



**B I P T**

---

**BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN  
EN TELECOMMUNICATIE**

**NIET-VERTROUWELIJKE VERSIE VAN HET  
BESLUIT VAN DE RAAD VAN HET BIPT  
VAN 5 APRIL 2013  
BETREFFENDE  
DE WEIGERING AAN  
TELENET-TECTEO BIDCO  
VAN UITSTEL VOOR HET COMMERCIËLE AANBOD VAN DE 3G-DIENST  
UITERLIJK 15 JANUARI 2013 EN VAN UITSTEL VOOR DE  
DEKKINGSNIVEAUS VAN DE BELGISCHE BEVOLKING NA 3, 4 EN 5 JAAR NA  
DE KENNISGEVING VAN DE 3G-VERGUNNING**

## INHOUDSOPGAVE

1. Voorwerp van dit besluit .....	3
2. Retroacta .....	3
3. Reglementair kader .....	5
4. Onderzoek door het BIPT .....	6
4.1 Verantwoording van het verzoek door BidCo .....	6
4.2 De afwezigheid van een economisch verantwoorde business case .....	7
4.3 De weigering van de mobiel-netwerkoperatoren om een RAN-overeenkomst met BidCo te sluiten	9
4.4 Overmacht wegens ongunstige wetgeving voor de uitrol van een mobiel netwerk .....	10
5. Standpunt van BidCo .....	12
6. Samenwerkingsakkoord .....	14
7. Besluit .....	15
8. Beroepsmogelijkheden .....	15

## 1. Voorwerp van dit besluit

In een brief van 14 december 2012 verzocht BidCo het BIPT om, *“in het kader van haar eigen bevoegdheid of in het kader van haar advies naar aanleiding van de evaluatie die door de federale regering werd opgelegd, formeel de volgende maatregelen te implementeren of voor te stellen:*

- (1) *De uiterste datum voor de commerciële lancering met minstens 18 maanden uit te stellen (dus geen verplichting tot commerciële lancering vóór 15 juli 2014); en*
- (2) *De netwerk uitrol periodes telkens met minstens 2 jaar uit te stellen (dus 30% bevolkingsdekking ten vroegste na 5 jaar, 40% bevolkingsdekking ten vroegste na 6 jaar, 50% bevolkingsdekking ten vroegste na 7 jaar); en*
- (3) *Al het mogelijke te bewerkstelligen opdat Bidco alsnog wholesale toegang zou kunnen krijgen tot het RAN van een MNO of om een andere passende oplossing te bieden (bijv. door nationale roamingverplichtingen op te leggen aan een MNO).”(…)*

Deze aanvraag werd door een bijhorende Engelstalige nota van 18 december 2012 aangevuld.

Dit besluit behandelt de twee eerste aanvragen, te weten het gevraagde uitstel voor het commerciële aanbod van de 3G-dienst uiterlijk 15 januari 2013 en het gevraagde uitstel voor de dekkingsniveaus van de Belgische bevolking na respectievelijk 3, 4 en 5 jaar na de kennisgeving van de 3G-vergunning.

## 2. Retroacta

In 2001 heeft de regering beslist om in de 2,1 GHz-band vier 3G-vergunningen te veilen. Slechts drie kandidaten hebben zich kandidaat gesteld voor de veiling die in 2001 georganiseerd werd. Deze drie operatoren zijn dezelfde als diegene die een 2G-vergunning hebben, namelijk:

- Belgacom;
- Mobistar;
- KPN Group Belgium (KPN GB).

De regering heeft in 2010 beslist aan één of meer nieuwe 3G-operatoren toe te staan om het spectrum te verwerven dat overeenstemt met de 3G-vergunning die in 2001 niet is toegewezen. De regering heeft tevens beslist één van de nieuwe 3G-operatoren toe te staan om spectrum te verwerven in de 900 MHz- en 1800 MHz-band.

Op 4 maart 2011 heeft de Raad van het BIPT beslist om de uitnodiging tot kandidaatstelling te publiceren in overeenstemming met het koninklijk besluit van 18 januari 2001 *tot vaststelling van het bestek en van de procedure tot toekenning van vergunningen voor de mobiele telecommunicatie-systemen van de derde generatie* (hierna “3G-KB”).

Op 29 april 2011, 10.00 uur werd 1 kandidatuur ontvangen door het BIPT van de

NV TELENET-TECTEO BIDCO  
Liersesteenweg 4  
2800 Mechelen

Het BIPT heeft de ontvankelijkheid van deze kandidatuur nagekeken en lichtte de kandidaat hierover in.

Na raadpleging van de kandidaat werd, in overeenstemming met het koninklijk besluit van 18 januari 2001 een bod uitgebracht voor de band 1950,1 - 1964,9 / 2140,1 - 2154,9 MHz van 616.656,80 EUR per maand. Het bod werd aanvaard. De procedure voor toewijzing werd hierbij afgesloten.

Op 27 juni 2011 ontving het BIPT tevens een brief dat de kandidaat overeenkomstig artikel 64, tweede lid, van het koninklijk besluit van 18 januari 2001 gebruik wenst te maken van de mogelijkheid om 4,8 MHz duplex toegewezen te krijgen in de banden 880-915 MHz en 925-960 MHz. Het BIPT nam nota van deze intentie, maar bood de kandidaat de mogelijkheid om dit in overeenstemming met artikel 64 te bevestigen. Dit gebeurde per brief van 8 augustus 2011.

Op 14 juli 2011 heeft het BIPT besloten om de gebruiksrechten voor de band 1950,1 - 1964,9 / 2140,1 - 2154,9 MHz (3G-vergunning) toe te wijzen aan de

NV TELENET-TECTEO BIDCO  
Liersesteenweg 4  
2800 Mechelen

Dit besluit werd op 4 december 2012 vernietigd door het hof van beroep te Brussel. Op 10 december 2012 werd door het BIPT een herstelbesluit genomen met terugwerkende kracht.

In een brief van 15 december 2011 heeft BidCo voor *[weglating vertrouwelijke passage]*.

In een brief van 10 juli 2012 aan het BIPT heeft BidCo voorts uitgelegd hoe het de commerciële lancering van de 3G-dienst wil aanpakken:

*[weglating vertrouwelijke passage]*

In dezelfde brief vroeg BidCo namelijk aan het BIPT of "dit scenario aan alle wettelijke voorwaarden van commerciële lancering van eigen spectrum op grond van het 3G KB" voldoet.

In zijn brief van 20 juli 2012 heeft het BIPT hierop geantwoord dat dit scenario enkel in de tweede fase aan de wettelijke voorwaarden voldoet, en dat het voldoende is dat Telenet namens Telenet Tecteo BidCo NV een dergelijke lancering uitvoert naar de klant toe.

*[weglating vertrouwelijke passage]*

Deze piste bleek echter door BidCo verlaten te worden. Dit werd tijdens een vergadering met het BIPT op 14 december 2012 door de vertegenwoordigers van Telenet meegedeeld. Op een vergadering van 13 maart 2013 met het BIPT werd dit scenario echter opnieuw aangekondigd als een mogelijkheid om aan de verplichting van commerciële lancering te voldoen met desgevallend uitvoering in juli - november 2013.

Inmiddels ontving het BIPT de aanvraag tot uitstel van BidCo wegens overmacht. Voor wat betreft de verplichting van art. 4, § 1 van het 3G-KB (verplichting tot lancering van een commercieel aanbod) vermeldt de aanvraag geen termijn voor wat het uitstel betreft. Voor de

verplichtingen van art. 3, § 1 (dekkingsverplichtingen) vraagt BidCo minstens 2 jaar uitstel te verlenen op de respectievelijke data die voorzien zijn in het 3G-KB.

### 3. Reglementair kader

Artikel 2, §§ 1 en 2, van het koninklijk besluit van het 3G-KB luidt als volgt:

*“Art. 2. § 1. De vergunning dekt het opzetten van een netwerk te land voor mobiele telecommunicatie van de derde generatie en het exploiteren van de overeenkomstige diensten die via dit netwerk aan het publiek worden aangeboden door de 3G-operator.*

*§ 2. Het netwerk van de 3G-operator maakt het zijn klanten minstens mogelijk om van of naar hun mobiel eindtoestel van de derde generatie toegang te krijgen tot de volgende diensten wanneer zij zich in de dekkingszone van het netwerk van de 3G-operator bevinden : (...)”*

Artikel 4, § 1 van het 3G-KB luidt als volgt:

*“Art. 4 § 1. De dienst van de 3G-operator wordt commercieel aangeboden uiterlijk 15 september 2003. De dienst van een 3G-operator die op 1 januari 2010 nog geen 3G-operator was, wordt uiterlijk 18 maanden na de kennisgeving van de vergunning commercieel aangeboden. Afwijkingen hiervan worden door het Instituut, toegestaan in geval van overmacht.”*

Artikel 3, § 1, derde lid, van het 3G-KB luidt als volgt:

*“De ontplooiing van het radionetwerk van een 3G-operator die op 1 januari 2010 nog geen 3G-operator was, beantwoordt minstens aan de dekkingsniveaus van de Belgische bevolking, die gespecificeerd zijn in de onderstaande uiterste data, te rekenen vanaf de kennisgeving van de vergunning:*

*1° na 3 jaar: 30%;*

*2° na 4 jaar: 40%;*

*3° na 5 jaar: 50%.”*

Artikel 3, § 1, zesde lid bepaalt dat afwijkingen hiervan door het Instituut worden toegestaan in geval van overmacht.

Op basis van deze bepalingen is het duidelijk dat de toekenning van een 3G-vergunning beoogt om een (nieuw) 3G-netwerk te ontplooiën om 3G-diensten aan te bieden.

Volgens het verslag aan de Koning, zijn deze ontplooiingsnormen *“resultaatsverbintenissen (...) in hoofde van de operatoren (...)”*. Het BIPT kan enkel afwijkingen *“in geval van overmacht”* toestaan.

Wat betreft de verplichting van artikel 4, § 1, stelt het verslag aan de Koning dat dit een redelijke maximumtermijn vaststelt voor de commerciële aanbieding van de dienst maar dat die termijn eventueel door de Minister *(in artikel 4, § 1 ondertussen vervangen door “het Instituut”)* zal worden aangepast in geval van overmacht.

Om het concept van *“overmacht”* te omschrijven, wordt er in het kader van verbintenisrecht van de *theorie van de ontoerekenbare onmogelijkheid* gebruikt gemaakt. Volgens Prof. L. Cornelis, is dit een theorie *“waarbij van de schuldenaar van een verbintenis (uit wet of rechtsregel en*

hetzelfde geldt ook t.a.v. verbintenissen uit rechtshandeling) wordt gevegd dat hij aantoont dat de (vastgestelde) niet-nakoming het (exclusieve) gevolg is van een omstandigheid en/of gebeurtenis die vreemd is aan zijn wil en die voor hem onvoorzienbaar en onoverkomelijk was (Cass. 15 februari 1951, Pas. 1951, I, 388; Cass. 29 november 1984, Arr. Cass. 1984-1985, 446; Cass. 9 oktober 1986, Arr. Cass. 1986-1987, 165; Cass. 17 januari 1990, Arr. Cass. 1989-1990, 650; Cass. 15 juni 1995, Arr. Cass. 1995, 613<sup>1</sup>). Deze definitie wordt door andere auteurs bevestigd<sup>2</sup>.

In een recent arrest heeft het Hof van Cassatie geoordeeld dat “(de) vreemde oorzaak onderstelt een gebeurtenis buiten de menselijke wil die door deze niet kan worden voorzien noch vermeden” (Cass. 7 maart 2008, RW, 2011, 583).

Het is ook van belang om te benadrukken dat het voorval niet aan een fout van de schuldenaar mag te wijten zijn<sup>3</sup> en dat hogere kosten geen onoverkomelijke omstandigheid vormen<sup>4</sup>.

Met andere woorden moeten de volgende voorwaarden aanwezig zijn om een situatie van overmacht in te roepen: de omstandigheid en/of gebeurtenis moet vreemd zijn aan de wil van de schuldenaar, onoverkomelijk zijn en onvoorspelbaar zijn.

## 4. Onderzoek door het BIPT

### 4.1 Verantwoording van het verzoek door BidCo

In het kader van zijn verzoek tot uitstel voor het commerciële aanbod van de 3G-dienst uiterlijk 15 januari 2013 en voor de dekkingsniveaus van de Belgische bevolking na 3, 4 en 5 jaar na de kennisgeving van de 3G-vergunning, baseert BidCo zich op de volgende elementen:

1. In de huidige omstandigheden zou er geen “economisch verantwoorde business case” bestaan voor het uitbouwen van een eigen mobiel netwerk. Enkel een hybride model met combinatie van MVNO of nationale roaming gecombineerd met RAN (“Radio Access Network”)-sharing<sup>5</sup> zou een realistisch scenario bieden voor de exploitatie van eigen spectrum.
2. Geen enkele andere mobiel-netwerkoperator blijkt bereid om een samenwerkingsovereenkomst te sluiten met BidCo om dergelijk hybride model uit te werken.

---

<sup>1</sup> L. Cornelis, Algemene theorie van de verbintenis, Intersentia, Antwerpen, 2000, p. 642-643.

<sup>2</sup> Zie o.a. P. Van Ommeslaghe, *Droit des obligations*, Brussel, Bruylant, 2010, 1383-1384; A. Van Oevelen, “Overmacht en imprevisie in het Belgische contractenrecht”, *TPR* 2008, 606 (603); S. Stijns, *Verbintenissenrecht*, Brugge, die Keure, I, 2005, 150; W. Van Gerven, *Verbintenissenrecht*, Leuven, Acco, 171.

<sup>3</sup> Volgens P. Van Ommeslaghe, « *Ne peut être constitutif d'un cas de force majeure, un événement qui a été provoqué ou favorisé par une faute, une imprudence ou une négligence du débiteur contractuel ou de défendeur en responsabilité extra-contractuelle* (vrije vertaling: Een geval van overmacht kan niet voortvloeien uit een gebeurtenis die is teweeggebracht of begunstigd door een fout, een onvoorzichtigheid of een nalatigheid van de contractuele schuldenaar of van een verweerder in buitencontractuele aansprakelijkheid) », op. cit., 1385.

<sup>4</sup> « *Une circonstance rendant l'exécution de l'obligation simplement plus onéreuse ne constitue pas un événement de force majeure libératoire de la responsabilité (ou extinctif de l'obligation)* (vrije vertaling: Een omstandigheid die de uitvoering van de verplichting gewoon verzwaart, vormt geen geval van overmacht die van de verantwoordelijkheid bevrijdt (of die de verplichting tenietdoet) », ibid., 1383.

<sup>5</sup> Het delen van het radiotoegangsnetwerk, zie hierover de mededeling van het BIPT van 17 januari 2012 met richtlijnen voor het delen van infrastructuur.

3. De “enige mogelijke optie” rekening houdend met punten 1 en 2 waarbij het BIPT zou tussenkomen om een mobiel-netwerkoperator te verplichten om aan BidCo toegang te bieden tot het RAN blijkt niet werkbaar omdat het BIPT niet over de bevoegdheid zou beschikken om dergelijke RAN toegang op te leggen.

In een begeleidend schrijven van 18 december 2012 heeft BidCo een Engelstalige nota toegevoegd waarin deze punten verder worden uitgewerkt, o.a.:

- Het federaal regelgevend kader zou nadelig zijn voor een nieuwkomer op de markt: de 3G-vergunning is maar 10 jaar geldig (tot 15 maart 2021, wat slechts de helft van de duur van de drie andere 3G-operatoren is); de verplichtingen zijn zo goed als dezelfde dan diegene die op de drie andere 3G-operatoren van toepassing zijn en er is geen nationale roaming in 3G, enkel in 2G. De voorwaarden voor BidCo zouden zelfs strenger zijn aangezien de overheid (toen de Minister bevoegd voor telecommunicatie) in het verleden twee keer uitstel verleend heeft wegens overmacht aan de drie andere 3G-operatoren.
- Terwijl de drie andere 3G-operatoren weigeren om “wholesale” toegang te geven tot het radiotoegangsnetwerk (RAN) zou het BIPT volgens BidCo geen bevoegdheid hebben om toegang op te leggen aan de andere mobiel-netwerkoperatoren. In de woorden van Bidco:

*“The conditions of ex ante regulation of undertakings with SMP do not seem to be fulfilled, because, in our view, it is unlikely that one or more of the existing 3 MNOs could currently be deemed to have SMP in the relevant markets.*

*Neither are the conditions for imposing obligations under article 51 of the Act of 13 June 2005 on Electronic Communications (ECA) fulfilled.”*

- In afwezigheid van aanpassing van het wetgevend kader zou toegang tot de mobiele infrastructuur van andere operatoren dus niet mogelijk zijn. De politieke wil voor dergelijke aanpassing zou echter afwezig zijn volgens BidCo.
- Ook al zou er een positieve business case bestaan voor het uitrollen van een eigen netwerk of ook al zou er RAN-sharing mogelijk zou zijn met een andere mobiele operator, dan nog zou volgens BidCo het relevant gewestelijk regelgevend kader ongunstig zijn voor de ontwikkeling van een nieuw 3G-netwerk. De procedure van bouwvergunningen zou te lang duren en de milieunormen op het vlak van straling zouden te streng zijn, in het bijzonder in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest. Voorts meldt BidCo dat het verzet tegen de vergunningen steeds groter is vanuit verschillende hoeken zoals ook aangetoond door het verzoek tot annulatie op basis van gezondheidsgronden van het besluit van het BIPT dat de 3G licentie aan BidCo toekent.

#### **4.2 De afwezigheid van een economisch verantwoorde business case**

Aangezien uitstel op de uiterlijke datum van aanbidding van commerciële 3G diensten slechts kan worden gegeven door het BIPT op basis van overmacht, stelt zich de vraag of de vermeende afwezigheid van een economisch verantwoorde business case een geval van overmacht uitmaakt.

Zoals boven uiteengezet dient overmacht onvoorspelbaar te zijn (zie punt 3). In het geval van BidCo was het echter perfect mogelijk om een business case te maken, onder de bestaande reglementaire situatie, alvorens de 3G licentie werd gekocht. Een operator zoals BidCo zal zich

doorgaans vertrouwd maken met het reglementair kader vóórdat het een bod uitbrengt op de 3G-licentie. Een samenvatting van het reglementair kader werd daarenboven expliciet ter beschikking gesteld door het BIPT in voorbereiding van de veilingprocedure.

Ook de commerciële en economische omstandigheden waaronder het bod gemaakt werd moeten voor een operator als BidCo bekend zijn. Deze omstandigheden zijn sedert het maken van een bod op de 3G-licentie niet dermate gewijzigd dat de business case fundamenteel anders zou uitdraaien dan op het moment dat het bod door BidCo werd uitgebracht. BidCo brengt hier ook geen enkel bewijs voor. Het feit dat reeds bekend was dat een business case voor een nieuwe 3G-operator “zeer moeilijk” is, zoals aangegeven in een studie van Analysys Mason die door BidCo wordt geciteerd verandert hier niets aan. Integendeel, BidCo heeft met kennis van zaken zijn bod uitgebracht en de moeilijkheden voor een nieuwe speler waren toen reeds bekend.

Er valt dus niet af te leiden hoe de afwezigheid van economisch verantwoorde business case een reden van overmacht zou kunnen uitmaken.

Deze stelling geldt zowel voor de dekkingsverplichtingen die uit artikel 3, § 1 van het 3G-KB als voor de verplichting om binnen de 18 maanden na de kennisgeving van de vergunning 3G-diensten commercieel aan te bieden op de markt (art. 4, § 1).

Wat deze laatste verplichting betreft kan daarenboven worden bezwaarlijk worden aangenomen dat de enkele verplichting om een 3G-dienst commercieel aan te bieden, en dit zonder enige dekkingsvereiste op die datum, onmogelijk uitvoerbaar is wegens een negatieve business case. Zoals aangegeven in het besluit van de Raad van het BIPT van 29 oktober 2010 met betrekking tot de ingebrekestelling van KPN Group Belgium inzake de niet-naleving van de verplichtingen aangaande 3G-dienstverlening is de verplichting om een commerciële dienst aan te bieden immers een zeer lichte verplichting. Deze bestaat er op zich in om, op de frequentiebanden waarvoor de gebruiksrechten zijn toegewezen, de dienst aan te bieden, ongeacht de hoeveelheid plaatsen waar de dienst wordt aangeboden. BidCo toont op geen enkele wijze aan waarom deze verplichting wegens overmacht onuitvoerbaar zou zijn.

Uit de briefwisseling van BidCo met het BIPT blijkt daarenboven dat BidCo zes maanden op voorhand reeds een scenario had uitgewerkt om aan deze verplichting te voldoen. Op 10 juli 2012 heeft BidCo per brief een reeks vragen aan het BIPT gesteld, waaronder vragen i.v.m. de commerciële lancering:

*[weglating vertrouwelijke passage]*

Het BIPT heeft op deze vragen per brief van 20 juli 2012 geantwoord dat de tweede fase van dit scenario volgens het BIPT aan de wettelijke voorwaarden voldoet, en dat het verder voldoende is dat Telenet namens Telenet Tecteo BidCo NV een dergelijke lancering uitvoert naar de klant toe. Zes dagen later<sup>6</sup> maakte Telenet gewag van een zogenaamde “gentlemen’s agreement” tussen het BIPT en BidCo met het oog op de commerciële lancering van zijn 3G-dienst.

---

<sup>6</sup> “Wij hebben een ‘understanding’ rond de vereisten van het BIPT, die het voor ons erg haalbaar maakt om er aan te voldoen.” (Datanews, 26 juli 2012).

Er was op dat moment dus wel degelijk een scenario voorhanden in hoofde van BidCo om aan de verplichting van art. 4, § 1 van het 3G-KB te voldoen en de zogenaamde afwezigheid van business case vormde toen geen barrière voor het uitvoeren van deze verplichting.

#### 4.3 De weigering van de mobiel-netwerkoperatoren om een RAN-overeenkomst met BidCo te sluiten

De tweede reden die wordt aangehaald door BidCo om overmacht in te roepen betreft de weigering van bestaande mobiel-netwerkoperatoren om toegang te geven tot hun RAN. In afwezigheid van business case voor de uitbouw van een eigen netwerk is BidCo immers van mening dat het enkel via een toegang tot de RAN van een andere mobiele operator een netwerk zou kunnen uitrollen conform de verplichtingen van het 3G-KB.

De vraag is echter of de weigering van de drie andere mobiel-netwerkoperatoren een situatie van overmacht uitmaakt voor BidCo waardoor de verplichtingen van art. 3, § 1 en art. 4, § 1 van het 3G-KB onuitvoerbaar zijn binnen de gestelde termijnen.

In het kader van zijn kandidatuurstelling heeft BidCo, voordat het zijn bod op 27 juni 2011 indiende, in een brief van 31 mei 2011 aangegeven dat *“het volledig zelf uitbouwen van een (vierde) mobiel netwerk in België zowel economisch, financieel als juridisch volgens ons de facto onhaalbaar is (en zeker niet binnen de beperkte geldigheidsduur van de gevelde vergunning)”*. Daarom voerde Bidco een onderhandelingsronde uit met de drie andere 3G-operatoren *“omtrent de mogelijkheid tot het “hosten” van het te verwerven spectrum op het netwerk van één van deze operatoren. Deze onderhandelingen lopen echter moeizamer dan initieel voorzien”*. Dit laatste punt werd in een brief van 30 september 2011 nog bevestigd.

In een brief van 15 december 2011 heeft BidCo dezelfde stelling over de haalbaarheid van de ontwikkeling van een nieuw netwerk en over de moeizame onderhandelingen herhaald. Daarenboven heeft het ook aangeduid dat *“het BIPT niet de bevoegdheid heeft om de mobiele operatoren te verplichten om aan BidCo en/of haar aandeelhouders toegang te geven tot hun RAN”*.

Deze briefwisseling toont aan dat BidCo, zelfs vóór het indienen van zijn bod op het te verwerven spectrum, vanaf het begin van het veilingproces zich in ieder geval bewust was van de aan de vergunning verbonden reglementaire verplichtingen. Uit deze briefwisseling blijkt ook dat BidCo reeds in mei 2011 niet van plan was om een eigen netwerk uit te rollen en dit om economische, financiële en juridische redenen. Deze onwil van BidCo om een eigen netwerk uit te rollen kan geenszins als overmacht worden beschouwd. Het niet-bouwen van een eigen netwerk is inderdaad een strategische keuze die BidCo maakt en is per definitie geen gebeurtenis die buiten de wil is van BidCo. Zoals boven uiteengezet dient o.a. de gebeurtenis vreemd aan de wil van de schuldenaar te zijn om een situatie van overmacht in te roepen (zie punt 3).

Wat de weigering van de drie andere mobiel-netwerkoperatoren betreft om een RAN-sharing-overeenkomst met BidCo te sluiten kan dit eveneens bezwaarlijk als een geval van overmacht worden beschouwd. Een kandidaat die geen eigen netwerk wil uitbouwen brengt immers slechts een bod uit wanneer hij de nodige zekerheid heeft dat hij via een andere weg aan zijn reglementaire verplichtingen zal kunnen voldoen. Daarom, hoe onvoorspelbaar dit ook zou zijn, vormt de weigering van de drie andere 3G-operatoren om een RAN-sharing-overeenkomst met BidCo te sluiten ook geen geval van overmacht. Het niet-uitbouwen van een 3G-netwerk conform het 3G-KB is niet aan de drie andere 3G-operatoren te wijten, maar enkel aan de wil van BidCo.

Dit geldt zeker voor de verplichting tot commerciële lancering binnen de 18 maanden na kennisgeving van de vergunning (waarvoor toegang tot RAN strikt genomen zelfs niet noodzakelijk is gezien de aard van de verplichting) maar ook voor de verplichting tot dekking uit hoofde van art. 3, § 1 van het 3G-KB.

Wat de afwezigheid van een BIPT-interventie betreft in het opleggen van toegang tot de mobiele netwerken (meer bepaald, RAN-sharing) om zo tot de uitrol van een netwerk te kunnen overgaan, heeft BidCo reeds zelf aan dat het BIPT laten weten (in zijn brief van 15 december 2011) dat het begreep dat deze laatste de bevoegdheid niet had om toegang tot RAN op te leggen aan de andere mobiele operatoren. Deze stelling wordt herhaald in de begeleidende nota van 18 december 2012 waarin staat het volgens BidCo niet mogelijk is voor het BIPT om asymmetrische (voor SMP operatoren) of symmetrische (op basis van art. 51 van de WEC) verplichtingen op te leggen<sup>7</sup>.

Dit neemt niet weg dat BidCo in een brief van 10 juli 2012 toch de vraag heeft gesteld [*weglating vertrouwelijke passage*] of het BIPT zou tussenkomen voor het geval er geen vrijwillige samenwerking zou zijn inzake RAN-sharing. Het BIPT heeft wat dat betreft, in uitvoering van zijn werkplan 2012, een onderzoek uitgevoerd naar deze onderhandelingen alsook naar de opties om reglementair tussen te komen en dit onderzoek heeft de veronderstelling van BidCo enkel kunnen bijtreden, namelijk dat in de huidige omstandigheden een regelgevende tussenkomst om RAN-sharing op te leggen niet haalbaar is.

Ook op dit aspect kan er allerm minst gesproken worden van overmacht nu BidCo zelf ruim op voorhand op de hoogte was dat een BIPT tussenkomst om RAN-sharing op te leggen hoogst onwaarschijnlijk zoniet onmogelijk was.

Wat het reglementair kader betreft om RAN-sharing op te leggen, volstaat het te vermelden dat deze mogelijkheid momenteel niet voorzien is en dat BidCo zelf heeft kunnen vaststellen dat dit kader zou moeten worden gewijzigd indien men RAN-sharing wil kunnen opleggen<sup>8</sup>. Ook hier kan men dus bezwaarlijk stellen dat het bestaand reglementair kader en de afwezigheid daarin om RAN-sharing te kunnen opleggen een geval van overmacht uitmaakt.

#### 4.4 Overmacht wegens ongunstige wetgeving voor de uitrol van een mobiel netwerk

BidCo stelt in zijn begeleidende nota van 18 december 2012 dat, indien er een business case zou bestaan of indien RAN-sharing mogelijk was met een bestaande mobiel-netwerkoperator, de uitrol van een mobiel netwerk dan nog serieus vertraagd of zelfs onmogelijk zou zijn gezien de ongunstige regelgeving inzake ruimtelijke ordening en milieuwetgeving. Deze ongunstige wetgeving zou dus ook een reden tot overmacht zijn wat de uitvoering van de verplichtingen uit het 3G KB onmogelijk zou maken.

Uit de nota valt niet af te leiden of deze redenen betrekking hebben op de verplichting om over te gaan tot commerciële lancering binnen de 18 maanden of op de dekkingsverplichtingen uit hoofde van art. 3, § 1 van het 3G-KB. Aangezien echter voor de lancering van commerciële diensten geen dekkingsvereiste bestaat, kan men moeilijk beweren dat de aangehaalde regelgeving inzake ruimtelijke ordening en milieu een hindernis uitmaakt voor het vervullen van de verplichting tot commerciële lancering van de 3G-diensten. *A fortiori* kan men dan ook

<sup>7</sup> Zie p. 2 van deze brief onder punt 3.

<sup>8</sup> Hierbij spreekt het BIPT zich niet uit over de eventuele mogelijkheid om dit te voorzien in het Belgisch reglementair kader, conform de Europese richtlijnen terzake.

niet aannemen dat deze regelgeving een reden van overmacht is die het vervullen van de verplichting tot commerciële lancering van 3G-diensten onmogelijk maakt.

Wat de dekkingsverplichtingen uit hoofde van art. 3, § 1 van het 3G-KB betreft is, zoals eerder vermeld, één van de voorwaarden om overmacht in te roepen dat de omstandigheid (die als overmacht wordt aangehaald) onvoorspelbaarheid moet zijn. Hierover stelt de rechtsleer het volgende:

*“[d]e onvoorzienbaarheid wordt in abstracto bepaald, door een beroep te doen op het criterium van de normale voorzichtige en redelijke schuldenaar (mens), die in dezelfde feitelijke omstandigheden als de aangesprokene wordt geplaatst”<sup>9</sup>.*

In huidig geval is het duidelijk dat het regelgevend kader al van toepassing was op het moment van de aanvraag voor een 3G-vergunning. De door BidCo aangehaalde voorbeelden van ongunstige regelgeving waren inderdaad al van kracht op de dag van de indiening van zijn kandidatuurstelling op 29 april 2011:

- 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, zoals gewijzigd door het koninklijk besluit van 22 december 2010;
- art. 51, § 2, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, zoals gewijzigd door de wet van 29 december 2010;
- het arrest nr. 6/2009 van 15 januari 2009 van het Grondwettelijk Hof;
- de gewestelijke regelgeving i.v.m. milieunormen op het vlak van straling:
  - o besluit van de Vlaamse Regering van 19 november 2010 tot wijziging van het besluit van de Vlaamse Regering van 1 juni 1995 houdende algemene en sectorale bepalingen inzake milieuhygiëne wat betreft de normering van vast en tijdelijk opgestelde zendantennes voor elektromagnetische golven tussen 10 MHz en 10 GHz;
  - o decreet van het Waalse Gewest van 3 april 2009 betreffende de bescherming tegen de eventuele schadelijke effecten en de hinder van de niet-ioniserende stralingen die door stationaire zendantennes gegenereerd worden;
  - o ordonnantie van het Brusselse Gewest van 1 maart 2007 betreffende de bescherming van het leefmilieu tegen de eventuele schadelijke effecten en hinder van niet-ioniserende stralingen;
  - o besluit van 30 oktober 2009 van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering betreffende bepaalde antennes die elektromagnetische golven uitzenden.

Ook de door BidCo aangehaalde omstandigheden dat het bekomen van een bouwvergunning een langdurige procedure vergt en dat deze niet altijd toegekend wordt of kan worden aangevochten door derden, zijn niet plots opgedoken na de kandidatuurstelling van BidCo op 29 april 2011. BidCo verwijst hierbij trouwens zelf naar rechtspraak van in 2009.

Dit regelgevend kader werd expliciet opgenomen in het Informatiememorandum voor potentiële bidders dat op de website van het BIPT ([www.auction2011.be](http://www.auction2011.be)) werd gepubliceerd vóór de veiling van de 3G-licentie.

Het aangehaalde regelgevend kader was dus een voorspelbaar of voorzienbaar element voor een operator zoals BidCo en kan derhalve niet worden ingeroepen als verantwoording voor een situatie van overmacht in hoofde van BidCo.

---

<sup>9</sup> L. Cornelis, *op. cit.*, p. 649.

## 5. Standpunt van BidCo

Het ontwerp van dit besluit werd overgezonden aan BidCo. BidCo antwoordde op 13 februari 2013 gedeeltelijk in het Engels en bezorgde op 20 februari de vertaling naar het Nederlands.

### 1. Algemeen

BidCo haalt opnieuw de problemen aan aangaande een economisch verantwoorde business case en RAN-sharing (zie punt 4.1. hierboven).

### 2. Toepassing van overmacht

Bidco meent dat de manier waarop het BIPT het begrip overmacht toepast substantieel afwijkt van de manier waarop de Minister en het BIPT datzelfde begrip hebben toegepast toen de Minister in 2002 door de drie mobiel-netwerkoperatoren werd verzocht om de deadlines voor het commercieel aanbod en de uitrolverplichtingen te verlengen.

In 2002 hadden Belgacom, Mobistar en KPN GB vastgesteld dat het niet mogelijk zou zijn om de deadlines voor het commercieel aanbod en de uitrolverplichtingen na te komen. De reden was dat zij geconfronteerd werden met de volgende problemen:

- Grote vertragingen bij de levering van materiaal en software voor het uitbouwen van de netwerkinfrastructuur en van mobiele toestellen.
- Moeilijkheden bij het verkrijgen van bouwvergunningen voor het bouwen van basisstations.

Op basis hiervan werd aan alle MNO's uitstel verleend voor de deadline voor het lanceren van een commercieel aanbod en voor de deadlines voor de uitrolverplichtingen.<sup>10</sup>

BidCo haalt aan dat de situatie in 2002 **niet onvoorzienbaar en onvoorspelbaar** was aangezien er voordien vermeldingen terug te vinden zijn van een mogelijk gebrek aan apparatuur en problemen met bouwvergunningen. Zo is er in het jaarverslag van het BIPT van 2001 sprake van om te proberen de honderden aanvragen voor een vergunning vanwege de gsm-operatoren te deblokken.

De situatie in 2002 was eveneens **niet ontoerekenbaar** aangezien de operatoren hadden besloten om hun investeringen (in netwerken) terug te brengen. KPN hanteerde de “wait and see”-strategie.

Verder haalt BidCo aan dat in 2002 het voor de operatoren **niet onmogelijk** was de 3G-dienst commercieel aan te bieden : via hun reeds goed uitgebouwd netwerk zou het zeer eenvoudig geweest zijn om één basisstation klaar te maken voor het aanbieden van 3G-diensten.

---

<sup>10</sup> Zie het ministerieel besluit van 13 maart 2002 en het ministerieel besluit van 19 december 2002.

BidCo meent dus dat het begrip overmacht wordt toegepast op een wijze die substantieel strikter en zwaarder is dan in 2002 en vindt dat het gediscrimineerd wordt ten opzichte van de andere mobiel-netwerkoperatoren.

Het begrip overmacht toepassen op dezelfde manier als de Minister en het BIPT in 2002 hebben gedaan is in lijn met het standpunt van gezaghebbende auteurs die van mening zijn dat het onmogelijkheids criterium niet strikt maar wel op een redelijke wijze dient te worden toegepast. Volgens DE PAGE is het noodzakelijk maar voldoende dat het uitvoeren van de verbintenis normaal genomen onmogelijk is gelet op de omstandigheden. KRUIITHOF spreekt over het criterium van "de normale, menselijke of praktische onmogelijkheid". Tot slot zijn er ook veel rechtbanken en hoven die het begrip overmacht op een meer redelijke en pragmatische manier hebben toegepast.

## **Antwoord van het BIPT**

### 1. Algemeen

Wat betreft de afwezigheid van een economisch verantwoorde business case en problemen die BidCo ondervindt i.v.m. RAN-sharing verwijst het BIPT naar de argumentatie in punten 4.2 en 4.3 hierboven : dit maakt geen situatie uit van overmacht.

### 2. Toepassing van overmacht

De situatie in 2002 was verschillend van de situatie waarin BidCo zich bevindt dus dient die ook anders beoordeeld te worden.

Op het niet beschikbaar zijn van de nodige apparatuur in 2002 hadden de mobiel-netwerkoperatoren helemaal geen vat. Dit was een zaak van de fabrikanten. Zonder de nodige apparatuur was het absoluut onmogelijk om aan de verplichtingen van commercieel aanbod en uitrol van het netwerk te voldoen. Op die manier had het geen zin om één basisstation klaar te maken voor 3G-diensten aangezien er niet voor elke klant een geschikt eindtoestel beschikbaar zou zijn. Het 3G-KB schrijft immers voor dat de klanten van de operator toegang tot de diensten moeten hebben<sup>11</sup>.

Bovendien was toen niet duidelijk dat via één basisstation aan de verplichting van commerciële lancering voldaan zou kunnen worden. De interpretatie was in 2002 dat dit betekende dat overall werkelijk de dienst moest worden aangeboden. De versoepelde interpretatie van aanbidding via één basisstation kwam er maar door de Minister in 2003. Er was in 2002 geen sprake van een alternatief scenario. BidCo daarentegen is zich terdege bewust van het bestaan van een alternatief scenario via deze interpretatie. *[weglatend vertrouwelijke passage]* Het is niet aannemelijk dat in december 2012 ineens onmogelijk zou zijn wat enkele maanden eerder voor BidCo nog een realistisch scenario was. BidCo geeft hier ook geen verklaring over. Op een vergadering van 13 maart 2013 met het BIPT werd dit scenario echter opnieuw aangekondigd als een mogelijkheid om aan de verplichting van commerciële lancering te voldoen met desgevallend uitvoering in juli – november 2013. Dit geeft eens te meer aan dat dit een realistisch scenario is voor BidCo, dat dit scenario evengoed vóór 15 januari 2013 uitgewerkt had kunnen worden en dat het niet-overgaan tot de uitvoering ervan geen geval van overmacht kan uitmaken.

---

<sup>11</sup> Art. 2. § 2. *Het netwerk van de 3G-operator maakt het zijn klanten minstens mogelijk om van of naar hun mobiel toestel van de derde generatie toegang te krijgen tot de volgende diensten wanneer zij zich in de dekkingszone van het netwerk van de 3G-operator bevinden (...).*

BidCo zou dus op relatief eenvoudige wijze aan de verplichting van commerciële lancering kunnen voldoen. Er kan bijgevolg geen sprake zijn van discriminatie tussen de drie andere operatoren en BidCo aangezien de situatie in 2002 helemaal anders was.

Ook de huidige technologische mogelijkheden zijn niet meer te vergelijken met die van in 2002. *[weglating vertrouwelijke passage]* Veel zaken die vroeger technisch onmogelijk waren, zijn nu wel mogelijk : er is een uitgebreid gamma aan netwerkapparatuur en 3G-handsets in de handel aanwezig. De situatie is dus absoluut niet meer vergelijkbaar, aangezien er in 2002 zo goed als geen netwerkapparatuur noch 3G-handsets in de handel beschikbaar waren.

In 2002 ondervonden de operatoren aan den lijve problemen met het verkrijgen van bouwvergunningen. Zoals BidCo aangeeft zaten er honderden aanvragen geblokkeerd. Het is niet zo dat dit probleem nu opgelost is, maar de praktische situatie voor BidCo is helemaal anders dan die voor de operatoren in 2002. BidCo heeft immers, voor zover het BIPT weet, geen aanvragen ingediend om bouwvergunningen te bekomen. BidCo weerlegt dit niet. BidCo is daarenboven nog steeds geen lid geworden van het RISS (zie punt 4.4. hierboven). Bijgevolg zijn de problemen i.v.m. bouwvergunningen voor BidCo niet reëel maar enkel theoretisch.

## **Conclusie**

Op basis van bovenstaande analyse kan het BIPT enkel concluderen dat de redenen aangehaald door BidCo om overmacht in te roepen en zo uitstel te krijgen voor het vervullen van zijn reglementaire verplichtingen geen gevallen van overmacht uitmaken.

Er bestaat in die omstandigheden geen reden voor het BIPT om uitstel te verlenen wegens overmacht zoals bepaald in art. 3, § 1 en art. 4, § 1 van het 3G-KB.

De tijdstippen waarop de dekking geëvalueerd dient te worden, kunnen enkel door een wijziging van artikel 3, § 1 van het 3G-KB aangepast worden. Maar dit valt niet onder de bevoegdheid van het BIPT aangezien dit bij KB wordt bepaald.

## **6. Samenwerkingsakkoord**

Het BIPT heeft overeenkomstig de procedure beschreven in lid 1 en 2 van artikel 3 van het samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 het ontwerp van dit besluit overgezonden aan de gemeenschapsregulatoren:

*“Art. 3. Elke ontwerpbeslissing van een regulerende instantie die betrekking heeft op elektronische communicatienetwerken wordt door de desbetreffende instantie overgemaakt aan de andere regulerende instanties die zijn opgesomd in artikel 2, 2°, van dit samenwerkingsakkoord.*

*De regulerende instanties die geconsulteerd worden bezorgen binnen veertien kalenderdagen hun opmerkingen aan de regulerende instantie die de ontwerpbeslissing heeft overgemaakt. (...)”*

Het BIPT heeft geen opmerkingen ontvangen van de gemeenschapsregulatoren.

## 7. Besluit

BidCo verzocht het BIPT om uitstel wegens overmacht voor het commerciële aanbod van de 3G-dienst uiterlijk 15 januari 2013 en voor de dekkingsniveaus van de Belgische bevolking na respectievelijk 3, 4 en 5 jaar na de kennisgeving van de 3G-vergunning toe te kennen.

De redenen die BidCo aanhaalt maken echter geen overmacht uit.

Derhalve kan het BIPT geen uitstel verlenen op de termijnen die in de artikelen 3, § 1 en 4, § 1 van het 3G-KB vermeld staan.

## 8. Beroepsmogelijkheden

Overeenkomstig artikel 2, § 1 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 hebt u de mogelijkheid om tegen dit besluit beroep in te stellen bij het hof van beroep van Brussel, Poelaertplein 1, B-1000 Brussel. Het beroep wordt, op straffe van nietigheid die ambtshalve wordt uitgesproken, ingesteld door middel van een ondertekend verzoekschrift dat wordt ingediend ter griffie van het hof van beroep van Brussel binnen een termijn van zestig dagen na de kennisgeving van het besluit of bij gebreke aan een kennisgeving, na de publicatie van het besluit of bij gebreke aan een publicatie, na de kennisname van het besluit.

Het verzoekschrift bevat op straffe van nietigheid de vermeldingen vereist door artikel 2, § 2, van de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector. Indien het verzoekschrift elementen bevat die u als vertrouwelijk beschouwt, dan moet u dat uitdrukkelijk aangeven en op straffe van nietigheid, een niet-vertrouwelijke versie van dat verzoekschrift indienen. Het Instituut publiceert op zijn website het verzoekschrift dat door de griffie van het gerecht genotificeerd is. Elke belanghebbende partij kan in de zaak tussenkomen binnen dertig dagen na deze publicatie.

Georges Deneff  
Lid van de Raad

Axel Desmedt  
Lid van de Raad

Catherine Rutten  
Lid van de Raad

Michel Van Bellinghen  
Lid van de Raad