, Dirk SCHEERS, *Handboek gerechtelijk recht*, Intersentia, Antwerpen-Oxford, 2004, 440, nr. 940.

Het bij conclusie van 22 augustus 2018 door de NV CITYMESH ingestelde beroep tegen het “tweede aangevochten besluit van 7 augustus 2018” is niet ontvankelijk.

6. Beslissing.

Het door de NV CITYMESH op 12 juni 2018 ingestelde beroep tegen het “Eerste aangevochten besluit zijnde de brief van het BIPT van 2 februari 2018” is nietig omwille van laattijdigheid.

Het door de NV CITYMESH bij conclusie neergelegd ter griffie op 22 augustus 2018 ingestelde beroep tegen de “Tweede aangevochten besluit zijnde de brief van het BIPT van 7 augustus 2018” is niet ontvankelijk daar de initiële akte van rechtsingang niet rechtsgeldig is.

7. De kosten.

Overeenkomstig de wet van 21 april 2007 en het KB van 26 oktober 2007 wordt de rechtsplegingvergoeding begroot op de basisvergoeding van € 1.440,00.

OM DEZE REDENEN,

HET MARKTENHOF

Gezien artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het gebruik der talen in gerechtszaken,

Verklaart het door de NV CITYMESH bij ter griffie van het hof van beroep te Brussel op 12 juni 2018 neergelegde verzoekschrift ingestelde beroep tegen het “Eerste aangevochten besluit zijnde de brief van het BIPT van 2 februari 2018”, nietig;

Verklaart het door de NV CITYMESH bij conclusie neergelegd ter griffie op 22 augustus 2018 ingestelde beroep tegen de “Tweede aangevochten besluit zijnde de brief van het BIPT van 7 augustus 2018” niet ontvankelijk;

Veroordeelt de NV CITYMESH tot de gerechtskosten, vereffend op € 1.440,00 rechtsplegingvergoeding.

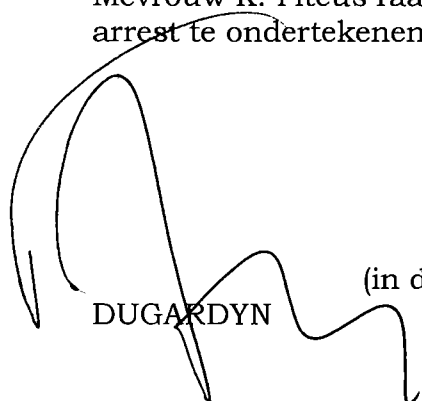

* * *

Aldus gewezen in openbare burgerlijke terechtzitting van de kamer 18N van het Hof van Beroep te Brussel, samengesteld uit:

Dhr. M. Bosmans, Raadsheer dd. Voorzitter, Mevr. K. Piteus, Raadsheer en Dhr. O. Dugardyn, Plaatsvervangende raadsheer

die alle zittingen hebben bijgewoond en die over de zaak hebben beraadslaagd.

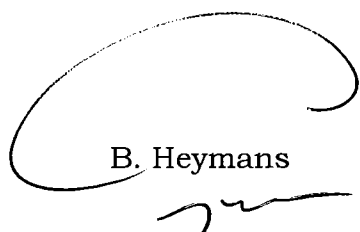
Mevrouw K. Piteus raadsheer, verkeert in de onmogelijkheid om het arrest te ondertekenen.

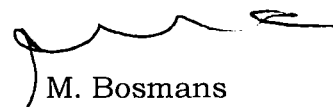
 (in de onmogelijkheid om te tekenen)
DUGARDYN PITEUS  BOSMANS

Het werd uitgesproken door

M. BOSMANS, Raadsheer dd. voorzitter
Bijgestaan door B. HEYMANS Griffier

op 19 september 2018.


B. Heymans


M. Bosmans