

VERZOEKSCRIFT TOT NIETIGVERKLARING

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

VOOR: **Telenet Group NV**, met zetel gevestigd te 2800 Mechelen, Liersesteenweg 4, ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0462.925.669, vertegenwoordigd door de heer John Porter, gedelegeerd bestuurder, en de heer Dieter Nieuwdorp, bestuurder;

Hierna "Telenet" genoemd,

Verzoekende partij;

Bijgestaan door Mters **Thomas De Meese** en **Karl Stas**, advocaten, met kantoor te 1000 Brussel, Joseph Stevensstraat 7, waar keuze van woonplaats wordt gedaan;

TEGEN: Het **Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie**, met zetel gevestigd te 1030 Brussel, Koning Albert II-laan 35 bus 1, Ellipsgebouw C, ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0243.405.860;

Hierna "BIPT" genoemd,

Verwerende partij;

BESLISSING WAARTEGEN BEROEP WORDT INGESTELD:

De beslissing van het BIPT van onbekende datum waarbij het BIPT aan de kandidaat met de fictieve identiteit Laplace het enige perceel bedoeld in artikel 25, eerste lid, van het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz toewijst voor een bedrag van € 83.340.000 (hierna de "**bestreden beslissing**"). Het BIPT heeft Telenet van deze beslissing kennisgegeven bij brief van 28 maart 2022 (mededeling op basis van artikel 36, §1 van hetzelfde koninklijk besluit).

CODE AARD VAN DE ZAAK: I.1.a – BIPT.

PLAATS, DATUM EN UUR VAN VERSCHIJNING

De onderhavige zaak zal worden ingeleid op de zitting van het Hof van beroep te Brussel, sectie Marktenhof (19^{de} kamer A), Poelaertplein, 1000 Brussel, op 1 juni 2022, om 9u00, zaal 1.32.

I. Weergave van de feiten

A. Voorstelling van Telenet

1. Telenet is een kabeloperator met een vast netwerk dat heel Vlaanderen, 13 gemeenten in Brussel-Hoofdstad en zeven Waalse gemeenten dekt.
2. Dankzij de overname van KPN Group Belgium (BASE) in 2016 is Telenet ook een volwaardige mobiele netwerkoperator (MNO¹) geworden die mobiele telefoniediensten aanbiedt over het gehele Belgische grondgebied.
3. Telenet is houder van exclusieve gebruiksrechten voor mobiel radiospectrum in de 800 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2100 MHz en 2600 MHz frequentiebanden. Zij gebruikt deze om mobiele telefoniediensten aan het publiek aan te bieden op basis van de 2G (GSM/DCS), 3G (UMTS) en 4G (LTE) technologieën. Daarnaast heeft het BIPT aan Telenet tijdelijke gebruiksrechten toegekend in de 3600 MHz frequentieband met het oog op het ontplooiën van een 5G-netwerk.

Frequentieband	Allocatie	Geldig tot
800 MHz	10 MHz duplex	29/11/2033
900 MHz	7,6 MHz duplex	15/09/2022 ^{2,3}
1800 MHz	20 MHz duplex	15/09/2022 ³
2100 MHz	14,8 MHz duplex	15/09/2022 ³
2600 MHz	15 MHz duplex	30/06/2027

¹ "Mobile network operator" (mobiele netwerkoperator), d.w.z. een operator die over een eigen mobiele netwerkinfrastructuur (netwerk van zendmasten) beschikt.

² De gebruiksrechten in de 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz frequentiebanden zouden aanvankelijk aflopen op 15 maart 2021. Het was de bedoeling dat voor die datum een spectrumveiling georganiseerd zou worden. Omdat er in de schoot van het Overlegcomité geen overeenstemming kon bereikt worden over de verdeling van de opbrengst van de veiling, is de veiling echter uitgesteld. Om te vermijden dat er voor de organisatie van de veiling geen geldige vergunningen meer zouden zijn, heeft de regering een koninklijk besluit aangenomen dat het BIPT in staat stelt om de vergunningen te verlengen tot na 15 maart 2021, telkens voor een maximumperiode van zes maanden, tot de veiling afgerond is (zie koninklijk besluit van 3 december 2020 tot wijziging van het koninklijk besluit van 7 maart 1995 betreffende het opzetten en de exploitatie van GSM-mobilofonienetten, het koninklijk besluit van 24 oktober 1997 betreffende het opzetten en de exploitatie van DCS-1800-mobilofonienetten en 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). Het BIPT heeft de vergunningen ondertussen al driemaal verlengd (laatst tot 15 september 2022, zie volgende voetnoot).

³ Bij besluit van 11 maart 2022 heeft het BIPT de 2G- en 3G-vergunningen verlengd tot 15 september 2022, zie persbericht van 14 maart 2022, <https://www.bipt.be/index.php/operatoren/publicatie/besluit-van-11-maart-2022-betreffende-de-verlenging-van-de-2g-en-3g-vergunningen>.

(Continued...)

3600 MHz	50 MHz TDD ⁴	Tot toekenning definitieve rechten of uiterlijk 6/5/2025 ⁵
----------	-------------------------	---

4. Telenet is de kleinste van de drie MNO's die mobiele diensten aan het grote publiek aanbieden, met een marktaandeel op de retailmarkt (in 2020) van ~21%, na Proximus (~42%) en Orange (~30%).⁶ De MVNO's⁷ (o.a. Lycamobile) vertegenwoordigen ongeveer 6% van de markt (2020). In 2021 versterkte Proximus zijn positie van marktleider nog met de overname van de MVNO's Mobile Vikings en JIM Mobile (goed voor ca. 2% marktaandeel – het marktaandeel van de MVNO's is overeenkomstig gedaald onder de 5%).⁸

B. Historiek van de toewijzing van de mobiele vergunningen in België

5. In de jaren 1990 heeft België die mobiele vergunningen in de 900 MHz- en 1800 MHz-frequentiebanden toegewezen aan Belgacom Mobile (thans Proximus), Mobistar (thans Orange Belgium) en KPN Orange Belgium (thans Telenet/BASE) (de “**2G-vergunningen**”). BASE kreeg pas als laatste een vergunning (op een ogenblik dat Belgacom en Mobistar al een klantenbasis opgebouwd hadden) en kreeg aanvankelijk ook slechts frequenties toebedeeld in de 1800 MHz-band, die door de slechtere propagatie-eigenschappen van die frequenties economisch minder gunstig waren.⁹ Uiteindelijk kreeg BASE ook frequenties in de 900 MHz-band, hoewel nooit zoveel als de twee andere MNO's.¹⁰
6. Initieel waren de 2G-vergunningen geldig voor 15 jaar, maar zij konden stilzwijgend vernieuwd worden met periodes van 5 jaar (wat ook gebeurd is).
7. In 2001 heeft de overheid drie vergunningen toegewezen in de 2100 MHz (2 GHz)-band, aan de drie bestaande operatoren (de “**3G-vergunningen**”). Deze vergunningen waren

⁴ “Time Division Duplex”.

⁵ Besluit van de Raad van het BIPT van 14 juli 2020 inzake de toekenning aan Telenet Group van voorlopige gebruiksrechten in de 3600-3800MHz-band.

⁶ Marktaandeel in termen van omzet, 2020. In termen van aantal abonnees waren de marktaandelen als volgt: 39% Proximus, 26% Orange en 24% Telenet, MVNO 10%.

⁷ “Mobile Virtual Network Operator”, d.w.z. een operator die niet over een eigen netwerk van zendmasten beschikt maar gebruik maakt van wholesaletoeegang tot het netwerk van een MNO om op de retailmarkt mobiele diensten aan te bieden.

⁸ Beslissing BMA-2021-C/C-10 van de Belgische Mededingingsautoriteit van 31 mei 2021 in zaak nr. MEDE-C/C-21/0006, Proximus/Mobile Vikings, <https://www.bma-abc.be/nl/beslissingen/21-cc-10-proximus-nv-mobile-vikings-nv>.

⁹ Hoe hoger de radiofrequentie, hoe minder de propagatie van het signaal. Dit wil zeggen dat de signalen die de GSM-masten in de 900 MHz-band uitzenden verder reiken dan in de 1800 MHz-band. Bijgevolg zijn er meer zendmasten nodig in de 1800 MHz-band dan in de 900 MHz-band om dezelfde dekking te bereiken.

¹⁰ Telenet/BASE heeft momenteel 7,6 MHz duplex in de 900 MHz-band, tegenover 12,4 MHz duplex voor Proximus en 11,6 MHz duplex voor Orange.

(Continued...)

geldig voor een periode van 20 jaar (tot 15 maart 2021), maar konden stilzwijgend vernieuwd worden met periodes van 5 jaar.

8. In 2010 heeft de regering besloten om het einde van de geldigheid van de 2G-vergunningen te laten samenvallen met die van de 3G-vergunningen en deze niet meer (stilzwijgend) te verlengen na de afloop van de initiële geldigheidsduur van de 3G-vergunningen. Alle 2G- en 3G-vergunningen zouden dus gelijktijdig aflopen op 15 maart 2021 en er zou voor die datum een multibandveiling georganiseerd worden om de gebruiksrechten opnieuw toe te wijzen.
9. In 2011 verwierf Telenet Tecteo Bidco, een *joint venture* (gemeenschappelijke onderneming) tussen de kabeloperators Telenet en Tecteo¹¹ (VOO), gebruiksrechten in de 2100 MHz-band (de zgn. “**vierde 3G-vergunning**”) en daaraan gekoppeld ook in de 900 MHz- en 1800 MHz-banden. Telenet was op dat ogenblik al actief op de mobiele markt dankzij een MVNO-overeenkomst met Mobistar (nu Orange Belgium). Uiteindelijk heeft Telenet Tecteo Bidco geen eigen 3G-netwerk uitgerold maar de vergunning in 2014 teruggegeven.
10. In 2012 heeft het BIPT een veiling georganiseerd voor gebruiksrechten in de 2.6 GHz-band (de “**4G-vergunningen**”). Er werden vier vergunningen toegewezen, drie aan de bestaande operatoren en één aan een speler uit Hong Kong, Datang/BUCD (later Voyacom). Voyacom werd nadien overgenomen door de Amerikaanse groep Airspan en herdoopt tot Dense Air Belgium. Dense Air Belgium levert geen mobiele diensten aan het publiek maar stelt haar frequenties ter beschikking aan de MNO's om hun netwerken te “verdichten”. In 2020 verwierf Citymesh nog een frequentieblok in de 2600 MHz-band dat niet was toegewezen tijdens de veiling in 2012. De gebruiksrechten in de 2600 MHz-band zijn geldig tot 2027 (behalve de vergunning van Citymesh, die geldig is tot 2035).
11. In 2013 werd een veiling gehouden voor gebruiksrechten in de 800 MHz-band. De drie bestaande MNO's verwierven elk een gelijk aantal frequenties in deze band (10 MHz duplex). Deze rechten zijn nog geldig tot 2033.
12. In 2016 nam Broadband Belgium de gebruiksrechten van b.light en Mac Telecom in de 3400-3600 MHz frequentieband over. Die rechten waren toen nog geldig tot 2019, maar werden door het BIPT voor vijf jaar verlengd (tot 2024). In 2017 gaf Broadcom deze rechten echter terug na een desinvesteringsbeslissing van de aandeelhouders. Vandaag bezitten alleen Citymesh en Gridmax nog gebruiksrechten in de 3400-3600 MHz band, die nog geldig zijn tot 2025. Zij gebruiken deze voor private bedrijfsnetwerken op basis van de 4G- of 5G-technologie. De Belgische IT-dienstenverlener Cegeka verwierf in 2020 de controle over beide ondernemingen.
13. In juli 2020 heeft het BIPT voorlopige vergunningen voor de uitrol van 5G toegewezen in de 3600-3800 MHz-band aan Proximus, Orange Belgium, Telenet, Cegeka en Entropia

¹¹ Tecteo is de vroegere naam van Nethys, van wie de telecomactiviteiten ondertussen zijn overgeheveld naar VOO NV. Recent heeft Orange Belgium VOO NV overgenomen (de overname moet wel nog goedgekeurd worden door de mededingingsautoriteiten).

(de “voorlopige 5G-vergunningen”). Deze twee laatste zagen echter uiteindelijk af van de vergunningen.

14. De 900 MHz- en 1800 MHz-banden werden ondertussen opengesteld voor andere technologieën dan 2G (GSM en DCS) en de 2100 MHz-band voor andere technologieën dan 3G (UMTS). Zo worden de 1800 en 2100 MHz-banden nu ook gebruikt voor 4G (LTE). De tabel hieronder geeft een overzicht van welke technologieën in welke frequentiebanden worden gebruikt.

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

Figuur 29. Technologie per band (bron: BIPT)

15. De tabel hieronder geeft een samenvatting van de huidige gebruiksrechten in de verschillende frequentiebanden.

Band	Operator 1	Operator 2	Operator 3	Operator 4	Operator 5	Geldig tot
800 MHz	Proximus 10 x 2 MHz	Orange 10 x 2 MHz	Telenet 10 x 2 MHz	-	-	29/11/2033
900 MHz	Proximus 12,4 x 2 MHz	Orange 11,6 x 2 MHz	Telenet 7,6 x 2 MHz	-	-	15/9/2022 ¹²
1800 MHz	Proximus 25 x 2 MHz	Orange 25 x 2 MHz	Telenet 20 x 2 MHz	-	-	15/9/2022 ¹²
2100 MHz	Proximus 15 x 2 MHz	Orange 15 x 2 MHz	Telenet 14,8 x 2 MHz	- (14.8 MHz beschikbaar)	-	15/9/2022 ¹²
2600 MHz	Proximus 20 x 2 MHz FDD ¹³	Orange 20 x 2 MHz FDD	Telenet 15 x 2 MHz FDD	Citymesh (Cegeka) 15 x 2 MHz FDD	Dense Air 45 MHz TDD	30/6/2027
3400-3600 MHz	Citymesh (Cegeka) 40 MHz	Gridmax (Cegeka) 40 MHz	-	-	-	6/5/2025
3600-3800 MHz	Proximus 50 MHz TDD	Orange 50 MHz TDD	Telenet 50 MHz TDD	-	-	Tot toekenning definitieve rechten of uiterlijk 6/5/2025

16. Er zijn vandaag dus drie MNO's (Proximus, Orange Belgium en Telenet/BASE) die mobiele diensten aanbieden aan het grote publiek, naast enkele MVNO's zoals Lycamobile. Elk van de drie MNO's heeft een netwerk uitgerold met een nationale dekking in 2G, 3G en 4G. Daarnaast zijn zij begonnen met de uitrol van 5G in delen van het land, op basis van voorlopige gebruiksrechten in de 3600-3800 MHz band. Van deze drie operatoren is Telenet de kleinste, zowel wat betreft aantal klanten en marktaandeel (zie hoger) als wat betreft de hoeveelheid toegewezen spectrum. De overige spelers die mobiel spectrum in handen hebben (Citymesh/Gridmax, Dense Air) verlenen tot op heden uitsluitend diensten aan bedrijven.

C. De spectrumveiling

17. Reeds in juli 2018 heeft de federale regering teksten met betrekking tot de organisatie van een multibandveiling goedgekeurd. Het betreft enerzijds de veiling van de gebruiksrechten in de 900 MHz, 1800 MHz en 2100 MHz spectrumbanden na afloop van de bestaande 2G- en 3G-vergunningen (die op 15 maart 2021 zouden vervallen¹⁴), en anderzijds de veiling van "nieuw" spectrum in de 700 MHz, 1400 MHz en 3400-3800 MHz

¹² Bij besluit van 11 maart 2022 heeft het BIPT de gebruiksrechten in de 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz frequentiebanden voor een derde maal verlengd tot 15 september 2022 (zie *supra*, voetnoten 2 en 3).

¹³ "Frequency Division Duplex".

(Continued...)

frequentiebanden, die op Europees niveau als prioritaire banden voor de 5G-technologie werden geïdentificeerd.¹⁵ Artikel 54 van EU-richtlijn 2018/1972 van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (hierna “**EWEC**”) getiteld “gecoördineerde tijdschema’s betreffende toewijzingen voor specifieke 5G-banden” bepaalt dat de lidstaten uiterlijk tegen 31 december 2020 alle passende maatregelen moeten nemen om het gebruik van voldoende grote blokken in de band van 3,4 tot 3,8 GHz toe te staan om de uitrol van 5G te vergemakkelijken.

18. Door onenigheid in het Overlegcomité over de verdeling van de opbrengst van de veiling tussen de federale Staat en de deelstaten, werd de multibandveiling echter meermaals uitgesteld.
19. Daarnaast werden de koninklijke besluiten betreffende de 2G- en 3G-vergunningen gewijzigd om het BIPT in staat te stellen om deze vergunningen te verlengen tot na 15 maart 2021, telkens voor een maximumperiode van zes maanden, totdat de veiling afgerond is.¹⁶ Het BIPT heeft de vergunningen ondertussen al driemaal verlengd, laatst nog tot 15 september 2022.¹⁷
20. Op 22 januari 2021 keurde de Ministerraad ontwerpen van koninklijk besluit goed met betrekking tot de veiling van frequenties in de 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2100 MHz, 1400 MHz en 3400-3800 MHz frequentiebanden, naast een koninklijk besluit om het BIPT de mogelijkheid te geven ongebruikte gebruiksrechten in de 2600 MHz band in te trekken en een wetsontwerp strekkende tot de aanpassing van artikel 30 van de wet van 13 juni 2005 betreffende elektronische communicatie (“**WEC**”) wat betreft het bedrag van de eenmalige heffingen voor de frequenties.¹⁸
21. Het Overlegcomité besprak het dossier op 12 februari 2021 en vroeg de bevoegde minister o.a. om de studie die het BIPT in 2018 had uitgevoerd over de impact van de komst van een vierde mobiele operator¹⁹ te actualiseren. Het BIPT publiceerde een geactualiseerde studie op 4 mei 2021.²⁰ De Raad van State (afdeling wetgeving) gaf zijn advies op 4 oktober 2021. Op 21 oktober 2021 keurde de Ministerraad het pakket in

¹⁵ Radio Spectrum Policy Group, Strategic roadmap towards 5G for Europe: Opinion on spectrum related aspects for next-generation wireless systems (5G), RSPG16-032 Final.

¹⁶ Koninklijk besluit van 3 december 2020 tot wijziging van het koninklijk besluit van 7 maart 1995 betreffende het opzetten en de exploitatie van GSM-mobilofonienetten, het koninklijk besluit van 24 oktober 1997 betreffende het opzetten en de exploitatie van DCS-1800-mobilofonienetten en 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.

¹⁷ Zie *supra*, voetnoten 2 en 3.

¹⁸ <https://news.belgium.be/nl/mobiele-netwerken-en-elektronische-communicatie>.

¹⁹ Impactstudie van 26 juni 2018 betreffende een vierde mobiele netwerkoperator op de Belgische mobiele markt (stuk 3).

²⁰ Mededeling van de Raad van het BIPT van 4 mei 2021 betreffende de impact van de vierde mobiele netwerkoperator op de Belgische mobiele markt (stuk 4). Deze mededeling was vergezeld van een studie door de consultant Axon (stuk 5).

(Continued...)

tweede lezing goed²¹ en op 24 november 2021 zette ook het Overlegcomité het licht op groen.²²

22. De KB's werden op 28 november 2021 door het Staatshoofd ondertekend en op 23 december 2021 in het *Belgisch Staatsblad* gepubliceerd.
23. Bij verzoekschrift van 21 februari 2022 heeft Telenet bij de Raad van State een beroep tot nietigverklaring ingesteld tegen de bepalingen van de koninklijk besluiten van 28 november 2021 die voorzien in een reservering van spectrum in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz, 2 GHz en 700 MHz ten gunste van nieuwkomers op de markt, namelijk:
 - Artikelen 25 t.e.m. 37 van het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende de radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz;
 - Artikel 24 van het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende de radiotoegang in de frequentieband 700 MHz.²³
24. Op 14 januari 2022 heeft het BIPT de oproep tot kandidaatstelling voor de spectrumveiling gepubliceerd. Kandidaten hadden tot 16 februari 2022 de tijd om hun kandidaatstelling in te dienen bij het BIPT.²⁴
25. Op 22 maart 2022 maakte het BIPT bekend dat het vijf kandidaturen had ontvangen en deze na onderzoek alle ontvankelijk had verklaard.²⁵ Dit betekent dat, naast de drie bestaande mobiele operatoren, er zich twee nieuwkomers hebben aangediend. Elke kandidaat kreeg een fictieve identiteit toegekend.
26. Bij brief van 28 maart 2022 (stuk 1) deelde het BIPT aan Telenet mee dat het enige perceel bedoeld in artikel 25, eerste lid van het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz²⁶ werd

²¹ <https://news.belgium.be/nl/bepalingen-betreffende-openbare-mobiele-netwerken>.

²² <https://www.vrt.be/vrtnws/nl/2021/11/24/5g/>.

²³ Zie bericht voorgeschreven bij artikel 3^{quater} van het besluit van de Regent van 23 augustus 1948 tot regeling van de rechtspleging voor de afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State in het *Belgisch Staatsblad* van 4 mei 2022, p. 40828.

²⁴ <https://www.bipt.be/index.php/operatoren/publicatie/het-bipt-publiceert-oproep-tot-kandidaatstelling-voor-toekomstig-radiospectrum>.

²⁵ <https://www.bipt.be/index.php/operatoren/publicatie/vijf-mobiele-operatoren-ontvankelijk-verklaard-voor-de-radiospectrum-veiling>.

²⁶ Artikel 25, eerste lid van het KB definieert een perceel bestaande uit (i) één frequentieblok van 5 MHz duplex in de 900 MHz-band; (ii) drie frequentieblokken van 5 MHz duplex in de 1800 MHz-band (dus in totaal 15 MHz duplex); (iii) een frequentieblok van 5 MHz duplex in de 2 GHz-band en (iv) een frequentieblok van 5 MHz duplex in de 700 MHz-band. Zie ook tabel onder randnr. 34. Het derde lid van artikel 25 bepaalt dat, wanneer er slechts één kandidaat zijn wens heeft uitgedrukt om biedingen te mogen uitbrengen voor dit volledige perceel, er geen veiling wordt georganiseerd voor de betrokken frequentieblokken, maar deze rechtstreeks aan deze kandidaat worden toegewezen. Blijkbaar is dit wat er gebeurd is. Indien er meer dan één kandidaat interesse had getoond voor het volledige perceel, dan moest er een veiling georganiseerd worden voor dit perceel. Indien er geen enkele kandidaat interesse had getoond voor het volledige perceel, dan zouden de 6 frequentieblokken die er deel van uitmaken als 6 afzonderlijke percelen geveild moeten worden (artikel 25, tweede lid).

toegewezen aan de kandidaat met de fictieve identiteit “Laplace” voor een bedrag van € 83.340.000. De brief preciseert dat deze te beschouwen is als een kennisgeving op basis van artikel 36, §1 van hetzelfde besluit.

27. Het is deze beslissing tot toewijzing van het volledige gereserveerde spectrum aan de kandidaat met de fictieve identiteit “Laplace” die het voorwerp vormt van onderhavig beroep tot nietigverklaring.
28. De start van de multibandveiling is aangekondigd voor 1 juni 2022.

D. De queeste naar de vierde mobiele operator

29. Bij de veiling van de 3G-vergunningen in 2001 werden er vier blokken spectrum aangeboden in de 2100 MHz-band. Er was echter geen interesse voor het vierde blok dat onbenut bleef. Pas in 2010 werd dit vierde blok toegewezen aan Telenet Tecteo Bidco, die daardoor ook recht kreeg op een hoeveelheid spectrum in de 900 MHz- en 1800 MHz-banden. Telenet Tecteo Bidco ontpopte zich echter niet tot de vierde mobiele operator maar moest uiteindelijk de vergunning teruggeven in 2014 omdat de investeringskost te hoog was. Telenet was op dat ogenblik al actief in de mobiele markt als “full MVNO” op het netwerk van Orange (toen Mobistar geheten). In 2016 verwierf Telenet uiteindelijk een eigen mobiel netwerk met nationale dekking dankzij de overname van BASE (destijds: BASE Company NV).
30. Om deze overname goedgekeurd te krijgen door de Europese Commissie, moest Telenet een verbintenis aanbieden om Mobile Vikings en JIM Mobile te verkopen aan DPG Media (Mediaaan). Het was de bedoeling dat Mobile Vikings een “full MVNO” zou worden op het netwerk van Telenet om zo de concurrentie te stimuleren. Mobile Vikings werd inderdaad “full MVNO”, maar DPG Media besloot uiteindelijk om Mobile Vikings te verkopen aan marktleider Proximus (transactie aangekondigd in december 2020 en voltooid medio 2021, na goedkeuring door de Belgische Mededingingsautoriteit).
31. De 4G-veiling in 2011 leidde evenmin tot de toetreding van een vierde operator tot de markt. Voyacom (later Dense Air) verwierf weliswaar een aanzienlijk blok spectrum (45 MHz) maar toonde nooit interesse om een eigen netwerk uit te rollen of diensten aan het grote publiek aan te bieden.
32. In een studie in opdracht van het BIPT met betrekking tot “de valorisatie van het spectrum”, oordeelde de consultant Analysys Mason in 2015 dat er geen spectrum in de 700 MHz en 1400 MHz-banden moest gereserveerd worden voor een vierde mobiele operator:

“Voor de toewijzing van de 700 MHz- en de 1400 MHz-band in België bevelen wij niet aan om spectrum te reserveren voor potentiële nieuwkomers, en wel om de volgende redenen:

- *De waarschijnlijkheid dat nieuwkomers de markt betreden is uiterst gering, en dit wordt nog versterkt door het feit dat eerdere pogingen zijn mislukt (bv. Bidco's vierde 3G-licentie).*

- De mobiele markt in België is verzadigd en concurrerend, waardoor de waarschijnlijkheid van belangstelling van nieuwkomers om op de markt te komen verder gereduceerd wordt.
- Aangezien er reeds drie mobiele-netwerkexploitanten en een ander bedrijf (VOYACOM) met aanzienlijke spectrumbezit zijn, is het onwaarschijnlijk dat een nieuwkomer op lange termijn in staat zou zijn om op lange termijn een winstgevende mobiele activiteit te ontwikkelen.
- De hoeveelheid [spectrum in] de 700 MHz- en 1400 MHz-banden die zal worden toegewezen is beperkt en wij geloven dat de bestaande mobiele-netwerkexploitanten allemaal een redelijke hoeveelheid in deze banden zullen willen verwerven.
- Veel spectrumreserveringen in andere Europese landen hebben niet tot een positief resultaat geleid.²⁷ (Wij onderlijnen.)

33. In de impactstudie van 2018 oordeelde het BIPT dat de Belgische mobiele markt niet gekenmerkt werd door grote concurrentieproblemen. Het stelde o.m. vast dat de prijzen een dalende trend vertoonden en dat de dekking en dienstkwaliteit uitstekend waren.²⁸ In de geactualiseerde versie van deze studie van 4 mei 2021 komt het BIPT in wezen nog altijd tot dezelfde conclusies.²⁹ Opeenvolgende studies hebben dus geen marktfalen ("market failure") kunnen vaststellen in de (kleinhandels)markt voor mobiele diensten. Ook op groothandelsniveau stelt men vast dat de drie MNO's vrijwillig toegang geven tot hun netwerk aan MVNO's, die hierdoor met hen kunnen concurreren op het niveau van de kleinhandelsmarkt.

²⁷ Analysys Mason, Report for the BIPT: Study regarding the value of spectrum for public mobile systems, 31 december 2015, bijlage bij mededeling van de Raad van het BIPT van 25 januari 2016 met betrekking tot de resultaten van de studie van Analysys Mason in verband met de valorisatie van het spectrum voor publieke systemen (stuk 2), p. 48. Vrije vertaling van: "For the award of the 700MHz and the 1400MHz bands in Belgium, we do not recommend that any spectrum be reserved for potential new entrants, for the following reasons:

- *The likelihood of new entry in the market is extremely low, and this is reinforced by the fact that previous attempts have failed (i.e. Bidco's fourth 3G licence).*
- *The mobile market in Belgium is saturated and competitive, reducing the likelihood of interest in the market from new entrants.*
- *Given that there are already three MNOs and another company (VOYACOM) with significant spectrum holdings, it is unlikely that a new entrant would be able to develop a profitable mobile business in the long term.*
- *The amount of the 700MHz and 1400MHz bands that will be awarded is limited and we believe that existing MNOs will all want to acquire a fair amount in these bands.*
- *Many spectrum reservations in other European countries did not lead to a positive outcome."*

²⁸ Stuk 3, p. 77.

²⁹ Stuk 4.

(Continued...)

34. Desalniettemin bepalen het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende de radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz en het koninklijk besluit van dezelfde datum betreffende de radiotoegang in de frequentieband 700 MHz (hierna de “**spectrum-KB’s**”) dat er spectrum gereserveerd wordt voor een vierde operator in de 900 MHz, 1800 MHz, 2100 MHz en 700 MHz-banden. De onderstaande tabel geeft een overzicht van het beschikbare en voorbehouden spectrum:³⁰

Frequentieband	Totale capaciteit	Spectrumcap	Voorbehouden spectrum	
			Voor elke bestaande operator	Voor een nieuwkomer
900 MHz (duplex)	35	15	5	5
1800 MHz (duplex)	75	30	15	15
2000 MHz (duplex)	60	25	10	5
700 MHz (duplex)	30	10	-	5
1400 MHz (SDL)	90	35	-	-
3600 MHz (TDD)	390	100	-	-

35. Deze spectrumreserveringen zouden, indien zij benut worden door een nieuwkomer, leiden tot een verlies van spectrum voor minstens één van de bestaande MNO's, zelfs indien de nieuwkomer niet meer dan het gereserveerde spectrum verwerft, namelijk:
- In de 900 MHz-band: verdeling 15/10/5/5 of 10/10/10/5 MHz duplex (in plaats van 12,4/11,6/7,6 MHz duplex nu);
 - In de 1800 MHz-band: verdeling 30/15/15/15 of 25/20/15/15 of 20/20/20/15 MHz duplex (in plaats van 25/25/20 MHz nu).
36. Het verlies van spectrum, vooral in de 900 MHz-band, zou leiden tot een vermindering van de capaciteit en kwaliteit van de netwerken van de bestaande operatoren die aan spectrum zouden inboeten. Om dit te vermijden zouden zij zich genoodzaakt zien om de oudere technologieën (2G en 3G) versneld uit te faseren om capaciteit vrij te maken voor 4G en 5G (wat uiteraard ten koste zou gaan van de ondersteuning van oudere eindapparatuur³¹). Dat de reservering van spectrum voor een nieuwkomer tot een degradatie van de netwerken van de bestaande operatoren en een versnelde uitfasering van de oudere technologieën kan leiden, wordt door het BIPT ook uitdrukkelijk erkend.³²

³⁰ De tabel wijkt licht af van die op p. 58 van de BIPT-impactstudie (stuk 4) omdat de oorspronkelijk geplande spectrumreservering van 10 MHz duplex in de 2100 MHz-band in het uiteindelijke kb verminderd werd tot 5 MHz duplex. Zie artikel 25, eerste lid, 3° juncto artikel 4, §1, 4° van het kb van 28 november 2021 betreffende de radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz.

³¹ Dit zou een directe impact hebben, niet alleen op gebruikers met oudere mobiele toestellen, maar ook op talrijke M2M (machine-to-machine) toepassingen.

³² Mededeling van de Raad van het BIPT van 4 mei 2021 betreffende de impact van de vierde mobiele netwerkoperator op de Belgische mobiele markt (stuk 4), pp. 61-62. Zie ook rn. 21 van de executive summary.

(Continued...)

Het BIPT merkt op dat, als één van de bestaande operatoren slechts 5 MHz duplex zou verwerven in de 900 MHz-band, het “onmogelijk [zou] zijn voor die operator om een 2G- en een 3G-dekking te houden” en het dus “erg waarschijnlijk [is] dat die operator geen andere keuze zou hebben dan 3G onmiddellijk na de veilingen stop te zetten”.³³ Daarnaast zou het verlies aan spectrum in de 1800 MHz-band volgens het BIPT “een verlies aan 4G-capaciteit en/of een vermindering van de pieksnelheid van 4G met zich kunnen brengen”.³⁴

37. Het is belangrijk te benadrukken dat de toetreding van een vierde mobiele operator ook zonder de spectrumreservering mogelijk zou blijven. Er wordt slechts een klein deel van het spectrum voorbehouden aan de bestaande MNO's om de continuïteit van de dienstverlening te verzekeren. Voor de rest kan iedere geïnteresseerde speler spectrum verwerven door deel te nemen aan de veiling. Bovendien zijn er al andere maatregelen genomen om de toetredingsdrempels tot de markt te verlagen. Het BIPT erkent dit ook:

*“Ten slotte moet opgemerkt worden dat een vierde operator theoretisch altijd de mogelijkheid heeft om toe te treden. Het enige element dat ter discussie ligt is of er al dan niet een spectrumportfolio voorbehouden moet worden voor een vierde speler. De andere maatregelen (nationale roaming, meer flexibiliteit in tijdsschema's, enz.) ten voordele van een vierde operator staan niet ter discussie.”*³⁵

In elk van de frequentiebanden wordt reeds een maximum gesteld aan de hoeveelheid spectrum die eenzelfde speler kan verwerven (zie tabel hierboven, kolom “spectrum cap”). Dit laat reeds toe te verzekeren dat de bestaande MNO's de markt niet kunnen vergrendelen door al het spectrum op te kopen. Daarnaast zijn er nog andere maatregelen genomen om markttoetreding te bevorderen (zoals het recht op nationale roaming, enz.). Een spectrumreservering is dan ook absoluut geen *conditio sine qua non* om de toetreding van een vierde operator “mogelijk” te maken.³⁶ Die toetreding is ook zonder spectrumreservering perfect mogelijk.

³³ *Ibidem*, rn. 220.

³⁴ *Ibidem*, rn. 221. Het BIPT voegt nog toe dat, hoewel het verlies aan spectrum in de 1800 MHz-band deels zou kunnen gecompenseerd worden door spectrum in de 2100-MHz band, dit toch kan leiden tot een daling van de dekking wegens de minder goede propagatie-eigenschappen van het 2 GHz-spectrum.

³⁵ *Ibidem*, rn. 109.

³⁶ In tegenstelling tot wat het BIPT lijkt te suggereren in de impactstudie (stuk 4), rn. 113 (in contradictie met zijn vaststellingen elders in de studie).

II. In rechte

A. Ontvankelijkheid van het beroep

1. *Ontvankelijkheid ratione temporis*

38. Het BIPT heeft bij brief d.d. 28 maart 2022 Telenet ingelicht dat het enige perceel bedoeld in artikel 25, eerste lid van het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende de radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz toegewezen is aan de kandidaat met de fictieve identiteit “Laplace”. Deze brief werd dezelfde dag nog via e-mail naar Telenet gezonden.
39. Artikel 2, §2, eerste lid 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 (hierna “**wet rechtsmiddelen**”) bepaalt dat een beroep tot nietigverklaring van een besluit van het BIPT “*op straffe van onontvankelijkheid die ambtshalve wordt uitgesproken, ingesteld [wordt] door middel van een verzoekschrift, waarbij het aangevochten besluit is bijgevoegd en 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*” (wij onderlijnen). Indien we beschouwen dat de mededeling per e-mail van de brief van 28 maart 2022 een “kennisgeving” was in de zin van deze bepaling, is de laatste nuttige dag om het beroep in te stellen 27 mei 2022.
40. Artikel 2, 4° van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur bepaalt echter dat “*elk document [van een federale administratieve overheid] 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 [vermeldt]*” en dat “*bij ontstentenis [van deze vermelding] de verjaringstermijn voor het indienen van het beroep geen aanvang [neemt]*”. Nu de brief van het BIPT de beroepsmogelijkheden niet vermeldt, kan men dus beschouwen dat de beroepstermijn nog geen aanvang heeft genomen.
41. Hoe dan ook is het beroep tijdig ingesteld.

2. *Ontvankelijkheid ratione materiae*

42. Het Marktenhof is bevoegd om kennis te nemen van beroepen “*tegen de besluiten van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie*” (art. 2, §1 wet rechtsmiddelen).
43. Uw Hof heeft reeds geoordeeld dat “*een brief uitgaand van het BIPT als een impliciet besluit en dus als een aanvechtbare handeling kan beschouwd worden voor zover zij bindende rechtsgevolgen heeft en dus van aard is om de belangen van [de verzoekende partij] te beïnvloeden. Alle expliciete of impliciete besluiten (of rechtscheppende*

handelingen) die het BIPT aanneemt zijn onderworpen aan de jurisdictionele controle van het Marktenhof³⁷.

44. De bestreden beslissing wijst het volledige voor een nieuwkomer op de mobiele markt (de "vierde mobiele operator") gereserveerde spectrum toe aan de kandidaat met de fictieve identiteit "Laplace". Het gaat om in totaal 30 MHz duplex, nl. twee blokken van 5 MHz duplex in de banden onder 1 GHz en nog eens 20 MHz duplex in de banden boven 1 GHz (zie *supra*, tabel onder randnr. 34). Er zal wat dit spectrum betreft geen veiling meer gehouden worden (cf. artikel 25, derde lid van het KB: "*wordt de veiling overeenkomstig de bepalingen van artikelen 26 tot 36 niet georganiseerd*").
45. Daarnaast stelt de bestreden beslissing ook het bedrag vast dat "Laplace" voor dit spectrum zal moeten betalen, namelijk € 83.340.000.
46. De bestreden beslissing heeft dus onmiskenbaar bindende rechtsgevolgen en wijzigt rechtstoestand van zowel Laplace als de andere kandidaten (overigens met inbegrip van de andere nieuwkomer – de vijfde kandidaat).
47. Weliswaar moet de precieze locatie in de frequentieband van de aan Laplace toegekende frequentieblokken nog bepaald worden na de veiling van de overige frequentieblokken in elke band en volgt er dan nog een formele "toekenning" van de gebruiksrechten krachtens artikel 60 van het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende de radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz. Het recht op het spectrum is echter al verworven door Laplace en de bestreden beslissing bepaalt reeds zowel het voorwerp als de kostprijs van dit recht. Met andere woorden, de bestreden beslissing doet in hoofdte van Laplace een recht ontstaan op de 6 betrokken frequentieblokken voor de aangegeven prijs. De bestreden beslissing is dus niet slechts een voorbereidende handeling. De latere beslissing van het BIPT waarbij specifieke frequentieblokken (d.w.z. met een welbepaalde positie in de band) worden toegekend kan immers niet afwijken van de bestreden beslissing wat betreft de identiteit van de begunstigde, de hoeveelheid spectrum en de prijs. Wat die essentiële voorwaarden betreft heeft de bestreden beslissing zekere en definitieve rechtsgevolgen.
48. Het is trouwens net om die reden dat artikel 36, §1 van hetzelfde koninklijk besluit voorziet in een kennisgeving aan alle ontvankelijk bevonden kandidaten (en niet alleen aan de begunstigde van de toewijzing). Welke andere reden kan dit hebben dan de andere kandidaten toe te laten desgevallend hun recht op verhaal tegen die beslissing uit te oefenen? De brief van het BIPT van 28 maart 2022 vermeldt uitdrukkelijk dat zij als kennisgeving in de zin van artikel 36, §1 te beschouwen is.

³⁷ Brussel (19^{de} k. A – Marktenhof) 4 september 2019, 2019/AR/408, pt. 29. Vrije vertaling van: "*une lettre émanant de l'IBPT peut effectivement être considérée comme une décision implicite et donc un acte attaquant en ce qu'elle produit des effets juridiques obligatoires de nature à affecter les intérêts de [la partie requérante]. Toutes les décisions (ou actes formatifs) explicites ou implicites que l'IBPT adopte ainsi sont bien soumises au contrôle*".

(Continued...)

49. Het rechtstreeks en onvermijdelijk gevolg van de rechtstreekse³⁸ toewijzing van de zes frequentieblokken – in totaal 30 MHz duplex – aan Laplace is dat er minder spectrum beschikbaar zal zijn voor de bestaande mobiele operatoren (MNO's), waaronder Telenet.³⁹ In elk geval zal minstens één van de bestaande MNO's het moeten stellen met minder spectrum dan voorheen in de 900 MHz en 1800 MHz-banden. Om te proberen een *status quo* in deze banden te behouden, zal Telenet meer moeten opbieden dan indien er geen spectrum zou worden opzigezet voor een vierde operator. Indien Telenet er niet in slaagt een *status quo* te behouden, zullen extra investeringen in het netwerk nodig zijn om dezelfde kwaliteit te behouden. In elk mogelijk scenario zal de investeringskost voor Telenet dus toenemen. Bovendien zal Telenet bij spectrumverlies, vooral in de 900 MHz-band, keuzes moeten maken (bv. versneld uitfaseren van 2G en 3G om capaciteit vrij te maken voor 4G/5G) die een ernstige impact zullen hebben op haar vermogen om op de mobiele markten te concurreren.
50. Daarnaast wordt ook het beschikbare spectrum in de 700 MHz-band beperkt. Om een ruime dekking van goede kwaliteit te kunnen realiseren is het echter cruciaal om voldoende spectrum te verwerven in de lagere banden (700 MHz en 900 MHz). In een *worst case* (slechtst mogelijk) scenario waarbij Telenet in de 900 MHz-band aan spectrum zou inboeten en bovendien slechts 5 MHz spectrum zou verwerven in de 700 MHz-band, zal dit een belangrijke concurrentiehandicap voor Telenet betekenen, omdat het dan meer antennesites dan de andere MNO's zal moeten bouwen om een even uitgebreide geografische dekking en een even goede indoor dekking te kunnen realiseren met gelijkwaardige kwaliteit en capaciteit. Maar hoe dan ook zal vooral dit schaarse spectrum in de lage banden door de spectrumreservering duurder worden (door de beperking van het aanbod zal er meer voor opgeboden moeten worden).
51. De bestreden beslissing is dus onbetwistbaar griefhoudend voor Telenet. Bijgevolg heeft Telenet het vereiste belang om de nietigverklaring van deze bepalingen te vorderen.

B. Enig middel

1. *Samenvatting van het middel*

52. De verzoekende partij ontleent een enig middel aan de schending van de artikelen 52.2 en 67.2 van richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (hierna "**EWEC**"), in Belgisch recht omgezet door de artikelen 24/2, §2 en 55 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie ("**WEC**"),⁴⁰ in

³⁸ D.w.z. buiten de veiling om.

³⁹ Zie Mededeling van de Raad van het BIPT van 4 mei 2021 (stuk 4), pp. 59-62 (afdeling 6.4 "Impact in termen van beschikbaarheid van spectrum voor de bestaande operatoren"). Weliswaar mogen de drie gevestigde MNO's niet deelnemen aan de afzonderlijke veiling m.b.t. het gereserveerd spectrum (art. 25, vierde lid van het KB), maar deze afzonderlijke veiling wordt uiteraard maar georganiseerd voor zover er spectrum opzigezet wordt voor nieuwkomers – wat volgens Telenet strijdig is met hogere normen, zie hierna – en er zich ook kandidaten aandienen voor dat gereserveerd spectrum.

⁴⁰ Artikel 24/2 werd ingevoegd door artikel 66 van de wet van 21 december 2021 houdende omzetting van het Europees Wetboek voor elektronische communicatie en wijziging van diverse bepalingen inzake elektronische communicatie, *B.S.* 31 december 2021, p. 126491 (met inwerkingtreding op 9 januari 2022).

combinatie met het beginsel van de loyale samenwerking zoals vastgelegd in artikel 4(3) van het Verdrag betreffend de Europese Unie (“VEU”) en/of artikel 159 van de Grondwet.

53. De bestreden beslissing reserveert spectrum voor een nieuwkomer, d.w.z. een kandidaat die nog geen MNO is in België (zie *supra*, rn. 8).
54. Artikel 52.2 EWEC en 24/2, §2 WEC bepalen echter dat het reserveren van spectrum voor toewijzing aan nieuwe marktdeelnemers slechts mogelijk is als dit “passend en gerechtvaardigd is gezien de specifieke situatie op de nationale markt” en op basis van “een objectieve en toekomstgerichte beoordeling de mededingingsomstandigheden op de markt, van de vraag of dergelijke maatregelen noodzakelijk zijn om daadwerkelijke mededinging in stand te houden of tot stand te brengen en van de waarschijnlijke effecten van dergelijke maatregelen op bestaande en toekomstige investeringen door marktdeelnemers, met name op het gebied van de uitrol van netwerken”.
55. De bestreden beslissing reserveert (in navolging van de spectrum-KB’s) spectrum voor een nieuwkomer zonder dat naar behoren werd onderzocht, laat staan aangetoond, dat dit noodzakelijk is om daadwerkelijke mededinging op de mobiele markt in stand te houden of tot stand te brengen. Bijgevolg is niet voldaan aan de voorwaarden die krachtens artikel 52.2 EWEC, zoals omgezet door artikel 24/2, §2 WEC, gesteld worden aan de reservering van spectrum ten gunste van nieuwkomers.
56. Gelet op de verplichting van de lidstaten – met inbegrip van hun rechtsprekende organen – om alle nodige en geschikte maatregelen te nemen om de nakoming van de uit de EU-verdragen of de secundaire wetgeving van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren en zich te onthouden van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen (art. 4(3) VEU); alsook gelet op de verplichting van de hoven en rechtbanken om de algemene verordeningen alleen toe te passen in zoverre zij met de wetten (d.w.z. alle hogere normen, inclusief het supranationaal Unierecht) overeenstemmen, dient Uw Hof de bestreden beslissing, die uitvoering geeft aan de met artikelen 52.2 EWEC en 24/2, §2 WEC strijdige bepalingen van voornoemde koninklijke besluiten van 28 november 2021, nietig te verklaren.

2. Uiteenzetting van het middel

a. Inleiding

57. Uit artikel 4(3) VEU en artikel 159 GW volgt dat Uw Hof de bestreden beslissing rechtstreeks kan toetsen aan het Unierecht en aan de wet. Dat de bestreden beslissing uitvoering geeft aan een koninklijk besluit is daartoe geen beletsel. De bepalingen van de spectrum-KB’s waarop de bestreden beslissing gebaseerd is werden zelf trouwens binnen de daartoe voorziene termijn aangevochten voor de Raad van State (zie *supra*, rn. 23). Indien de relevante bepalingen van de spectrum-KB’s onwettig zijn (strijdig met hogere normen waaronder het EWEC en het WEC), dan is Uw Hof hoe dan ook verplicht deze bepalingen terzijde te schuiven.
58. Artikel 4(3) VEU bepaalt:

“Krachtens het beginsel van loyale samenwerking respecteren de Unie en de lidstaten elkaar en steunen zij elkaar bij de vervulling van de taken die uit de Verdragen voortvloeien.

De lidstaten treffen alle algemene en bijzondere maatregelen die geschikt zijn om de nakoming van de uit de Verdragen of uit de handelingen van de instellingen van de Unie voortvloeiende verplichtingen te verzekeren.

De lidstaten vergemakkelijken de vervulling van de taak van de Unie en onthouden zich van alle maatregelen die de verwezenlijking van de doelstellingen van de Unie in gevaar kunnen brengen.”

59. De geadresseerden van deze bepaling zijn de lidstaten in al hun geledingen, met inbegrip van de rechtsprekende organen. Op basis van dit beginsel van loyale samenwerking (of Unietrouw) heeft het Hof van Justitie geoordeeld dat *“de nationale rechter, belast met de toepassing, in het kader zijner bevoegdheid, van de bepalingen van het gemeenschapsrecht, verplicht is zorg te dragen voor de volle werking dezer normen, daarbij zo nodig, op eigen gezag, elke strijdige bepaling van de – zelfs latere – nationale wetgeving buiten toepassing latende, zonder dat hij de voorafgaande opheffing hiervan via de wetgeving of enig andere constitutionele procedure heeft te vragen of af te wachten”*.⁴¹
60. Als bepalingen van supranationaal Unierecht hebben de bepalingen van het EWEC voorrang op het nationaal recht.⁴² In het bekende *Smeerkaas* arrest oordeelde het Hof van Cassatie dat elke rechter verplicht is de bepalingen van intern recht die strijdig zijn met het Unierecht buiten toepassing te laten.⁴³
61. Indien Uw Hof dus oordeelt dat, zoals hierna betoogd, de bepalingen van de spectrum-KB's die voorzien in een spectrumreservering ten gunste van nieuwkomers niet voldoen aan de voorwaarden die het EWEC aan het nemen van dergelijke maatregel stelt, heeft het niet alleen het recht maar zelfs de plicht om deze bepalingen van de KB's buiten toepassing te laten.
62. Het logische en onvermijdelijke gevolg hiervan is dan dat de bestreden beslissing, die volledig op deze bepalingen is gestoeld en er uitvoering aan geeft, vernietigd moet worden wegens strijdigheid met dezelfde bepalingen van het Unierecht en het ontbreken van een geldige rechtsgrondslag.
63. De toepassing van artikel 159 van de Grondwet leidt tot dezelfde conclusie. Dit artikel bepaalt dat *“de hoven en rechtbanken [...] de algemene, provinciale en plaatselijke besluiten en verordeningen alleen toe[passen] in zoverre zij met de wetten overeenstemmen”*. Deze grondwetsbepaling is bekend als de grondslag van de “exceptie van onwettigheid”, maar volgens gevestigde rechtspraak van het Hof van Cassatie kan

⁴¹ HvJ 9 maart 1978, 106/77, *Simmenthal*, EU:C:1978:49, r.o. 24.

⁴² HvJ 5 juli 1964, 6/64, *Costa t. Enel*, ECLI:EU:C:1964:66.

⁴³ Cass. 27 mei 1971, *Arr. Cass.* 1971, p. 959.

(Continued...)

zij ingeroepen worden “bij wijze van hoofdvordering, exceptie of verweer”.⁴⁴ Het Hof van Cassatie heeft eveneens geoordeeld dat artikel 159 van de Grondwet in algemene bewoordingen is gesteld en geen onderscheid maakt tussen de erin bedoelde besluiten. De bepaling is dus van toepassing op alle rechtshandelingen van het bestuur, d.w.z. zowel verordenende besluiten (reglementen) als individuele besluiten.⁴⁵

64. Er wordt aangenomen dat krachtens artikel 159 van de Grondwet de rechter de “besluiten en verordeningen” niet alleen aan de “wetten” in de formele zin kan toetsen, maar ook aan gelijkwaardige rechtsnormen (decreten en ordonnanties) en aan hogere rechtsnormen (bv. de Grondwet of een internationaal verdrag).⁴⁶ In casu kan Uw Hof dus de spectrum-KB’s toetsen aan artikel 24/2, §2 WEC (die een wet in de formele zin is) en zelfs rechtstreeks aan artikel 52.2 EWEC (als norm van supranationaal recht).
65. Artikel 159 van de Grondwet houdt voor de rechter de verplichting in om de toepassing van een onwettige bestuurshandeling te weigeren. Bijgevolg, indien Uw Hof vaststelt dat – zoals hierna betoogd – de bepalingen van de spectrum-KB’s die voorzien in een spectrumreservering niet voldoen aan de voorwaarden die het WEC en het EWEC aan het nemen van een dergelijke uitzonderingsmaatregel stellen, dan dient het deze bepalingen buiten toepassing te laten.
66. De enige mogelijke conclusie is dan opnieuw dat de bestreden beslissing nietig verklaard moet worden wegens strijdigheid met diezelfde Belgische en Uniebepalingen en het ontbreken van een geldige rechtsgrondslag.
67. De bestreden beslissing bevat geen enkele eigen motivering.⁴⁷ Bij gebreke aan motivering van de spectrumreservering in de bestreden beslissing verwijst verzoekster hierna dan ook naar de motivering van de desbetreffende bepalingen in de spectrum-KB’s waar de bestreden beslissing uitvoering aan geeft.

b. Voorwaarden voor het reserveren van spectrum voor nieuwkomers

68. Artikel 52.2 EWEC bepaalt:

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

[...]

⁴⁴ Cass. 2 februari 2006, nr. C.04.0495.N, Arr. Cass. 2006, nr. 67, p. 255.

⁴⁵ Cass. 21 april 1988, Arr. Cass. 1988, nr. 504, p. 1045; Cass. 9 januari 1997, Arr. Cass. 1997, nr. 20, p. 43.

⁴⁶ A. Mast et al., o.c. (*supra* n. **Error! Bookmark not defined.**), nr. 1217, p. 1105 en de daar aangehaalde rechtspraak en rechtsleer.

⁴⁷ De brief van het BIPT van 28 maart 2022 is strikt genomen trouwens niet de beslissing zelf, maar slechts een kennisgeving ervan. Telenet heeft dus in feite (nog) geen kennis kunnen nemen van de eigenlijke beslissing.

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

[...]

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

69. Artikel 67.2 EWEC bepaalt:

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

a) marktontwikkelingen die van invloed zijn op de waarschijnlijkheid dat de relevante markt naar daadwerkelijke mededinging neigt;

b) elke vorm van concurrentiedruk, op wholesale- en op retailniveau, ongeacht de vraag of de bronnen van die druk worden beschouwd als elektronische communicatienetwerken, elektronische communicatiediensten of andere types diensten of toepassingen die vanuit het oogpunt van de eindgebruiker vergelijkbaar zijn, en ongeacht de vraag of die druk deel uitmaakt van de relevante markt;

c) andere soorten opgelegde regelgeving of maatregelen waardoor de relevante markt dan wel verwante retailmarkt of -markten gedurende de desbetreffende periode wordt of worden beïnvloed, met inbegrip van, maar niet beperkt tot, overeenkomstig de artikelen 44, 60 en 61 opgelegde verplichtingen;

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

Artikel 67 EWEC gaat over de marktanalyseprocedure die de nationale regelgevende instanties (NRI's) moeten volgen alvorens zij *ex ante* verplichtingen (zoals prijsregulering en/of netwerktoegang) kunnen opleggen aan operatoren met “aanmerkelijke marktmacht” (AMM). Het eerste lid van artikel 67 EWEC bepaalt met name dat de NRI's, om te bepalen of een markt in aanmerking komt voor *ex ante* regelgeving, de zgn. “drie criteria toets” moeten toepassen. Dit houdt in dat de markt aan de volgende criteria moet voldoen: (a) er zijn er zijn hoge en niet-tijdelijke toegangsbelemmeringen van structurele, wettelijke of regelgevende aard aanwezig; (b) er is een marktstructuur die niet neigt naar

daadwerkelijke mededinging binnen de relevante periode, gezien de toestand van de op infrastructuur gebaseerde en andere mededinging die aan de toegangsbelemmeringen ten grondslag ligt; (c) het mededingingsrecht alleen is niet voldoende om het vastgestelde marktfalen op adequate wijze aan te pakken.

70. Artikel 52 EWEC werd in Belgisch recht omgezet door artikel 24/2 WEC, ingevoegd door artikel 66 van de wet van 21 december 2021 houdende omzetting van het Europees Wetboek voor elektronische communicatie en wijziging van diverse bepalingen inzake elektronische communicatie.⁴⁸ Artikel 24/2, §2 WEC bepaalt thans (sinds 10 januari 2022):

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

[...]

2° het reserveren van een bepaald deel van een radiospectrumband of een groep van banden voor toewijzing aan nieuwe marktdeelnemers, als dit passend en gerechtvaardigd is gezien een specifieke situatie op de nationale markt;

[...]

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

71. Artikel 55 WEC zet artikel 67 EWEC om in Belgisch recht en bepaalt in §§1 en 2:

“§ 1. Het Instituut onderzoekt of de relevante markt, gedefinieerd overeenkomstig artikel 54, beantwoordt aan alle volgende voorwaarden:

1° er zijn hoge en niet-tijdelijke toegangsbelemmeringen van structurele, wettelijke of regelgevende aard aanwezig;

2° er is een marktstructuur die niet neigt naar daadwerkelijke mededinging binnen de relevante periode, rekening houdend met de toestand van de op infrastructuur gebaseerde mededinging en andere factoren die een invloed kunnen hebben op de concurrentie, onafhankelijk van de toegangsbelemmeringen;

⁴⁸ Belgisch Staatsblad van 31 december 2021, p. 126491 (inwerkingtreding: 10 januari 2022).

3° het mededingingsrecht alleen is niet voldoende om het vastgestelde marktfalen op adequate wijze aan te pakken.

De relevante markten die in de Aanbeveling zijn vermeld, worden geacht te voldoen aan de in het eerste lid bedoelde voorwaarden, tenzij het Instituut vaststelt dat niet is voldaan aan een van die voorwaarden voor de betreffende geografische markt.

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

1° marktontwikkelingen die van invloed zijn op de waarschijnlijkheid dat de relevante markt naar daadwerkelijke mededinging neigt;

2° elke vorm van concurrentiedruk, op wholesale- en op retailniveau, ongeacht de vraag of de bronnen van die druk worden beschouwd als elektronische-communicatienetwerken, elektronische-communicatiediensten of andere types diensten of toepassingen die vanuit het oogpunt van de eindgebruiker vergelijkbaar zijn, en ongeacht de vraag of die druk deel uitmaakt van de relevante markt;

3° andere soorten opgelegde regelgeving of maatregelen waardoor de relevante markt dan wel verwante retailmarkt of -markten gedurende de desbetreffende periode wordt of worden beïnvloed;

4° regelgeving die op andere relevante markten krachtens artikel 54 is opgelegd.”

72. Artikel 52 EWEC vervangt in feite artikel 5 van besluit 243/2012/EU van het Europees Parlement en de Raad van 14 maart 2012 tot vaststelling van een meerjarenprogramma voor het radiospectrumbeleid (dat door artikel 125 EWEC werd opgeheven). Artikel 5.2 van dit besluit bepaalde het volgende:

“Ten behoeve van lid 1, eerste alinea, en onverminderd de toepassing van de concurrentieregelgeving en de maatregelen die door de lidstaten zijn vastgesteld ter verwezenlijking van een doelstelling van algemeen belang overeenkomstig artikel 9, lid 4, van Richtlijn 2002/21/EG, kunnen de lidstaten onder meer de volgende maatregelen vaststellen:

[...]

b) het voorbehouden van een deel van een frequentieband of een groep van banden voor toewijzing aan nieuwe marktdeelnemers, als dit passend is gezien de situatie op de nationale markt;

[...]” (Wij onderlijnen.)

Nieuw ten opzichte van deze vroegere bepaling is dus dat artikel 52.2 EWEC nadrukkelijk vereist dat de bevoegde nationale autoriteiten (in België: het BIPT) de concurrentievoorwaarden op de markt onderzoeken alvorens een maatregel van spectrumreservering ten gunste van nieuwkomers op te leggen. Meer bepaald kan een

dergelijke maatregel thans alleen nog opgelegd worden wanneer, op basis van “een objectieve en toekomstgerichte beoordeling van de mededingingsomstandigheden op de markt” vastgesteld wordt dat “dergelijke maatregelen **noodzakelijk** zijn om daadwerkelijke mededinging in stand te houden of tot stand te brengen” (wij onderlijnen).

73. Er is daarbij een zorgvuldige beoordeling nodig van de mogelijke gevolgen van beperkende maatregelen zoals spectrumreserveringen op de mededinging in de markt. De considerans 133 van de preambule van de EWEC overweegt in dit verband het volgende:

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

74. Bij de evaluatie van het oude regelgevende kader was gebleken dat lidstaten al te vaak maatregelen zoals spectrumplafonds en spectrumreserveringen namen zonder gedegen evaluatie van de noodzaak van deze maatregelen voor de mededinging op de markt:

“Artikel 5 van het RSPP⁴⁹ is specifiek en noemt verschillende maatregelen zoals het beperken van de hoeveelheid spectrum waarvoor aan een onderneming gebruiksrechten worden verleend (spectrum caps), het verbinden van voorwaarden aan dergelijke gebruiksrechten, het reserveren van een bepaald deel van een frequentieband voor

⁴⁹ D.i. het hierboven reeds aangehaalde besluit van 14 maart 2012.

nieuwkomers, het weigeren van het verlenen van nieuwe rechten of nieuwe gebruikers in bepaalde banden, het verbieden van of het stellen van voorwaarden aan de overdracht van rechten of het wijzigen van bestaande rechten. Al deze maatregelen zijn waardevol in die zin dat zij kunnen en moeten worden gebruikt in gevallen waarin zij de concurrentie kunnen bevorderen of marktverstoringen kunnen voorkomen. De meeste marktdeelnemers en verscheidene overheidsinstanties die op de openbare raadpleging over de herziening hebben gereageerd, zijn namelijk van mening dat de procedures voor de toewijzing van spectrum een belangrijke invloed hebben op de structurering van de mobiele markt en het concurrentielandschap.

De lidstaten hebben een individuele bevoegdheid voor deze marktvormende maatregelen en hebben er vaak in een of andere vorm gebruik van gemaakt om hun beoogde beleidsdoelstellingen te helpen bereiken, maar het gebruik van deze maatregelen volgt meestal niet op de uitkomst van een ex ante beoordeling van de concurrentie waaruit blijkt dat de markt niet daadwerkelijk concurrerend is. In vele lidstaten worden deze maatregelen door het Ministerie vastgesteld en zelfs wanneer de NRI's bij de uitwerking ervan betrokken zijn, vloeit dit niet voort uit een evaluatie vooraf van de mededinging waarbij de mededingingsautoriteiten een belangrijke rol spelen (met uitzondering van de geïntegreerde autoriteiten voor zover er intern overleg plaatsvindt). Er is geen mechanisme om ervoor te zorgen dat dergelijke maatregelen in de gehele EU op coherente wijze worden toegepast. In dit verband wordt in het verslag van de RSPG⁵⁰ over efficiënte toewijzing en efficiënt gebruik van spectrum opgemerkt dat "spectrumplafonds en -reserveringen de vastgestelde doelstellingen van een toewijzing op basis van een marktbeoordeling moeten weerspiegelen om in overeenstemming te zijn met het mededingingsrecht" en wordt er meer in het bijzonder op gewezen dat "de lidstaten zich bewust moeten zijn van onbedoelde gevolgen die voortvloeien uit spectrumplafonds of -reserveringen".

75. Het was dan ook uitdrukkelijk de bedoeling om met het EWEC het nemen van dergelijke maatregelen ondergeschikt te maken aan een objectieve mededingingstoets, zoals ook blijkt uit de memorie van toelichting bij het oorspronkelijke voorstel van de Europese Commissie:

⁵⁰ Radio Spectrum Policy Group. Het betreft het RSPG Report on Efficient Awards and Efficient Use of Spectrum, 24 februari 2016, RSPG16-004 final (stuk 7), p. 40: "Spectrum caps, floors, and set-asides influence the incentives for bidders, in terms of their bidding strategies. When designing an auction the effects of these measures should be taken into account. The RSPG notes that spectrum caps and reservations should reflect the identified objectives of an award based on a market assessment in order to be consistent with competition law" (vrije vertaling: "Spectrumplafonds, -vloeren en -reserveringen beïnvloeden de prikkels voor bieders, in de zin van hun biedstrategieën. Bij het ontwerpen van een veiling moet met de effecten van deze maatregelen rekening worden gehouden. De RSPG merkt op dat spectrumplafonds en -reserveringen de vastgestelde doelstellingen van een gunning op basis van een marktbeoordeling moeten weerspiegelen, om in overeenstemming te zijn met het mededingingsrecht") en p. 53: "Member States need to be aware of unintended consequences arising from caps or set-asides" (vrije vertaling: "De lidstaten moeten zich bewust zijn van de onbedoelde gevolgen van plafonds of -reserveringen").

(Continued...)

“De artikelen 48 tot en met 54 hebben betrekking op elementen van vergunningen inzake spectrum en zijn gericht op het verbeteren van de consistentie van de werkwijzen van de lidstaten, waaronder [...] iii) objectieve criteria voor consistente toepassing op basis van de beginselen van het mededingingsrecht ten aanzien van maatregelen ter bevordering van de concurrentie, zoals spectrumlimieten, reservering van spectrum voor nieuwe marktdeelnemers en verplichtingen inzake wholesaletoeegang [...].”⁵¹ (Wij onderlijnen.)

76. Uit het voorgaande blijkt duidelijk dat spectrumreservering in het EWEC opgevat wordt als een **uitzonderingsmaatregel** die slechts mits een bijzondere motivering en onder strikte voorwaarden kan genomen worden.⁵² Samenvattend kan gesteld worden dat een mechanisme van spectrumreservering ten gunste van nieuwkomers op de markt door artikel 52.2 EWEC (thans omgezet door artikel 24/2, §2 WEC) onderworpen wordt aan de volgende **voorwaarden**:

- Er moet aangetoond worden dat dit “**passend en gerechtvaardigd is gezien de specifieke situatie op de nationale markt**”: een generieke motivering op basis van overwegingen die niet specifiek zijn aan de betrokken nationale markt (in casu de Belgische mobiele markt) volstaat dus niet.
- Het moet gebeuren op voorstel van de sectorregulator, nl. in België het BIPT, op basis van een grondige, “**objectieve en toekomstgerichte beoordeling van de mededingingsomstandigheden op de markt**” die het BIPT op voorhand heeft gemaakt. Deze objectieve mededingingstoets moet op “*consistente*” wijze worden toegepast, d.w.z. met aandacht voor de consistentie in de toepassing van het regelgevend kader binnen de Europese Unie. Deze toekomstgerichte beoordeling moet bovendien rekening houden met “*marktontwikkelingen die van invloed zijn op de waarschijnlijkheid dat de relevante markt naar daadwerkelijke mededinging neigt*”, “*elke vorm van concurrentiedruk, op wholesale- en op retailniveau*”, “*andere soorten opgelegde regelgeving of maatregelen waardoor de relevante markt dan wel verwante retailmarkt of -markten gedurende de desbetreffende periode wordt of worden beïnvloed*” en de ex ante regelgeving die in het kader van marktanalyses aan operatoren met aanmerkelijke marktmacht werden opgelegd.
- Uit de beoordeling moet blijken dat de maatregelen “**noodzakelijk zijn om daadwerkelijke mededinging in stand te houden of tot stand te brengen**”: er moet met andere woorden sprake zijn van een marktfaal en de maatregel moet niet alleen passend maar ook noodzakelijk zijn om dit marktfaal te remediëren;

⁵¹ Europese Commissie, voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie, 12 oktober 2016, COM(2016) 590 final (stuk 8), p. 20.

⁵² De EU-wetgever heeft nl. beschouwd dat er strikte voorwaarden moesten gesteld worden aan spectrumreservering omdat een dergelijke “interventionistische” maatregel de normale marktwerking verstoort en zodoende tot allocatieve inefficiënties kan leiden, d.w.z. waarbij schaarse hulpbronnen – zoals het spectrum – niet terecht komen bij de marktspelers die er optimaal gebruik van kunnen maken en het spectrum dus ook niet op zijn volle waarde wordt gewaardeerd.

(Continued...)

- Dit moet afgewogen worden tegen “**de waarschijnlijke effecten van dergelijke maatregelen op bestaande en toekomstige investeringen door marktdeelnemers, met name op het gebied van de uitrol van netwerken**”: met andere woorden, er moet voldoende aandacht zijn voor de mogelijke onbedoelde, marktversturende effecten van de maatregelen, en in het bijzonder voor de mogelijke negatieve impact op het vermogen en de prikkel voor de bestaande operatoren om verder in hun netwerken te investeren.

77. Hierna zal aangetoond worden dat de bestreden beslissing (net zoals de bepalingen in de spectrum-KB's die voorzien in een spectrumreservering ten gunste van nieuwkomers⁵³) niet berusten op een beoordeling die aan de hiervoor genoemde voorwaarden voldoet. Er liggen geen bewijzen voor van een marktfaalen noch dat een spectrumreservering in de specifieke context van de Belgische mobiele markt noodzakelijk is om dergelijk beweerd marktfaalen op te lossen. Bovendien zal worden aangetoond dat er geen afweging is gemaakt tussen de verhoopde positieve impact op de prijzen (op korte termijn) en de waarschijnlijke negatieve effecten o.m. op de investeringen van de bestaande spelers (op middellange en lange termijn), laat staan dat men daarover tot een duidelijk en ondubbelzinnig besluit is gekomen. Evenmin is aangetoond dat de maatregel noodzakelijk en evenredig is. De voorwaarden van artikel 24/2, §2 WEC (dat artikel 52.2 EWEC omzet) zijn dus niet vervuld. Er is bovendien sprake van een manifeste beoordelingsfout bij de afweging van de mogelijke positieve en negatieve gevolgen van de maatregel.

c. *Motivering van de maatregel*

78. Zoals hiervoor al gesteld bevat te bestreden beslissing geen eigen motivering wat betreft de spectrumreservering (of is deze motivering minstens niet bekend). Voor de bespreking hierna baseert verzoekster zich dan ook op de motivering van de desbetreffende bepalingen van de spectrum-KB's, aangezien de bestreden beslissing in het verlengde daarvan ligt.
79. **Het Verslag aan de Koning bij het voorontwerp van KB** betreffende de radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz dat ter advies werd voorgelegd aan de Raad van State bevat de volgende verantwoording van de spectrumreservering ten gunste van een nieuwkomer (artikelen 25 tot en met 37 van het KB):

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

De kans is uiterst klein dat een nieuwkomer op de markt in staat is om een hoger bod te doen dan de gevestigde operatoren om een portfolio van

⁵³ Het betreft in het bijzonder artikelen 25 t.e.m. 37 van het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende de radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz en artikel 24 van het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende de radiotoegang in de frequentieband 700 MHz (B.S. van 23 december 2021).

frequenties te verkrijgen die degene van de gevestigde operatoren benadert. Een nieuwkomer op de markt moet dus uitdrukkelijk de mogelijkheid krijgen om een dergelijke portfolio van frequenties te verwerven.

In de buurlanden, met name het Verenigd Koninkrijk en Nederland, zijn er relevante precedentes met betrekking tot de procedures voor spectrumtoewijzing in de 800 MHz-band waarbij het voorrecht van de nieuwkomer met succes is toegepast. In het Verenigd Koninkrijk heeft Hutchison 3G op die manier zijn eerste spectrum onder 1 GHz kunnen verwerven, waardoor zijn concurrentiepositie op lange termijn is verbeterd op een markt met vier operatoren. In Nederland kon daardoor de overstap worden gemaakt van een markt met drie operatoren naar een markt met vier operatoren, waarbij Tele2 de vierde mobiel-netwerkoperator werd. Soortgelijke succesvolle precedentes vindt men in Cyprus en Slovenië.

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

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

80. In zijn advies van 4 oktober 2021 heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State deze motivering ontoereikend geacht in het licht van artikel 52.2 EWEC:

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

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

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

- daadwerkelijke mededinging bevorderen en verstoringen van de mededinging op de interne markt voorkomen;*

- rekening houden met de marktomstandigheden en de beschikbare benchmarks,

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

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

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

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

81. De afdeling wetgeving heeft bijgevolg geoordeeld dat een loutere verwijzing naar enkele precedents in het buitenland geenszins volstaat als motivering. Zoals al vermeld bepaalt artikel 52.2 EWEC trouwens uitdrukkelijk dat de bevoegde nationale autoriteiten moeten nagaan of een maatregel zoals spectrumreservering “*passend en gerechtvaardigd is gezien een specifieke situatie op de nationale markt*”. Een verwijzing naar buitenlandse voorbeelden kan bijgevolg in elk geval niet volstaan.
82. Bovendien zijn de aangehaalde precedents in werkelijkheid geen voorbeelden van “succesvolle” spectrumreserveringen:
- Nederland: Hoewel Tele2 in 2012 als vierde speler de Nederlandse markt heeft betreden o.a. ten gunste van een spectrumreservering in het kader van de veiling van de 800 MHz-band, heeft er ondertussen alweer een consolidatie van de markt plaatsgevonden. Tele2 werd in 2018 overgenomen door T-Mobile (dat zelf in 2021 door moedervenootschap Deutsche Telekom werd verkocht aan twee investeringsfondsen). De Commissie keurde de overname onvoorwaardelijk goed omdat Tele2 in slechte financiële papieren zat (“*failing firm*”). In een advies van 2019 betreffende de multibandveiling voor de banden 700 MHz, 1400 MHz, 2100 MHz en 3,5 GHz concludeerde de ACM bovendien op basis van een door haar uitgevoerde

concurrentieanalyse dat een spectrumreservering geen noodzakelijk en doeltreffend instrument is.⁵⁴

- UK: Het veilingontwerp dat de Britse regulator Ofcom heeft toegepast voor de 4G-veiling, met verschillende loten, spectrumplafonds en -reserveringen, werd in de sector ruim bekritiseerd als overmatig complex en te zeer gericht op een op voorhand vastgelegd eindresultaat.⁵⁵
- Slovenië: Er werd spectrum gereserveerd niet zozeer voor nieuwkomers maar voor kleinere spelers (met minder dan 15% marktaandeel) en het was dan ook een *bestaande* kleine speler, Tasmobil, die het gereserveerde spectrum verwierf.
- Cyprus: Verzoekster heeft geen informatie over welk spectrum er gereserveerd werd en voor welke spelers, maar Cyprus behoort volgens een recente vergelijking door de Europese Commissie tot de allerduurste landen van de EU voor mobiele diensten.⁵⁶ Dit lijkt dan ook bezwaarlijk een voorbeeld van een “succesvol” precedent; minstens zijn er aanwijzingen dat er in dit land wel sprake was (en is) van een markt die niet daadwerkelijk concurrerend is.

83. Naar aanleiding van de opmerkingen van de Raad van State werd de volgende passage toegevoegd aan het Verslag aan de Koning van het KB van 28 november 2021 betreffende de radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz:

“In toepassing van artikel 52 van het Europees wetboek voor elektronische communicatie heeft het BIPT een prospectieve evaluatie gemaakt van de mededingingsvoorwaarden op de markt voor mobiele telecommunicatie, van de eventuele noodzaak aan maatregelen om een daadwerkelijke concurrentie te behouden of te waarborgen en van de waarschijnlijke gevolgen van dat soort van maatregelen op de bestaande en toekomstige investeringen. Conform artikel 67, lid 2 van datzelfde Wetboek, houdt de uitgevoerde studie rekening met de marktontwikkelingen, relevante concurrentiedruk en de verschillende soorten van regulering opgelegd op deze markt of op andere relevante markten. De studie heeft met name betrekking op de marktaandelen, op de prijzen en hun evolutie en op de kwalitatieve aspecten van de markt (dekking, snelheden, kwaliteit). Ze analyseert de impact van de introductie van 5G in termen van diensten, spectrum en milieu. Ze bekijkt verschillende opties voor de mobiele markt, waaronder het gebruik van het spectrum om een nieuwe toetreding tot de markt te stimuleren. De impact van een dergelijke toetreding op de prijzen, de investeringen en de dienstkwaliteit worden evenzeer geanalyseerd. De introductie van 5G zou voor de consument op termijn moeten leiden tot een sterk verbeterde mobiele communicatie en ultra-betrouwbare netwerken voor het internet der dingen en toepassingen waarbij een zeer lage latency van essentieel belang is, zoals voor de zelfrijdende wagen. Een nieuwe vierde MNO op de markt zou mede de ontwikkeling en

⁵⁴ Stuk 6.

⁵⁵ Zie KPMG, What can we learn from the UK 4G spectrum auction?, 2014, <https://assets.kpmg/content/dam/kpmg/pdf/2015/10/spectrum-uk-4g-auction.pdf> (stuk 9), p. 6.

⁵⁶ Zie BIPT-impactstudie van 2021, stuk 4, p. 20.

differentiatiemogelijkheden van deze technologie kunnen versnellen en ervoor zorgen dat de brede mogelijkheden van deze technologie in diverse economische sectoren ten volle benut kunnen worden. Het reserveren van spectrum voor een nieuwkomer is noodzakelijk om te vermijden dat bestaande operatoren de markt vergrendelen door al het spectrum op te nemen om zo elke intrede tegen te gaan. Anderzijds moeten het gereserveerde spectrum en de daaraan verbonden voorwaarden voor de nieuwkomer een zo gelijk mogelijk speelveld creëren (bijv. voldoende spectrum voorzien en in alle banden die relevant zijn voor de gebruikelijke en toekomstige technologieën) zodat hij met de bestaande operatoren kan concurreren. Er dient te worden opgemerkt dat een vierde speler absoluut nood heeft aan een portefeuille met ten minste 2 blokken van 5 MHz duplex onder 1 GHz teneinde deze in staat te stellen om een 4G-netwerk en een 5G-netwerk uit te rollen over het ganse grondgebied. Wat betreft de investeringen, tewerkstelling en de milieuaspecten in verband met de komst van een vierde speler op de Belgische mobiele markt en 5G, werd de BIPT-studie aangevuld met het verslag van een externe consultant, Axon Partners Group Consulting.

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

84. Wat de door artikel 52.2 EVEC vereiste evaluatie van de mededingingsvoorwaarden betreft, verwijst het verslag aan de Koning dus (uitsluitend) naar de door het BIPT uitgevoerde impactstudie, aangevuld met de studie van consultant Axon. Zoals hierna besproken tonen deze studies echter niet aan dat de mobiele markt in België niet daadwerkelijk concurrerend is (of, in toekomstgericht perspectief, dat er een risico zou bestaan dat de mededingingsvoorwaarden in de komende jaren significant zouden verslechteren).
85. Bovendien wijzen beide studies op mogelijke negatieve effecten op de investeringen en de kwaliteit van de diensten. Het verslag aan de Koning hult zich volledig in stilzwijgen wat deze negatieve effecten betreft, laat staan dat het een afweging zou maken tussen de mogelijke positieve en negatieve effecten. Zoals hierna aangetoond wordt dergelijke afweging ook in de studies van het BIPT en Axon niet gemaakt. Er is dus ook wat dit betreft een gebrek aan motivering.
86. Dit brengt ons bij de motivering vervat in de **impactstudies van het BIPT en de studie van Axon**.
87. Zoals al vermeld, heeft het BIPT reeds in 2018 de mogelijke impact van de toetreding van een vierde mobiele operator tot de markt onderzocht. Het BIPT kwam toen tot de volgende conclusies:
 - De Belgische mobiele markt wordt “niet gekenmerkt door grote concurrentieproblemen”;
 - De MNO’s sluiten commerciële toegangsakkoorden met MVNO’s en er is geen sprake van toegangsweigering;

- De prijzen vertonen een dalende trend sinds 2006;
 - De dekking en dienstkwaliteit zijn “goed, zelfs erg goed”.⁵⁷
88. Het enige “probleem” dat het BIPT kon vaststellen was dat de prijzen in België “eerder hoog zijn ten opzichte van de buurlanden”, in het bijzonder voor “aanbiedingen met grotere datavolumes (2 GB en meer)”. Deze vaststelling was gebaseerd op een vergelijking met slechts 5 (buur)landen (Duitsland, Frankrijk, Luxemburg, Nederland, Verenigd Koninkrijk). Het BIPT erkende wel dat België “significant goedkoper” was dan het EU-gemiddelde voor de lichtste profielen (100 t.e.m. 500 MB) en zich voor zwaardere profielen (1 GB tot 5 GB) rond het EU-28 gemiddelde situeerde.⁵⁸ Het BIPT stelde echter ook vast dat de ARPU (“average return per user”, gemiddelde opbrengst per klant) voor mobiele retaildiensten in lijn lag met die in de buurlanden en de voorbije jaren stabiel was gebleven.⁵⁹ Het BIPT liet verder na een vergelijking te maken van het investeringsniveau en de onderliggende kosten van de mobiele operatoren in België en in de buurlanden (of de rest van de EU-28). Het BIPT wees wel op diverse factoren die België een relatief duur land maken om te investeren in mobiele netwerken (schaarste aan geschikte sites, lange procedures voor bouw- en milieuvergunningen, zeer strenge emissienormen, ...).⁶⁰
89. Deze vaststellingen volstonden kennelijk niet om te besluiten dat de Belgische mobiele markt niet daadwerkelijk concurrerend was in 2018 en dat er sprake was van een “marktfalen” die een uitzonderlijke maatregel als een spectrumreservering kon rechtvaardigen.
90. Toen het dossier van de spectrumveiling opnieuw opgepikt werd na het aantreden van de nieuwe regering in oktober 2020, heeft het Overlegcomité het BIPT gevraagd om de studie van 2018 te actualiseren. Daarnaast vroeg het Overlegcomité ook aan de bevoegde minister “om een studie te bestellen over de impact op investeringen, de reservatie van 35 MHz duplex voor de nieuwkomer, de tewerkstelling en het aspect volksgezondheid inzonderheid wat betreft afval en het energieverbruik met betrekking tot de komst van de vierde speler en 5G en deze samen met het advies van de Raad van State voor te leggen op een volgend Overlegcomité”. Deze laatste opdracht werd toevertrouwd aan de consultant Axon. De geactualiseerde impactstudie van het BIPT

⁵⁷ Impactstudie van 26 juni 2018 betreffende een vierde mobiele netwerkoperator op de Belgische mobiele markt (stuk 3), p. 77.

⁵⁸ *Ibidem*, randnummers 40 en 48. Daarnaast merkte het BIPT op dat België een groot aantal (gratis) WiFi-hotspots heeft en dat deze uitgebreide WiFi-dekking het relatief lage dataverbruik in België kan verklaren (p. 27). Dit betekent natuurlijk ook dat de meeste consumenten geen nood hebben aan een abonnement met een zeer hoge datalimiet.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 14-15.

⁶⁰ *Ibidem*, pp. 64-68. Aan deze lijst zou men ook nog de gemeentelijke belastingen op zendmasten kunnen toevoegen.

(Continued...)

werd voltooid op 4 mei 2021 en samen met de studie van Axon gepubliceerd op 1 juni 2021.⁶¹

91. De geactualiseerde impactstudie van het BIPT van 2021 komt tot vrijwel identieke conclusies als de eerdere studie van 2018:

- Opnieuw stelt het BIPT vast dat de Belgische mobiele markt “*niet gekenmerkt wordt door grote concurrentieproblemen*”.⁶²
- De MNO’s sluiten nog altijd commerciële toegangsakkoorden met de MVNO’s en er is geen sprake van toegangsweigering.⁶³
- Het prijsniveau vertoont nog altijd een dalende trend.⁶⁴ Met betrekking tot de “lichte profielen” (met een relatief laag datavolume) zijn de prijzen in België “*redelijk competitief*” in vergelijking met de buurlanden en het Europees gemiddelde. Voor de zwaarste profielen blijft België volgens het BIPT wel relatief “duur”. Tegelijk erkent het BIPT dat België een zeer hoge WiFi-dekking heeft en consumenten dus alternatieven hebben voor dure mobiele abonnementen met hoge datalimieten, wat ook het lagere gemiddelde dataverbruik in vergelijking met andere Europese landen verklaart.⁶⁵ Ook de Axon-studie stelt vast dat “*de Belgische retailprijzen voor mobiele breedband rond het EU-gemiddelde vallen*”.⁶⁶
- De dekking en dienstkwaliteit van de mobiele netwerken zijn nog steeds “*goed, zelfs erg goed*” en de consument is “*in het algemeen tevreden over de kwaliteit van de dienstverlening*”.⁶⁷
- Het klantenverloop (“*churn*”) voor mobiele telefonie is groter dan voor andere telecommunicatiediensten, m.a.w. klanten wisselen gemakkelijker van operator, dankzij lagere overstapkosten.⁶⁸
- De gemiddelde opbrengst per gebruiker (ARPU) is de afgelopen jaren stabiel gebleven en ligt nog steeds in lijn met de ons omringende landen.⁶⁹ Niets wijst op buitensporige marges. De consultant van het BIPT, Axon, erkent dat ook: “*Deze*

⁶¹ Mededeling van de Raad van het BIPT van 4 mei 2021 betreffende de impact van de vierde mobiele netwerkoperator op de Belgische mobiele markt (stuk 4) en Axon, Study on the financial and environmental impact of 5G and a fourth mobile network operator in Belgium, april 2021 (stuk 5).

⁶² Mededeling van de Raad van het BIPT van 4 mei 2021 (stuk 4), randnrs. 11 en 70.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ *Ibidem*, randnrs. 12 en 75 en pp. 17-20.

⁶⁵ *Ibidem*, pp. 25-26.

⁶⁶ Stuk 5, p. 19 (vrije vertaling van “*Belgium’s mobile broadband retail prices fall around the EU average*”).

⁶⁷ Mededeling van de Raad van het BIPT van 4 mei 2021 (stuk 4), randnrs. 13 en 76 en pp. 21-24.

⁶⁸ *Ibidem*, randnrs. 44 en 73.

⁶⁹ *Ibidem*, pp. 15-16 en randnr. 74.

(Continued...)

bevindingen versterken het argument dat de retailprijzen in België waarschijnlijk niet gedreven worden door hogere winstmarges dan het EU-gemiddelde, maar eerder door hogere dan gemiddelde kosten.⁷⁰

Het is manifest dat niets van dit alles wijst op een markt die niet daadwerkelijk concurrerend is en/of op het bestaan van een marktfalen.

92. Op basis van ervaringen in het buitenland verwacht het BIPT wel een gunstig effect op de prijzen van de toetreding van een vierde operator, althans “*in een eerste fase*”.⁷¹ Of de toetreding van een vierde operator tot een duurzame verlaging van de prijzen zou leiden, laat het BIPT in het midden. Meer nog, het BIPT geeft toe dat het effect van de toetreding “*op middellange termijn [...] moeilijk meetbaar*” is en het “*niet zeker [is] dat de komst van een vierde speler ook meer concurrentie zal brengen op langere termijn*”.
93. De conclusie dat een nieuwkomer op de markt de prijzen zou doen dalen berust in grote mate op de vaststelling dat in markten waar er een consolidatie heeft plaatsgehad van 4 naar 3 mobiele operatoren, de prijzen doorgaans gestegen zijn.⁷² Dit betekent evenwel niet dat de toetreding van een vierde speler tot een markt met 3 spelers (met prijzen die niet wijzen op een gebrek aan concurrentie) ook tot een significante en vooral duurzame prijsdaling zal leiden. Het BIPT geeft maar drie voorbeelden van landen waar de toetreding van een nieuwe mobiele speler zou geleid hebben tot een verlaging van de prijzen: Tele2 in Nederland en Free (Iliad) in Frankrijk en Italië. Hierbij kunnen toch enkele belangrijke kanttekeningen gemaakt worden:
- Nederland: De Europese Commissie heeft in 2018 de overname van Tele2 NL door T-Mobile NL onvoorwaardelijk goedgekeurd, mede gelet op het feit dat Tele2 financieel in slechte papieren zat en het onzeker was of Tele2 daardoor nog een rol kon spelen als significante concurrentiefactor op de Nederlandse markt. Door de overname zijn er terug maar 3 mobiele MNO's op de Nederlandse markt (KPN, VodafoneZiggo en T-Mobile). Dit is dus een voorbeeld van een mislukte markttoetreding door een vierde operator. Bovendien heeft de Nederlandse regulator ACM in een advies van 2019 (dus *na* de consolidatie) geoordeeld dat een spectrumreservering niet noodzakelijk was om de concurrentie aan te wakkeren.⁷³
 - Frankrijk: Er is tijdens de spectrumveilingen in Frankrijk geen spectrum gereserveerd voor nieuwkomers. Alleen heeft Free (die op dat ogenblik al een bestaande marktspeler was, sinds 2012) bij de veiling van spectrum in de 700 MHz band in 2015 de mogelijkheid gekregen om te bieden voor drie blokken (in plaats van slechts twee voor de ander operatoren). Het gemiddeld prijsniveau in Frankrijk ligt inderdaad

⁷⁰ Stuk 5, p. 22. Vrije vertaling van “*These findings could reinforce the argument that retail price performance in Belgium is unlikely to be driven by higher profit margins than the EU average, but rather by higher-than-average costs*”.

⁷¹ Mededeling van de Raad van het BIPT van 4 mei 2021 (stuk 4), randnr. 175.

⁷² Zoals het BIPT terecht opmerkt heeft de Europese Commissie in het verleden verschillende 4-naar-3 consolidaties goedgekeurd, maar is zij sinds ~2013 strenger geworden. Echter, de enige beslissing van de Commissie waarin een dergelijke transactie verboden werd (beslissing van 11 mei 2016 in zaak M.7612), is recent door het Gerecht van de EU vernietigd (Ger. EU 28 mei 2020, T-399/16).

⁷³ ACM, Advies multibandveiling 2019 (stuk 6), p. 55.

lager dan in België, maar prijzen zijn slechts één dimensie van de mededinging op de markt, naast kwaliteit, productdifferentiatie, innovatie enz. Zoals het BIPT zelf erkent, ligt het kwaliteitsniveau in België hoger dan in Frankrijk. Bovendien hebben Orange en Free Mobile enerzijds, en SFR en Bouygues Telecom anderzijds overeenkomsten met elkaar gesloten om hun netwerken verregaand met elkaar te delen en zo de investeringskost te drukken. Dit betekent dat zij niet meer met elkaar concurreren op het vlak van netwerkdekking en -kwaliteit. Men kan dus stellen dat in Frankrijk de prijsconcurrentie ten koste is gegaan van de infrastructuurconcurrentie (en de differentiatie en kwaliteit van de diensten). Free en Bouygues hebben bovendien een deel van hun zendmasten verkocht aan een zgn. "towerco" ("tower company", een investeringsvehikel dat de masten overkoopt en vervolgens terug verhuurt aan de operatoren) terwijl ook SFR (Altice) zijn zendmasten, ondergebracht in de towerco Hivory, verkocht heeft aan Cellnex. Dit toont aan dat de operatoren in Frankrijk onder druk staan om cash te genereren om te kunnen investeren in 5G. De komst van Free heeft ook geleid tot een verlies van tewerkstelling in de Franse telecomsector.

- Italië: Free (Iliad) is in 2016 tot de Italiaanse markt kunnen toetreden omdat de Europese Commissie de goedkeuring van de 50/50 joint venture tussen Hutchinson en Wind afhankelijk stelde van de afstand van spectrum aan een nieuwkomer. De reservering van spectrum voor Free of een andere nieuwkomer tijdens de veiling van spectrum in de 700 MHz band in 2018 was gemotiveerd door het feit dat Hutchinson toen de volledige controle overnam over Wind. In beide gevallen was de maatregel dus bedoeld om een *verzwakking* van de concurrentiestructuur van de markt te compenseren. De impact van die markttoetreding op de prijzen in Italië wordt in de studie van het BIPT niet besproken. Italië behoort alvast tot de slechtst presterende landen in de EU wat betreft dekking en netwerkqualiteit.⁷⁴ Bovendien stevent de Italiaanse markt waarschijnlijk opnieuw af op een 4-naar-3 consolidatie. Begin dit jaar probeerde Iliad zonder succes de Italiaanse activiteiten van Vodafone over te nemen.⁷⁵ Recent heeft Iliad zijn zinnen gezet op de binnenlandse (vaste en mobiele) B2C activiteiten van Telecom Italia (die de met schulden overladen groep zou willen afstoten).⁷⁶

De drie voorbeelden die het BIPT naar voor schuift zijn dus allerm minst voorbeelden van succesvolle markttoetreding. Bovendien is alleen Nederland een voorbeeld van een markttoetreding dankzij een spectrumreservering tijdens een veiling.

94. Hoe dan ook moet het BIPT aantonen dat een maatregel van spectrumreservering passend en noodzakelijk is in de specifieke context van de Belgische markt. De vergelijkingen met buitenlandse voorbeelden tonen niet aan dat de

⁷⁴ Zie BIPT-impactstudie, stuk 4, pp. 21-23.

⁷⁵ "Vodafone rejects \$13 bln Iliad, Apax approach for Italian business", Reuters, 10 februari 2022, <https://www.reuters.com/business/media-telecom/vodafone-rejects-iliad-apax-approach-italian-business-2022-02-10/>.

⁷⁶ "France's Iliad eyes Telecom Italia's consumer services unit – sources", Reuters 13 april 2022, <https://www.reuters.com/business/media-telecom/frances-iliad-eyes-telecom-italias-consumer-services-unit-sources-2022-04-13/>.

(Continued...)

marktomstandigheden in de betrokken landen vergelijkbaar zijn met die in België. Wat dit betreft schieten de analyses van het BIPT en Axon manifest te kort. Zoals hoger al vermeld zijn de in het verslag aan de Koning vermelde precedentes van spectrumreserveringen (Nederland, VK, Slovenië en Cyprus) bovendien allermist goede voorbeelden van de effectiviteit van dit instrument.

95. Volgens Cullen zijn er slechts enkele zeldzame andere voorbeelden van spectrumreserveringen geweest in de EU, namelijk in Tsjechië (2017 en 2020⁷⁷) en Portugal (recente multibandveiling⁷⁸). Indien het BIPT een vergelijking had gemaakt van de concurrentievoorwaarden in die landen met de Belgische situatie, zou het vastgesteld hebben dat die absoluut niet vergelijkbaar zijn:

- Tsjechië is volgens een rangschikking door de Europese Commissie het duurste land van de EU-27⁷⁹ en presteert bovendien slechter dan België op het vlak van dekking en kwaliteit.⁸⁰ MVNO's hebben bovendien verschillende klachten ingediend over te hoge wholesaleprijzen voor toegang tot de netwerken van de MNO's.
- Portugal is eveneens slechter gerangschikt wat betreft het prijsniveau,⁸¹ maar behoort vooral tot de slechtst presterende landen van de EU-27 wat betreft dekking en kwaliteit.⁸² MVNO's spelen er ook geen rol van betekenis.

Dit alles wijst erop dat, anders dan in België, er kennelijk problematische mededingingsvoorwaarden bestaan in die landen. Bovendien werd er desondanks een veel kleinere hoeveelheid spectrum rechtstreeks voor nieuwkomers gereserveerd dan er door de spectrum-KB's wordt opzijgezet in België.⁸³ De hoeveelheid spectrum die in België voor een nieuwkomer gereserveerd wordt in de lagere (< 1GHz) en middelste (1-3 GHz) frequentiebanden, en door de bestreden beslissing wordt toegewezen, is veruit de hoogste ooit in de EU, terwijl in België geen marktfalen kon worden vastgesteld... Dit bevestigt ook het kennelijk disproportioneel karakter van de spectrumreservering.

96. Het BIPT citeert de Britse regulator Ofcom waar die stelt dat, om een echte impact te hebben op de prijzen, het belangrijk is dat de vierde operator een “ontwrichtende”

⁷⁷ Bij de veiling van spectrum in de 3,7 GHz band in 2017 werden 2 blokken van 40 MHz gereserveerd en bij de veiling van spectrum in de 700 MHz band in 2020 werden 10 MHz duplex gereserveerd. Zie stuk 10.

⁷⁸ Bij de multibandveiling in 2021 werden 5 MHz duplex in de 900 MHz band en 15 MHz duplex in de 1800 MHz band gereserveerd.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 20.

⁸⁰ *Ibidem*, pp. 21-23.

⁸¹ *Ibidem*, p. 20.

⁸² *Ibidem*, p. 21-23.

⁸³ In Tsjechië werd 10 MHz duplex gereserveerd in de 700 MHz band; in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz werd er geen spectrum rechtstreeks gereserveerd voor nieuwkomers. In Portugal werd slechts 5 MHz duplex gereserveerd in de 900 MHz-band en 15 MHz duplex in de 1800 MHz-band. In Italië werd voor 2 loten van 5 MHz duplex in de 700 MHz-band een aparte veiling georganiseerd waaraan alleen Iliad en eventuele nieuwkomers konden deelnemen. Zie stuk 10.

(Continued...)

(“disruptive”) operator is. Het voorbeeld van Tele2 in Nederland toont echter aan hoe moeilijk het is voor “prijbrekers” om zich duurzaam te handhaven in deze kapitaalsintensieve markt. Ook het BIPT zelf drukt twijfels uit over de “houdbaarheid” van een vierde operator op de langere termijn:

“Een vierde operator is bij toetreding minder winstgevend dan de bestaande operatoren op de markt. Hierdoor zal deze zijn kostenstructuur efficiënter moeten opbouwen, wat gevolgen kan hebben op langere termijn. [...] De kans dat bij de intrede van een vierde speler er op termijn opnieuw een consolidatie is naar drie spelers, kan bijgevolg reëel zijn.”⁸⁴

De voorbeelden van de Nederlandse (en, binnenkort wellicht, Italiaanse) markt tonen dit ook aan. Ook in België zelf zijn de vorige pogingen om de toetreding van een vierde speler te faciliteren mislukt.⁸⁵ De recente overname van Mobile Vikings door marktleider Proximus toont ook aan hoe moeilijk het is voor een vierde speler om (duurzaam) “werkelijk ontwrichtend” te zijn op de markt (zelfs op basis van een “full MVNO”-model met veel lagere investeringskosten).⁸⁶

97. Het BIPT geeft toe dat de impact van de toetreding van een vierde speler op het investerings- en kwaliteitsniveau onzeker is.⁸⁷ Hierboven werd er al op gewezen dat de reservering van spectrum voor een vierde speler onvermijdelijk betekent dat minstens één van de bestaande operatoren het met minder spectrum zal moeten stellen, wat onvermijdelijk ook een impact zal hebben op de beschikbare capaciteit van diens netwerk.⁸⁸ Het BIPT erkent zelf dat, doordat minstens één van de bestaande spelers spectrum zal verliezen in de 900 MHz band, er minstens tijdelijk kwaliteitsproblemen kunnen ontstaan.⁸⁹ In een scenario waarbij één van de bestaande operatoren slechts 5 MHz duplex zou verwerven in de 900 MHz-band, zou deze operator geen andere keuze

⁸⁴ Stuk 4, randnr. 166.

⁸⁵ Cf. *supra*, randnrs. 7-12.

⁸⁶ Volgens de Axon-studie (stuk 5, p. 12, 105 en 112) zou de toetreding van een vierde MNO kunnen leiden tot een toename van het consumentensurplus van tot 350 miljoen euro in 2030. Maar deze inschatting hangt volledig af van een aantal aannames die volstrekt onwaarschijnlijk zijn in de context van de huidige Belgische markt, namelijk dat een speler, die reeds over een bestaande (vaste) netwerkinfrastructuur beschikt in België en reeds kan bogen op ervaring in de Belgische markt, een overeenkomst voor het delen van mobiele netwerken zou sluiten met één van de gevestigde MNO's en een agressieve prijsoorlog zou ontketenen. Sinds de overname van de Waalse kabeloperator VOO door Orange Belgium is er echter geen enkele onafhankelijke speler meer op de Belgische markt die reeds over een eigen (vaste) netwerkinfrastructuur beschikt van enige omvang en bovendien is het – gelet op de moeilijke voorwaarden voor markttoetreding (los van de spectrumveiling of het gedrag van de drie bestaande MNO's) zoals de schaarste van geschikte sites, de lange procedures voor de toekenning van bouw- en milieuvergunningen en de strenge emissienormen – uiterst onwaarschijnlijk dat een nieuwe toetreders een “agressieve prijsoorlog” zou kunnen ontketenen.

⁸⁷ BIPT-impactstudie, stuk 4, randnr. 176.

⁸⁸ *Ibidem*, randnrs. 21 en 220-221.

⁸⁹ *Ibidem*, randnr. 253.

(Continued...)

hebben dan om 3G na de veiling stop te zetten (om capaciteit vrij te maken voor 4G/5G).⁹⁰ In de 1800 MHz-band zou een verlies aan spectrum een verlies aan 4G-capaciteit en/of vermindering van de 4G-pieksnelheid kunnen veroorzaken.⁹¹ Verder erkent het BIPT dat de reservering van 5 MHz duplex in de 700 MHz band een negatieve impact kan hebben op de debietcapaciteit en dekking binnenshuis (in landelijke gebieden) voor 5G van minstens één van de bestaande operatoren en deze mogelijk zal dwingen om 2G en 3G versneld stop te zetten om vergelijkbare 5G-prestaties te verkrijgen.⁹²

98. Het BIPT erkent bovendien dat op langere termijn de investeringen (per operator) waarschijnlijk zullen afnemen.⁹³ Axon verwacht dat de toetreding van een vierde operator de kosten van de operatoren zal doen stijgen met 5% à 15% terwijl hun winsten met minstens 40% zouden afnemen. Het spreekt voor zich dat dit hun investeringsvermogen alleen maar kan aantasten. Volgens Axon kan wel verwacht worden dat het globale investeringsniveau aanvankelijk zal toenemen, maar dit is toe te schrijven aan de (inherent inefficiënte) duplicatie van netwerkinfrastructuur die voortvloeit uit de verdeling van eenzelfde hoeveelheid spectrum over een groter aantal operatoren, waardoor deze meer antennesites moeten ontplooiën. Dit effect zou echter snel vervagen en uiteindelijk concludeert Axon dat het onwaarschijnlijk is dat de toetreding van een vierde MNO op zich een lange-termijn impact zal hebben op de marktwijde investeringen.⁹⁴
99. De algemene conclusie van het BIPT is dat een vierde operator, mits maatregelen die ervoor zorgen dat hij aan een lagere spectrumprijs op de markt kan komen, op korte termijn waarschijnlijk *“een financieel aantrekkelijker aanbod op de markt kan brengen”*, maar

“Het effect op middellange termijn is echter moeilijk meetbaar en in de praktijk is het evenwel niet zeker dat de komst van een vierde speler ook meer concurrentie zal brengen op langere termijn.”⁹⁵

100. Nergens in de BIPT-impactstudie wordt er een afweging gemaakt tussen het verwachte kortetermijneffect op de prijs en de negatieve effecten op middellange en lange termijn die eveneens geïdentificeerd worden, laat staan dat aangetoond wordt waarom het eerstgenoemde effect zou moeten primeren op de laatstgenoemde. Integendeel, het BIPT geeft zoals aangehaald zelf toe dat het onzeker is dat de toetreding van een vierde operator op langere termijn voor meer concurrentie zal zorgen. De Axon-studie plaatst

⁹⁰ *Ibidem*, randnr. 220.

⁹¹ *Ibidem*, randnrs. 221-222.

⁹² *Ibidem*, randnrs. 21 en 224.

⁹³ *Ibidem*, randnr. 153.

⁹⁴ Stuk 5, p. 103 (*“in and by itself the entry of a 4th MNO is unlikely to generate any relevant long-term impact on market-wide investment”*).

⁹⁵ BIPT-impactstudie, stuk 4, randnr. 161.

(Continued...)

ook een reeks belangrijke kanttekeningen wat de te verwachten impact op de prijzen betreft:

- Er is geen causaal verband aangetoond tussen het aantal spelers op de markt en het prijsniveau, tenminste op lange(re) termijn;⁹⁶
- Het algemeen prijsniveau in België ligt rond het Europees gemiddelde;⁹⁷
- Het hogere prijsniveau in België voor abonnementen met hoge dataforfaits ligt waarschijnlijk niet aan een gebrek aan competitiviteit maar eerder aan hoger dan gemiddelde onderliggende kosten;⁹⁸
- De verwachting dat de toetreding van een vierde operator op korte termijn tot een verlaging van de prijzen zal leiden is sterk afhankelijk van de kennelijk onrealistische aannames dat deze operator een bestaande aanbieder is van vaste communicatiediensten en een overeenkomst voor het delen van netwerkinfrastructuur (“RAN sharing”⁹⁹) zal afsluiten met één van de bestaande MNO’s;¹⁰⁰
- De toetreding van een vierde operator zou de schaalvoordelen voor alle operatoren op de markt verminderen en leiden tot een (inherent inefficiënte) duplicatie van infrastructuur.¹⁰¹

Uit de bevindingen van het BIPT en Axon blijkt dus allerm minst dat de spectrumreservering ten gunste van een vierde operator zal bijdragen tot een duurzame daling van de prijzen in de markt. Nochtans is het verwachte effect op de prijzen kennelijk het doorslaggevende motief geweest om deze ingrijpende (uitzonderings-)maatregel te nemen.

101. Ten slotte geeft het BIPT zelf toe dat ook zonder de spectrumreservering de toetreding van een vierde mobiele operator nog altijd mogelijk is.¹⁰² Er zijn al plafonds gesteld aan de hoeveelheid spectrum die een relevante groep kan verwerven in de veiling,¹⁰³ naast

⁹⁶ Axon-studie (stuk 5), p. 88.

⁹⁷ *Ibidem*, p. 19.

⁹⁸ *Ibidem*, p. 22.

⁹⁹ Radio access network sharing: het delen van radiotoegangsnetwerken.

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 105. Dit is onrealistisch met name omdat door de overname van VOO door Orange, er geen bestaande “vaste” spelers van enige betekenis meer op de markt zijn.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 100.

¹⁰² BIPT-impactstudie (stuk 4), randnr. 110.

¹⁰³ Artikel 4, §3 van het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz, artikel 4, §3 van het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende radiotoegang in de frequentieband 700 MHz en artikel 4, §3 van het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende radiotoegang in de 3400-3800 MHz-band. Zo is er in de 3400-3800 MHz-band minstens 90 MHz beschikbaar voor een vierde operator, als het gevolg van het spectrumplafond van 100 MHz in deze band (er is 390 MHz beschikbaar).

(Continued...)

andere maatregelen om het “hamsteren” van spectrum tegen te gaan, precies om te vermijden dat de bestaande operatoren de toegang tot de markt zouden kunnen blokkeren. Daarnaast zijn er ook al andere maatregelen om nieuwe toetreding tot de markt te bevorderen, zoals het recht op nationale roaming,¹⁰⁴ soepeler dekkingsvereisten,¹⁰⁵ het gedeeld gebruik van antennesites,¹⁰⁶ enz.

102. Het besluit van BIPT dat de reservering van spectrum “noodzakelijk” is om de toetreding van een vierde operator “mogelijk” te maken omdat de bestaande spelers anders de markt zouden kunnen “vergrendelen” – argument dat ook in het verslag aan de Koning wordt overgenomen – vloeit dan ook kennelijk niet voort uit haar eigen vaststellingen inzake de kenmerken van de markt en uit het reeds toepasselijk regelgevend kader.¹⁰⁷

103. Samengevat kan men stellen dat het BIPT ook in de update van zijn impactstudie:

- Uitdrukkelijk geen marktfalen vaststelt en dus ook niet de noodzaak van een ingrijpende interventie zoals de spectrumreservering aantoont;
- Erkent dat er geen enkele garantie bestaat dat de spectrumreservering zal leiden tot meer concurrentie op langere termijn;
- Erkent dat de spectrumreservering kan leiden tot ongunstige effecten op de kwaliteit van de diensten en de investeringen;
- Geen afweging tussen de verwachte gunstige en nadelige effecten van de maatregel heeft gemaakt.

De studie van het BIPT is dan ook kennelijk ontoereikend als rechtvaardiging van de uitzonderlijke maatregel van de spectrumreservering.

d. Besluit m.b.t. de schending van artikel 52.2 EWEC (omgezet door artikel 24/2, §2 WEC)

104. De bestreden beslissing bevat geen eigen motivering van de spectrumreservering (of minstens is die in dit stadium niet bekend).

105. Het Verslag aan de Koning van de spectrum-KB's schiet kennelijk te kort als verantwoording van de spectrumreservering door de bestreden beslissing. Nergens in dit verslag wordt gesteld (laat staan aangetoond) dat er een concurrentieprobleem is en er wordt ook geen afweging gemaakt van de impact op de bestaande marktdeelnemers (en hun netwerkinvesteringen).

¹⁰⁴ Cf. artikel 11 van het KB van 28 november 2021 betreffende de radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz.

¹⁰⁵ Cf. artikel 10, §2 van het KB van 28 november 2021 betreffende de radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz en artikel 11, §2 van het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende radiotoegang in de frequentieband 700 MHz.

¹⁰⁶ Artikel 25 wet 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.

¹⁰⁷ Stuk 1.

106. Hetzelfde moet worden gezegd van de BIPT-impactstudie getoetst aan de voorwaarden van artikel 52.2 EWEC:

- Passend en gerechtvaardigd karakter van de maatregel gelet op de specifieke situatie op de nationale markt: Het BIPT baseert zich in grote mate op voorbeelden uit het buitenland zonder die echter op de specifieke Belgische situatie te betrekken. Bovendien gaat het niet eens om goede voorbeelden van succesvolle markttoetreding en nog minder van de doeltreffendheid van spectrumreserveringen.
- Noodzaak om daadwerkelijke mededinging in stand te houden of te brengen: Het BIPT stelt kennelijk niet vast dat de markt niet daadwerkelijk concurrerend is (geen markfalen), laat staan dat er ingegrepen moet worden om de markt daadwerkelijk concurrerend te maken. In tegendeel, het stelt vast dat er geen grote mededingingsproblemen op de markt zijn. Er zijn bovendien al andere maatregelen om markttoetreding te bevorderen, en de noodzaak en evenredigheid van bijkomende maatregelen wordt niet aangetoond.
- Objectieve en toekomstgerichte beoordeling van de mededingingsomstandigheden: Het BIPT toont niet aan dat er zonder de spectrumreservering een reëel risico zou bestaan van een verslechtering van de mededingingsvoorwaarden op de markt in de komende jaren en geeft bovendien toe dat het "*niet zeker [is] dat de komst van een vierde speler ook meer concurrentie zal brengen op langere termijn*". België valt wat dit betreft duidelijk uit de toon ten opzichte van de andere EU-lidstaten, waar (in lijn met de vereisten van artikel 52.2 EWEC) spectrumreservering alleen werd toegepast in omstandigheden die duidelijk wezen op een gebrek aan effectieve concurrentie (Tsjechië, Portugal) of juist niet (meer) werd toegepast wanneer de regulator vaststelde dat de markt daadwerkelijk concurrerend was (Nederland).
- Afweging tegen de waarschijnlijke effecten van dergelijke maatregelen op bestaande en toekomstige investeringen door marktdeelnemers, met name op het gebied van de uitrol van netwerken: Het BIPT geeft toe dat er nadelige effecten zullen zijn op de investeringen door de bestaande marktdeelnemers en het onwaarschijnlijk is dat het algemene investeringsniveau op langere termijn zal stijgen. Minstens impliciet erkennen het BIPT en Axon dat een verdeling van spectrum over meer spelers leidt tot inefficiëntie in de investeringen (door de duplicatie van netwerkinfrastructuur).¹⁰⁸ Het BIPT erkent bovendien dat er negatieve effecten zullen zijn op het kwaliteitsniveau. Nergens wordt onderzocht, laat staan aangetoond dat de verwachte positieve effecten op het vlak van de prijzen tegen al deze negatieve effecten opwegen.

107. Uit het voorgaande blijkt dus ondubbelzinnig dat de **voorwaarden** die artikel 52.2 EWEC stelt aan het nemen van een uitzonderingsmaatregel zoals spectrumreservering

¹⁰⁸ Cf. het feit dat Axons inschatting van het gunstig effect op het consumentensurplus van de toetreding van een vierde operator afhankelijk is van de aanname dat de nieuwkomer een "RAN sharing" overeenkomst zal sluiten met een bestaande MNO.

(Continued...)

manifest niet vervuld zijn. Bijgevolg schendt de bestreden beslissing artikel 52.2 EWEC (zoals omgezet door artikel 24/2, §2 WEC).¹⁰⁹

108. Bijgevolg is het enig middel gegrond.

C. Voorbehoud

109. Telenet heeft in dit stadium nog geen kennis kunnen nemen van het administratief dossier in verband met de bestreden beslissing. Telenet behoudt zich daarom uitdrukkelijk het recht voor om in een later stadium van de procedure nog bijkomende middelen te ontwikkelen op basis van elementen van het administratief dossier waar Telenet nog geen kennis van heeft kunnen nemen.

110. Dit is des te meer noodzakelijk, nu Telenet voorlopig enkel een brief van het BIPT heeft ontvangen met de mededeling dat het enig perceel bedoeld in artikel 25, eerste lid van het koninklijk besluit van 28 november 2021 van het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende de radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz werd toegewezen aan de kandidaat met de fictieve identiteit "Laplace". Telenet heeft dus kennis gekregen van het bestaan van de bestreden beslissing, maar heeft nog geen kennis kunnen nemen van de eigenlijke beslissing en de eventueel daarin opgenomen motivering.

111. De bestreden beslissing is een "*eenzijdige rechtshandeling met individuele strekking die uitgaat van het bestuur*" in de zin van de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van bestuurshandelingen. Dit betekent dat deze beslissing uitdrukkelijk gemotiveerd moet zijn (art. 2 van de wet) en deze motivering ook afdoend moet zijn (art. 3). Of deze formele motiveringsplicht in casu is nageleefd, kan Telenet uiteraard niet nagaan alvorens kennis te hebben genomen van de bestreden beslissing.

¹⁰⁹ De beslissing om desondanks een mechanisme van spectrumreservering op te nemen in de regelgevende omkadering van de spectrumveiling in België staat in sterk contrast met bv. het besluit van de Nederlandse regulator ACM, die in 2019 (dus *na* een consolidering van de mobiele markt van 4 naar 3 spelers) tot de conclusie kwam dat (i) er sprake was van effectieve concurrentie en (ii) het niet aannemelijk was dat de concurrentiesituatie in de komende vijf jaar slecht zou verslechteren, en op basis van die vaststellingen oordeelde dat er geen noodzaak was om spectrum te reserveren voor een partij die nog geen spectrum bezat. Zie ACM, Advies multibandveiling 2019 (stuk 6), p. 55.

OM DEZE REDENEN,

En alle andere nog te doen gelden indien nodig in de loop van het geding,

Onder voorbehoud van rechten en zonder enige nadelige erkenning in rechte noch in feite,

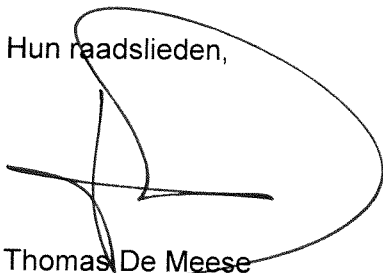
BEHAGE HET UW HOF,

- Het verzoek tot nietigverklaring ontvankelijk en gegrond te verklaren;
- Bijgevolg, het besluit van het BIPT van onbekende datum (meegedeeld aan Telenet bij brief van 28 maart 2022) waarbij het enig perceel bedoeld in artikel 25, eerste lid van het koninklijk besluit van 28 november 2021 betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz toegewezen wordt aan de kandidaat met de fictieve identiteit "Laplace" voor een bedrag van € 83.340.000 nietig te verklaren;
- De verwerende partij te veroordelen in de kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, begroot op 1680 euro.


Brussel, 25 mei 2022,

Voor de verzoekende partijen,

Hun raadslieden,



Thomas De Meese



Karl Stas

MARKTENHOF**Inventaris van de stukken van Telenet**

1. Brief d.d. 28 maart 2022 van het BIPT aan Telenet re “Spectrum voorbehouden voor de bestaande 2G- en 3G-operatoren en voor een nieuwkomer”
2. Mededeling van de Raad van het BIPT van 25 januari 2016 met betrekking tot de resultaten van de studie van Analysys Mason in verband met de valorisatie van het spectrum voor publieke systemen
3. BIPT, Impactstudie van 26 juni 2018 betreffende een vierde mobiele netwerkoperator op de Belgische mobiele markt
4. Mededeling van de Raad van het BIPT van 4 mei 2021 betreffende de impact van de vierde mobiele netwerkoperator op de Belgische mobiele markt
5. Axon, Study on the financial and environmental impact of 5G and a fourth mobile network operator in Belgium, april 2021
6. Autoriteit Consument en Markt, Advies Multibandveiling 2019, 9 april 2019
7. RSPG Report on Efficient Awards and Efficient Use of Spectrum, 24 februari 2016, RSPG16-004 final
8. Europese Commissie, voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie, 12 oktober 2016, COM(2016) 590 final
9. KPMG, What can we learn from the UK 4G spectrum auction?, 2014
10. Cullen International, Conditions for new entrants in spectrum auctions, 16 april 2021