

Hof van beroep te Brussel

Burgerlijke & fiscale griffie - dienst verzoekschriften (verdieping 01)

Justitiepaleis, Poelaertplein, 1000 Brussel

☎ 02 508 66 67

☎ 02 519 84 25

☎ 02 519 81 72

Kennisgeving – art. 1056 Ger.W.

2018/AR/1012, Kamer 19A, 20 juni 2018 09:00

BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN
EN
TELECOMMUNICATIE Ellipse Building Gebouw C
Albert II-laan 35
1030 BRUSSEL

uw kenmerk/advocaat/referentie
Mr.

ons kenmerk: 2018/AR/1012
inzake: CITYMESH N.V./BELGISCH INSTI

Brussel
12 juni 2018

bijlage(n)
1

Mevrouw, Mijnheer,
Meester,

Hierbij wordt U het verzoekschrift, neergelegd ter griffie van dit Hof, ter kennis gebracht.

Met de meeste hoogachting,



A. De Clerck
LE DE DECKER
Griffier

Neergelegd ter griffie van het
Hof van Beroep te Brussel
op

12-06-2018

de griffier



/ VERZOEKSCHRIFT

Op grond van artikel 2 van de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector

VOOR: CITYMESH NV, met maatschappelijke zetel te 8000 Brugge, Pathoekeweg 9B, bus 006, en met ondernemingsnummer 0881.653.685, vertegenwoordigd door de heer Mitch De Geest, gedelegeerd bestuurder,

VERZOEKSTER;

Vertegenwoordigd door Mters. Gerrit Vandendriessche en Alexander Schillebeeckx, gerrit.vandendriessche@altius.com en alexander.schillebeeckx@altius.com, advocaten te 1000 Brussel, Havenlaan 86C, bus 414;

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

VERWEERSTER.

DATUM: 11 juni 2018

BESLISSING WAARTEGEN BEROEP WORDT INGESTELD:

Beslissing van het BIPT van 2 februari 2018 betreffende de aanvraag voor de uitbreiding van de 3,5 GHz licentie voor 2 extra gemeenten.

PLAATS, DAG EN UUR VAN VERSCHIJNING:

19A Kamer op 2006/2018 om 9u15 in zaal 1-32

INHOUDSTAFEL

I. FEITEN	3
II. IN RECHTE	6
A. HET BEROEP IS ONTVANKELIJK	6
B. TEN GRONDE – MIDDELEN	8
B.1. EERSTE MIDDEL: HET BIPT PAST ARTIKEL 21 VAN HET KB VAN 24 MAART 2009 NIET TOE	8
B.2. TWEEDE MIDDEL: SCHENDING VAN ARTIKELEN 18 EN 20, §1 VAN DE WET VAN 13 JUNI 2005 DOOR ZELF DE VOORWAARDEN VOOR DE TOEKENNING, VERLENING EN BEPERKING VAN GEBRUIKSRECHTEN VAST TE LEGGEN.....	10
B.3. DERDE MIDDEL: SCHENDING VAN ARTIKEL 20, §2 VAN DE WET VAN 13 JUNI 2005 DOOR GEEN RAADPLEGING TE HEBBEN GEHOUDEN.....	12
B.4. VIERDE MIDDEL: SCHENDING VAN ARTIKELEN 13, 3 ^e LID EN 21 VAN DE WET VAN 13 JUNI 2005 DOOR NIET TE HANDELEN OP BASIS VAN OBJECTIEVE, TRANSPARANTE, EVENREDIGE EN NIET-DISCRIMINERENDE CRITERIA	12
B.5. VIJFDE MIDDEL: SCHENDING VAN ARTIKEL 6, 4 ^e VAN DE WET VAN 13 JUNI 2005 DOOR NIET TE ZORGEN VOOR EEN EFFICIËNT BEHEER VAN DE RADIOFREQUENTIES.....	17



I. FEITEN

1. Verzoekster is houder van gebruiksrechten die het BIPT haar op 7 mei 2015 heeft toegekend in de frequentieband 3,5 GHz (*Besluit van 7 mei 2015 betreffende de toekenning aan Citymesh van gebruiksrechten in de 3,5 GHz-frequentieband voor de verstrekking van elektronische communicatiediensten op het Belgisch grondgebied - stuk 1*).
2. De aan verzoekster toegekende gebruiksrechten gelden voor de gemeenten Gent, Antwerpen, Brugge, Brussel, De Panne, Koksijde, Nieuwpoort, Middelkerke, Oostende, Bredene, De Haan, Blankenberge, Knokke-Heist, en dit tot voor een initiële termijn van 10 jaar tot 6 mei 2025.
3. Op grond van artikel 21 van het koninklijk besluit van 24 maart 2009 betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 3410-3500/3510-3600 MHz en 10150-10300/10500-10650 MHz (hierna het “KB van 24 maart 2009”) kan een radiotoegangsoperator het BIPT verzoeken om bestaande gebruiksrechten territoriaal uit te breiden. In zulk geval verzoekt een radiotoegangsoperator het BIPT om de lijst van gemeenten die in zijn gebruiksrechten zijn opgenomen, te wijzigen. Indien de radiotoegangsoperator verzoekt om gemeenten toe te voegen, dan moet het BIPT beslissen of er een nieuwe toewijzingsprocedure moet worden gestart of dat de lijst van gemeenten onmiddellijk kan worden gewijzigd.
4. Op 25 september 2017 heeft verzoekster een aanvraag ingediend bij het BIPT tot het bekomen van een licentie voor de 3,5 GHz frequentieband voor de gemeenten Werchter (PC 3118) en Dranouter (PC 8951), binnen hetzelfde frequentieblok als de huidige licentie van verzoekster (stuk 2).
5. Op 2 februari 2018 heeft het BIPT verzoekster geïnformeerd dat het de lijst van gemeenten van Citymesh niet onmiddellijk kan wijzigen én dat ze ook geen nieuwe toewijzingsprocedure zal starten (hierna het “Aangevochten Besluit”, zie stuk 3).
6. Het Aangevochten Besluit bepaalt onder meer:

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

De lijst kan niet onmiddellijk worden gewijzigd

Voor de 3400-3600 MHz-band heeft het BIPT altijd voorzien in een beschermingsafstand van minstens 15 km tussen de dienstzones van twee operatoren die dezelfde frequentie gebruiken. Dit was het geval bij de toekenning van bijkomende gemeenten naar aanleiding van de overdracht van de gebruiksrechten van b.lite en Mac Telecom aan Broadband Belgium, zie punt A1 van de bijlage bij het besluit van 23 december 2015 betreffende het verzoek om overdracht van de gebruiksrechten van b.lite en Mac Telecom aan Broadband Belgium. Dit criterium werd eveneens vermeld in het besluit van 21 maart 2017 betreffende de verlenging



van de gebruiksrechten van Broadband Belgium. In geval van een nieuwe toewijzingsprocedure konden kandidaten die nog geen gebruiksrechten hadden, dus maar gebruiksrechten krijgen voor gemeenten die verder dan 15 km verwijderd zijn van alle gemeenten waarvoor reeds een vergunning is afgegeven. De toevoeging van een gemeente die meer dan 15 km verwijderd is van alle gemeenten die meer dan 15 km verwijderd zijn van alle reeds toegestane gemeenten, aan de lijst van de gemeenten die onder de bestaande gebruiksrechten vallen, beperkt geenszins de mogelijkheden voor een potentiële andere kandidaat en kan dus worden aanvaard zonder een nieuwe toewijzingsprocedure.

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

Het starten van een nieuwe procedure is momenteel niet opportuun

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

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

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

Deze open toewijzingsprocedure voor de gehele 3400-3800 MHz-band zou moeten plaatsvinden eind 2018 of begin 2019. Citymesh zal aan die veiligingsprocedure



kunnen deelnemen om gebruiksrechten te krijgen over het gehele Belgische grondgebied tot in 2040. Het nieuwe koninklijk besluit zou ook in de mogelijkheid voorzien om, indien de operator dit wenst, de gebruiksrechten reeds te benutten vanaf het einde van de veilingprocedure.

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

Tijdens recente internationale vergaderingen in het kader van de CEPT, meer bepaald van het "Electronic Communications Committee", zijn de problemen met de technische compatibiliteit tussen de 4G- en 5G-systemen in dezelfde frequentieband naar voren gebracht. Om de 3400-3800 MHz-band optimaal te gebruiken is een synchronisatie gewenst van de verschillende TDD-netwerken die de band gebruiken. De uitrol van netwerken die gebruikmaken van verschillende technologieën maakt de synchronisatie van de netwerken heel wat moeilijk of zelfs onmogelijk. Zelfs als het mogelijk was om een netwerk dat gebruikmaakt van de 5G NR-technologie te synchroniseren met een netwerk dat de LTE-technologie gebruikt, zou dat leiden tot een vermindering van de prestaties van het 5G NR-netwerk in termen van latentie. De aanleg van nieuwe LTE-basisstations in de 3400-3800 MHz-band is dus niet gewenst.

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

Conclusie

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

7. Verzoekster is het niet eens met het Aangevochten Besluit en stelt daarom middels onderhavig verzoekschrift een beroep tot nietigverklaring in tegen het Aangevochten Besluit.



II. IN RECHTE

8. Verzoekster zal eerst aantonen dat haar beroep tijdig en ontvankelijk is.
9. Vervolgens roept verzoekster 5 middelen in op basis waarvan het Aangevochten Besluit vernietigd moet worden:
 1. Het BIPT past artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 niet toe (eerste middel);
 2. Het BIPT schendt artikelen 18 en 20, §1 van de wet van 13 juni 2005 door zelf de voorwaarden voor de toekenning, verlening en beperking van gebruiksrechten vast te leggen (tweede middel);
 3. Het BIPT schendt artikel 20, §2 van de wet van 13 juni 2005 door geen openbare raadpleging te houden (derde middel);
 4. Het BIPT schendt artikelen 13, 3^e lid en 21 van de wet van 13 juni 2005 door niet te handelen op grond van transparante, objectieve, evenredige en niet-discriminerende criteria (vierde middel);
 5. Het BIPT schendt artikel artikel 6, 4^e van de wet van 13 juni 2005 door niet te zorgen voor een efficiënt beheer van de radiofrequenties (vijfde middel).
10. Verzoekster zal haar argumenten hieronder verder uitwerken.

A. HET BEROEP IS ONTVANKELIJK

11. Huidig beroep tegen het Aangevochten Besluit BIPT is tijdig ingesteld aangezien de beroepstermijn van 60 dagen geen aanvang heeft genomen. Huidig beroep is bijgevolg ontvankelijk.

A.1. WETTELIJK KADER

12. 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 (hierna de "wet van 17 januari 2003") bepaalt:

"Art. 2. § 1. Tegen de besluiten van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie kan beroep met volle rechtsmacht worden ingesteld bij het Marktenhof, rechtsprekend zoals in kort geding. Het instituut is verweerder in de procedure."

13. Artikel 2, §2 van de wet van 17 januari 2003 bepaalt de termijn die in principe nageleefd moet worden voor het instellen van beroep tegen de besluiten van het BIPT:

"Art. 2. § 2. 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 60 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.”

14. Artikel 2, 4° van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur (hierna de “wet van 11 april 1994”) luidt als volgt:

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

[...]

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

15. De wet van 11 april 1994 is volgens artikel 1 van toepassing op federale administratieve overheden. Het BIPT is een federale administratieve overheid en moet de Wet van 11 april 1994 dus naleven. Het BIPT heeft haar hoedanigheid van federale administratieve overheid zelf al bevestigd in een advies van 24 maart 2000:

“Overeenkomstig artikel 6, § 4 van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur heeft het Instituut, als federale administratieve overheid, beslist de rest van het punt 1.1 van dit Advies niet openbaar te maken en dit om de reden vermeld in het ten 7° van het artikel 6, § 1 van de wet van 11 april 1994 (confidentialiteit van gegevens die aan de overheid werden meegedeeld).”¹
(eigen benadrukking)

16. Het BIPT heeft dus de verplichting om op elk document met een beslissing met individuele strekking de eventuele beroepsmogelijkheden, de instanties bij wie het beroep moet worden ingesteld, de geldende vormen en termijnen te vermelden. Als het BIPT dit niet doet, dan bepaalt artikel 2,4° van de wet van 11 april 1994 dat de beroepstermijn van 60 dagen uit artikel 2, §2 van de Wet van 17 januari 2003 geen aanvang neemt.

17. Dit artikel 2, 4° van de wet van 11 april 1994 is van openbare orde, zo heeft de Raad van State reeds bevestigd:

“Overwegende dat de ontvankelijkheid van georganiseerde administratieve beroepen en van beroepen tot nietigverklaring verband houdt met de openbare orde; dat het nakomen door de administratieve overheid van de verplichting die haar bij artikel 2, 4°, van de wet van 11 april 1994 wordt opgelegd, beslissend is voor het onderzoek van de ontvankelijkheid van de voormelde beroepen, gelet op de sanctie die de wet aan de niet-naleving ervan verbindt; dat, aangezien die wet van

¹ BIPT, Advies aan de minister betreffende de aanpassing van de definitie van half link en de beschrijving van transport interconnect service in het referentie interconnectieaanbod van Belgacom voor het jaar 2000, 24 maart 2000, p. 2.



openbare orde is, het niet relevant is na te gaan of het betrokken personeelslid in casu werkelijk benadeeld is door de niet-naleving ervan; dat vaststaat dat de bestaande beroepsmogelijkheden en de geldende vormen en termijnen niet aan verzoeker zijn meegedeeld; dat het middel in zoverre gegrond is,”

A.2. TOEPASSING

18. Het Aangevochten Besluit is een document met een beslissing met individuele strekking in de zin van artikel 2, 4° van de wet van 11 april 1994. Dit document moest dus in principe de eventuele beroepsmogelijkheden, de instanties bij wie het beroep moet worden ingesteld, de geldende vormen en termijnen vermelden op grond van artikel 2,4° van de wet van 11 april 1994.
19. Het aangevochten besluit bevat evenwel geen vermelding van de eventuele beroepsmogelijkheden, de instanties bij wie het beroep moet worden ingesteld, de geldende vormen en termijnen. De beroepstermijn van 60 dagen uit artikel 2, §2 van de wet van 17 januari 2003 heeft bijgevolg geen aanvang genomen op grond van artikel 2,4° van de wet van 11 april 1994.
20. Vermits de beroepstermijn van 60 dagen uit artikel 2, §2 van de wet van 17 januari 2003 nog geen aanvang heeft genomen, is het huidige verzoekschrift zeker tijdig ingediend en dus ook ontvankelijk.
21. Gelet op het feit dat artikel 2, 4° van de wet van 11 april 1994 van openbare orde is, heeft het hof van beroep geen appreciatiemarge om hierover te oordelen.

B. TEN GRONDE - MIDDELEN

B.1. EERSTE MIDDEL: HET BIPT PAST ARTIKEL 21 VAN HET KB VAN 24 MAART 2009 NIET TOE

22. Naar aanleiding van een verzoek tot territoriale uitbreiding door een radiotoegangsoperator, voorziet artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 de beslissingsmogelijkheden van het BIPT: ofwel de uitbreiding toekennen, *dan wel* een nieuwe toewijzingsprocedure opstarten.
23. Uit het Aangevochten Besluit blijkt dat het BIPT de door artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 gestelde beslissingsmogelijkheden niet toepast: het BIPT besliste om de uitbreiding niet toe te kennen en achtte het “niet opportuun” om een nieuwe toewijzingsprocedure op te starten.

B.1.1. Wettelijk kader

24. Artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 luidt als volgt:

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



25. De formulering van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 is duidelijk: ofwel wijzigt het BIPT de lijst van gemeenten onmiddellijk, ofwel start het BIPT een nieuwe toewijzingsprocedure. Een andere optie is er niet voor het BIPT.

B.1.2. Toepassing

26. Niettegenstaande de heldere formulering van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009, besliste het BIPT dat (1) geen uitbreiding kon worden toegekend, en (2) het “niet opportuun” was om een nieuwe toewijzingsprocedure op te starten:

“De lijst kan niet onmiddellijk worden gewijzigd

[...]

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

Het starten van een nieuwe procedure is momenteel niet opportuun

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

Het BIPT acht het niet opportuun om in deze overgangperiode, in afwachting van het nieuwe koninklijk besluit, nog een nieuwe toewijzingsprocedure te lanceren. De band zal immers onderworpen worden aan nieuwe technische karakteristieken en nieuwe voorwaarden. (eigen onderlijning)

27. Dit komt in feite neer op een schorsing van de toepassing van het KB van 24 maart 2009. Het BIPT beslist bijgevolg, tegen de tekst van het KB van 24 maart 2009 in, dat ze de lijst van gemeenten voor verzoekster die reeds gebruiksrechten heeft in de 3,5 GHz band, niet meer zal wijzigen. BIPT legt artikel 21 gewoon naast zich neer. Dit is een evidente schending van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009.
28. Het BIPT lijkt ervan uit te gaan dat het de bevoegdheid heeft om de mogelijkheden uit artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 naast zich neer te leggen. Dit doet het BIPT door de woorden “al dan niet” toe te voegen aan het citaat van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 in het Aangevochten Besluit:

“Artikel 21 van het [KB van 24 maart 2009] schrijft voor dat een operator aan het BIPT kan vragen om de lijst van de gemeenten die in zijn gebruiksrechten vermeld



zijn, te wijzigen. Wanneer er gemeenten aan de lijst worden toegevoegd, bepaalt het BIPT al dan niet of er een nieuwe procedure moet worden gestart dan wel of de lijst onmiddellijk kan worden gewijzigd.” (eigen onderlijning)

29. Deze toevoeging is bewust: het BIPT tracht verzoekster in het Aangevochten Besluit op het verkeerde been te zetten door op onterechte wijze te insinueren dat er nog een “derde optie” is onder artikel 21. Deze toevoeging is in strijd met de duidelijke bewoording van artikel 21. In dat artikel wijst het gebruik van de terminologie “of ... dan wel of” zeer duidelijk op een “of het ene, of het andere” situatie en laat het BIPT niet toe om discretionair iets anders te doen dan één van de twee gegeven opties:

“Wanneer er gemeenten aan de lijst worden toegevoegd, bepaalt het Instituut of er een nieuwe procedure moet worden gestart dan wel of de lijst onmiddellijk kan worden gewijzigd.” (eigen onderlijning)

30. Het BIPT beviest aldus de gebruiksrechten van verzoekster tot de initieel toegekende gemeenten, en ontnemt verzoekster elke mogelijkheid om de reeds door haar gedane investeringen te doen renderen via de in het KB van 24 maart 2009 verankerde mogelijkheid tot uitbreiding naar andere gemeenten. Door alzo de uitbreidbaarheid van toegekende gebruiksrechten onder het KB van 24 maart 2009 te weigeren, schendt het BIPT artikel 21 van dat KB. Door aldus de rechten van verzoekster als bestaande vergunde radiotoegangsoperator buiten spel te zetten, schendt het BIPT ook het rechtszekerheidsbeginsel.

31. Deze (feitelijke) schorsing van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 doet de aanzienlijke investeringen die verzoekster reeds deed, en het rechtmatig vertrouwen dat verzoekster had in verband met mogelijke uitbreidingen van haar gebruiksrechten tot nieuwe gemeenten in de periode lopende tot 6 mei 2025, teniet.

32. Verzoekster verkreeg gebruiksrechten voor 10 jaar met een wettelijk verankerde mogelijkheid tot uitbreiding van de vergunde gemeenten. Het BIPT schorst na 2,5 jaar de wettelijke uitbreidingsmogelijkheid middels het Aangevochten Besluit, en dit in strijd met artikel 21 van het KB van 24 maart 2009.

B.2. TWEEDE MIDDEL: SCHENDING VAN ARTIKELEN 18 EN 20, §1 VAN DE WET VAN 13 JUNI 2005 DOOR ZELF DE VOORWAARDEN VOOR DE TOEKENNING, VERLENING EN BEPERKING VAN GEBRUIKSRECHTEN VAST TE LEGGEN

33. Gelet op het feit dat het BIPT het verzoek van verzoekster tot territoriale uitbreiding op basis van andere voorwaarden dan deze vermeld in artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 heeft beoordeeld, betekent dit dat het BIPT “eigen” voorwaarden hanteerde om gebruiksrechten te verlenen, in casu te beperken. Hierdoor schendt het BIPT de artikelen 18 en 20 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna de “wet van 13 juni 2005”) door zichzelf de bevoegdheid toe te kennen om af te wijken van de mogelijkheden voorzien door de Koning in artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 en zo zelf de voorwaarden voor de toekenning, verlening en beperking van gebruiksrechten vast te leggen.



B.2.1. Wettelijk kader

34. De wet van 13 juni 2005 belast het BIPT met het spectrumbeheer. Het KB van 24 maart 2009 is genomen in uitvoering van deze wet. Het BIPT dient dit beheer derhalve uit te oefenen binnen de voorschriften en de beperkingen van de wet van 13 juni 2005.
35. Zo bepaalt artikel 18, §1 van de wet van 13 juni 2005 dat de voorwaarden voor het verkrijgen en uitoefenen van gebruiksrechten voor radiofrequenties door de Koning worden vastgelegd:

“Art. 18. § 1. De voorwaarden voor het verkrijgen en uitoefenen van gebruiksrechten voor radiofrequenties die geheel of gedeeltelijk gebruikt worden voor elektronische-communicatiediensten die aan het publiek worden aangeboden, worden door de Koning vastgesteld bij een besluit, genomen na advies van het Instituut en vastgesteld na overleg in de Ministerraad [...]”

36. Bovendien kan een beperking van de verlening van de gebruiksrechten op frequenties enkel gebeuren via de voorwaarden bepaald door de Koning: artikel 20 van de wet van 13 juni 2005 bepaalt dat enkel de Koning de voorwaarden voor een beperking van het aantal te verlenen gebruiksrechten voor radiofrequenties kan bepalen, dat het BIPT deze beperking zelf niet kan opleggen (tenzij om schadelijke storingen te vermijden of een efficiënt en rationeel gebruik van radiofrequenties te waarborgen), en dat elke beperking het voorwerp moet uitmaken van een openbare raadpleging voor alle belanghebbende partijen, inclusief consumenten en gebruikers:

“Art. 20. § 1. Het Instituut beperkt het aantal te verlenen gebruiksrechten voor radiofrequenties die geheel of gedeeltelijk gebruikt worden voor elektronische-communicatiediensten die aan het publiek worden aangeboden, niet tenzij:

1° om schadelijke storingen te vermijden wanneer deze laatste een gevolg zijn van onvoldoende beschikbare ruimte binnen het frequentiespectrum, mits de beperking evenredig is;

2° om een efficiënt en rationeel gebruik van radiofrequenties te waarborgen.

Na advies van het Instituut, bepaalt de Koning de procedure tot beperking van het aantal te verlenen gebruiksrechten voor radiofrequenties die geheel of gedeeltelijk gebruikt worden voor elektronische-communicatiediensten die aan het publiek worden aangeboden.

B.2.2. Toepassing

37. Middels het Aangevochten Besluit past het BIPT in verband met de verlening van gebruiksrechten voorwaarden toe die niet het KB van 24 maart 2009 terug te vinden zijn.
38. Het BIPT overschrijdt hiermee haar bevoegdheid: de voorwaarden voor het verkrijgen en uitoefenen van gebruiksrechten voor spectrum in de 3,5 GHz band worden op grond van artikel 18 van de wet van 13 juni 2005 namelijk bepaald door de Koning (middels het KB van 24 maart 2009), en kunnen niet door het BIPT zelf worden ingevuld in afwijking van dit KB van 24 maart 2009. Het BIPT stelt zich hier in de plaats van de Koning.



39. Artikel 20 van de wet van 13 juni 2005 verbiedt het BIPT uitdrukkelijk om gebruiksrechten aangaande frequenties te beperken. Het BIPT doet dit echter wel door te beslissen dat het noch de lijst van gemeenten van verzoekster onmiddellijk zal wijzigen noch een nieuwe toewijzingsprocedure zal opstarten.

B.3. DERDE MIDDEL: SCHENDING VAN ARTIKEL 20, §2 VAN DE WET VAN 13 JUNI 2005 DOOR GEEN RAADPLEGING TE HEBBEN GEHOUDEN

B.3.1. Wettelijk kader

40. Artikel 20, §2 van de wet van 13 juni 2005 luidt als volgt:

“Art. 20 § 2. Tijdens het verloop van de procedure tot beperking van het aantal gebruiksrechten voor radiofrequenties die geheel of gedeeltelijk gebruikt worden voor elektronische-communicatiediensten die aan het publiek worden aangeboden of waarbij de duur van bestaande rechten wordt verlengd op een andere wijze dan in overeenstemming met de in dergelijke rechten gespecificeerde voorwaarden, zorgt het Instituut ervoor dat:

1° alle belanghebbende partijen, met inbegrip van gebruikers en consumenten, zich in een openbare raadpleging overeenkomstig artikel 139 kunnen uitspreken over de voorgenomen beperking;”

B.3.2. Toepassing

41. Middels het Aangevochten Besluit heeft het BIPT de gebruiksrechten van verzoekster beperkt. Op grond van artikel 20, §2 van de wet van 13 juni 2005 moest het BIPT in principe een openbare raadpleging houden.
42. Het BIPT heeft dit niet gedaan en bijgevolg heeft het BIPT artikel 20, §2 van de wet van 13 juni 2005 geschonden.

B.4. VIERDE MIDDEL: SCHENDING VAN ARTIKELEN 13, 3^e LID EN 21 VAN DE WET VAN 13 JUNI 2005 DOOR NIET TE HANDELEN OP BASIS VAN OBJECTIEVE, TRANSPARANTE, EVENREDIGE EN NIET-DISCRIMINERENDE CRITERIA

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

B.4.1. Wettelijk kader

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



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

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

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

B.4.2. Toepassing

46. Zelfs indien het BIPT buiten het kader van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 zelf voorwaarden zou kunnen bepalen voor spectrumtoewijzing of gebruiksrechten zou kunnen beperken - *quod non* - dan heeft het BIPT dat in ieder geval niet gedaan op basis van objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige selectiecriteria.

(i) Het BIPT laat het lot van verzoekster afhangen van een eventuele toekomstige gebeurtenis waarvan de voorwaarden en modaliteiten nog niet bekend zijn

47. Het feit dat de mogelijkheid van uitbreiding en verlenging van de bestaande gebruiksrechten op spectrum in de 3,5 GHz band wordt uitgesloten op basis van een *mogelijk nieuw koninklijk besluit* en een *mogelijke toekomstige veiling* voor de gevestigde mobiele operatoren, is verre van transparant, objectief en evenredig.

48. Het BIPT laat het lot van een bestaande radiotoegangsoperator afhangen van een eventuele toekomstige gebeurtenis waarvan de voorwaarden en modaliteiten nog niet bekend zijn. Dat is niet transparant noch objectief. Dit betekent ook dat het BIPT voorrang zou geven aan eventuele toekomstige nog te vergunnen radiotoegangsoperatoren, ten nadele van bestaande vergunde operatoren in de 3,5 GHz band. Dit maakt een ongelijke behandeling uit. Het BIPT schendt alsoo artikelen 13, 3^e lid en 21 van de wet van 13 juni 2005.

(ii) Het BIPT past onterecht de 15 km-regel toe in het Aangevochten Besluit

49. Het BIPT weigert in het Aangevochten Besluit om de onmiddellijke uitbreiding van de lijst van gemeenten van verzoekster toe te kennen op basis van de zogenaamde 15 km-regel:

“In geval van een nieuwe toewijzingsprocedure konden kandidaten die nog geen gebruiksrechten hadden, dus maar gebruiksrechten krijgen voor gemeenten die verder dan 15 km verwijderd zijn van alle gemeenten waarvoor reeds een vergunning is afgegeven. De toevoeging van een gemeente die meer dan 15 km verwijderd is van alle gemeenten die meer dan 15 km verwijderd zijn van alle reeds toegestane gemeenten, aan de lijst van de gemeenten die onder de bestaande gebruiksrechten vallen, beperkt geenszins de mogelijkheden voor een potentiële



andere kandidaat en kan dus worden aanvaard zonder een nieuwe toewijzingsprocedure.

De 2 gemeenten waarvoor de uitbreiding wordt gevraagd liggen allebei op minder dan 15 km van ten minste één gemeente die gelegen is op meer dan 15 km van alle gemeenten die vermeld zijn in de bestaande gebruiksrechten van Citymesh. De toevoeging van deze gemeenten op de lijst van de gemeenten die vermeld zijn in de gebruiksrechten van Citymesh zou leiden tot een beperking van de mogelijkheden voor een potentiële andere kandidaat en kan bijgevolg geenszins worden aanvaard zonder een nieuwe open toewijzingsprocedure. De lijst van de gemeenten kan dus niet onmiddellijk gewijzigd worden."

50. Het BIPT haalt de mosterd voor deze 15 km-regel bij Artikel 7, §2 van het KB van 24 maart 2009² en de bijlage bij het KB van 24 maart 2009. Artikel 7, §2 van het KB van 24 maart 2009 verplicht radiotoegangsoperatoren om bepaalde technische verplichtingen na te komen om het naast elkaar bestaan van aangrenzende operatoren te garanderen. Deze technische verplichtingen zijn als bijlage bij het KB van 24 maart 2009 bijgevoegd. Aangrenzende operatoren mogen echter overeenkomsten sluiten om minder beperkende technische parameters te hanteren.
51. Zo stelt Bijlage C bij het KB van 24 maart 2009 een 15 km-regel in om het naast elkaar bestaan van aangrenzende operatoren te garanderen bij gebrek aan overeenkomsten tussen operatoren:

"Er wordt een beschermingsafstand vastgelegd van ten minste 15 km tussen de dienstzones van twee operatoren die dezelfde frequenties gebruiken."
52. Deze 15-km regel mag dus enkel - in het kader van artikel 7 van het KB van 24 maart 2009 - toegepast worden tussen bestaande radiotoegangsoperatoren die geen overeenkomst met minder beperkende technische parameters met elkaar hebben gesloten.
53. Het BIPT past deze 15-km regel nu echter ook toe in het Aangevochten Besluit om in het kader van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 te kunnen oordelen of de lijst van gemeenten van een verzoekster onmiddellijk gewijzigd kan worden. Het BIPT gaat de 15 km-regel dus toepassen tussen bestaande radiotoegangsoperatoren en eventuele toekomstige radiotoegangsoperatoren (waar er overigens helemaal geen zekerheid bestaat dat die er zelfs ooit zullen komen). Dit is echter niet de bedoeling van de 15-km regel zoals die voortvloeit uit het KB van 24 maart 2009. Het toepassen van de 15 km regel uit het KB van 24 maart 2009 op situaties die niet door het KB geïmagineerd worden en bovendien louter hypothetisch zijn, is niet objectief noch transparant.
54. Dit betekent ook dat het BIPT voorrang zou geven aan eventuele toekomstige nog te vergunnen radiotoegangsoperatoren, ten nadele van bestaande vergunde operatoren in de 3,5 GHz band, hetgeen een ongelijke behandeling uitmaakt. Het BIPT schendt bijgevolg artikelen 13, 3^e lid en 21 van de wet van 13 juni 2005.

² Artikel 7, §2 KB van 24 maart 2009: *"De radiotoegangoperatoren komen de bijgevoegde technische verplichtingen na teneinde het naast elkaar bestaan van aangrenzende operatoren te garanderen. De aangrenzende operatoren mogen overeenkomsten sluiten om minder beperkende technische parameters te hanteren. Dergelijke overeenkomsten worden aan het Instituut meegedeeld."*



(iii) Het BIPT wijzigt de 15 km-regel in het Aangevochten Besluit

55. Indien het BIPT de 15 km-regel wel zou kunnen toepassen in het kader van artikel 21 van het KB van 21 maart 2009 - *quod non* - dan stelt verzoekster vast dat het BIPT deze 15 km-regel op verschillende manieren toepast in haar besluiten.

56. Bijlage C bij het KB van 24 maart 2009 verwoordt de 15 km-regel glashelder:

“Er wordt een beschermingsafstand vastgelegd van ten minste 15 km tussen de dienstzones van twee operatoren die dezelfde frequenties gebruiken.”

57. Het BIPT legde deze 15 km-regel in eerdere beslissingen volledig uit *in overeenstemming met* de duidelijke bewoordingen van het KB van 24 maart 2009, namelijk: de gemeenten toegekend aan twee verschillende radiotoegangsoperatoren moeten steeds minstens 15 km van elkaar liggen:

- Mededeling van de raad van het BIPT van 24 november 2010 betreffende een oproep tot de kandidaten die gebruiksrechten wensen te verkrijgen voor de frequentiebanden 3410-3500 / 3510-3600 MHz (stuk 4a):

“Er wordt een beschermingsafstand vastgelegd van ten minste 15 km tussen de dienstzones van twee operatoren die dezelfde frequenties gebruiken. Als die beschermingsafstand van 15 km wordt toegepast, zouden 225 gemeenten kunnen worden gebruikt door een andere operator dan Clearwire wat betreft de frequentieblokken 3 en 4.

Clearwire mag een uitbreiding van zijn gebruiksrechten vragen voor alle gemeenten die daar nog niet onder vallen, namelijk 545 gemeenten. De beschermingsafstand van 15 km is in het geval van Clearwire niet van toepassing. De beschermingsafstand van 15 km is immers enkel nodig tussen twee verschillende operatoren, en dus niet tussen Clearwire (bestaande gebruiksrechten) en Clearwire (verzoek om uitbreiding).”

- Mededeling van de raad van het BIPT van 27 februari 2015 betreffende een oproep tot de kandidaten die gebruiksrechten wensen te verkrijgen voor de frequentiebanden 3410-3500 / 3510-3600 MHz (stuk 4b):

“Er wordt een beschermingsafstand vastgelegd van ten minste 15 km tussen de dienstzones van twee operatoren die dezelfde frequenties gebruiken. Als die beschermingsafstand van 15 km wordt toegepast, zouden 564 gemeenten bruikbaar zijn voor een andere operator dan Gigaweb voor blok 2.”

- Vertaalde versie van de niet-vertrouwelijke versie van het besluit van de raad van het BIPT van 21 maart 2017 betreffende de verlenging van de gebruiksrechten van Broadband Belgium (stuk 4c):

“Voor de 3400 - 3600 MHz-band heeft het BIPT altijd voorzien in een beschermingsafstand van minstens 15 km tussen de dienstzones van twee operatoren die dezelfde frequenties gebruiken. In geval van een nieuwe toewijzingsprocedure



konden kandidaten die nog geen gebruiksrechten hadden, dus maar gebruiksrechten krijgen voor gemeenten die verder dan 15 km verwijderd zijn van alle gemeenten waarvoor reeds een vergunning is afgegeven. De toevoeging van een gemeente die meer dan 15 km verwijderd is van al die laatste gemeenten, aan de lijst van de gemeenten die onder de bestaande gebruiksrechten vallen, beperkt geenszins de mogelijkheden voor een potentiële andere kandidaat en kan dus worden aanvaard zonder een nieuwe toewijzingsprocedure.”

58. In het Aangevochten Besluit verandert het BIPT echter plots de 15 km regel. Dit kan duidelijk aangetoond worden door de tekst van het besluit van 21 maart 2017 (stuk 4c) naast die van de tekst van het Aangevochten Besluit (stuk 3) te leggen. Verzoekster onderlijnt de inhoudelijke verschillen:

Besluit van 21 maart 2017 (stuk 4c)	Aangevochten Besluit (stuk 3)
<p>“Voor de 3400 - 3600 MHz-band heeft het BIPT altijd voorzien in een beschermingsafstand van minstens 15 km tussen de dienstzones van twee operatoren die dezelfde frequenties gebruiken. In geval van een nieuwe toewijzingsprocedure konden kandidaten die nog geen gebruiksrechten hadden, dus maar gebruiksrechten krijgen voor gemeenten die verder dan 15 km verwijderd zijn van alle gemeenten waarvoor reeds een vergunning is afgegeven. De toevoeging van een gemeente die meer dan 15 km verwijderd is <u>van al die laatste gemeenten</u>, aan de lijst van de gemeenten die onder de bestaande gebruiksrechten vallen, beperkt geenszins de mogelijkheden voor een potentiële andere kandidaat en kan dus worden aanvaard zonder een nieuwe toewijzingsprocedure.”</p>	<p>“Voor de 3400 - 3600 MHz-band heeft het BIPT altijd voorzien in een beschermingsafstand van minstens 15 km tussen de dienstzones van twee operatoren die dezelfde frequenties gebruiken [...] Dit criterium werd eveneens vermeld in het besluit van 21 maart 2017 [...] In geval van een nieuwe toewijzingsprocedure konden kandidaten die nog geen gebruiksrechten hadden, dus maar gebruiksrechten krijgen voor gemeenten die verder dan 15 km verwijderd zijn van alle gemeenten waarvoor reeds een vergunning is afgegeven. De toevoeging van een gemeente die meer dan 15 km verwijderd is <u>van alle gemeenten die meer dan 15 km verwijderd zijn van alle reeds toegestane gemeenten</u>, aan de lijst van de gemeenten die onder de bestaande gebruiksrechten vallen, beperkt geenszins de mogelijkheden voor een potentiële andere kandidaat en kan dus worden aanvaard zonder een nieuwe toewijzingsprocedure.”</p>

59. Het BIPT was eerst van oordeel dat de toevoeging van gemeenten die meer dan 15 km verwijderd waren van gemeenten waarvoor reeds een vergunning was afgegeven aanvaard kon worden zonder een nieuwe toewijzingsprocedure (cfr. besluit BIPT van 21 maart 2017 (stuk 4c): de zinsnede “al die laatste gemeenten” verwijst naar “alle gemeenten waarvoor reeds een vergunning is afgegeven” aangezien dit de gemeenten zijn die het laatst worden vermeld voor de zinsnede “al die laatste gemeenten”).
60. In het Aangevochten Besluit breidt het BIPT de geografische beperking van de 15km regel uit door te oordelen dat de toevoeging van gemeenten die meer dan 15km verwijderd zijn van alle gemeenten die meer dan 15 km verwijderd zijn van alle reeds toegestane gemeenten aanvaard kan worden zonder een nieuwe toewijzingsprocedure. BIPT voegt aldus 15km toe aan de strekking van de 15km regel: het is nu een beschermingsafstand van 15km+15km.



61. Door de toepassing van de 15km alzo te wijzigen, handelt het BIPT niet volgens transparante, objectieve en niet-discriminerende criteria. Het is een schending van het rechtszekerheidsbeginsel. Bovendien is het verdubbelen van de beschermingsafstand tot 30km geenszins vereist in het licht van het vermijden van interferentie: 15km volstaat hiervoor. De toepassing van de aangepaste 15 km regel is dan ook niet evenredig. Het BIPT schendt alzo artikelen 13, 3^e lid en 21 van de wet van 13 juni 2005.

B.5. VIJFDE MIDDEL: SCHENDING VAN ARTIKEL 6, 4° VAN DE WET VAN 13 JUNI 2005 DOOR NIET TE ZORGEN VOOR EEN EFFICIËNT BEHEER VAN DE RADIOFREQUENTIES

B.5.1. Wettelijk kader

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

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

[...]

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

B.5.2. Toepassing

63. Door de toevoeging van extra gemeentes te weigeren in het spectrum waarvoor verzoekster reeds gebruiksrechten tot 2025 heeft, zorgt het BIPT in feite niet voor een efficiënt beheer van de radiofrequenties.
64. Immers, zelfs indien er een nieuw regelgevend kader zou tussenkomen (wat niet zeker is), stelt zich de vraag of het Aangevochten Besluit noodzakelijk is in het licht van dat nieuwe kader. Het antwoord daarop is duidelijk negatief: verzoekster heeft een licentie tot en met 2025 en kan zonder enig nadeel voor een eventueel toekomstig nieuw regelgevend kader territoriaal uitbreiden vermits het BIPT zelf zegt dat het huidige kader tot 2025 blijft bestaan. Er is dus geen enkele noodzaak om de rechten van bestaande toegangsoperatoren voor 2025 te beperken.
65. Indien deze territoriale weigering gehandhaafd zou worden door het BIPT, zou dit in feite betekenen dat spectrum dat vandaag vrij is, niet zou worden toegekend. Het BIPT heeft in het verleden reeds verschillende keren gunningsprocedures gehouden voor de 3,5 GHz-band en verzoekster is vandaag, naast één andere operator die gebruiksrechten in slechts twee gemeenten heeft (Gridmax), de enige radiotoegangsoperator in de 3,5 GHz band.
- In 2000 werd een eerste gunningsprocedure georganiseerd en werden er vergunningen toegewezen aan Formus Communications Belgium en Winstar Communications. Die operatoren hebben echter nooit een netwerk uitgebouwd. Hun vergunningen werden dan ook ingetrokken.



- In 2004 organiseerde het BIPT een tweede gunningsprocedure. Clearwire Belgium en Mac Telecom verkregen vergunningen. Deze vergunningen werden in 2016 overgedragen aan Broadband Belgium. In 2017 heeft Broadband Belgium zijn vergunning ingeleverd.
 - In 2010 werd een derde gunningsprocedure georganiseerd. ZapFi en Gigaweb verkregen vergunningen. De vergunning van ZapFi werd in 2013 ingetrokken, terwijl Gigaweb haar vergunning in 2016 heeft overgedragen aan Gridmax.
 - In 2015 werd een vierde gunningsprocedure georganiseerd. Er werd een vergunning toegewezen aan verzoekster.
66. Op heden hebben dus enkel verzoekster en Gridmax gebruiksrechten in de 3,5 GHz-band. Voor de rest is deze band zo goed als leeg.
67. Verzoekster wil haar gebruiksrechten uitbreiden, maar het BIPT weigert dit in strijd met alle toepasselijke bepalingen. Het BIPT zorgt er dus voor dat een groot deel van het vrije spectrum binnen de 3,5 GHz-band niet gebruikt kan worden.
68. Dit kan niet gekwalificeerd worden als een efficiënt beheer van radiofrequenties door het BIPT en maakt aldus een schending uit van artikel 6, 4° van de wet van 13 juni 2005.

**OM DEZE REDENEN,
BEHAGE HET HET HOF VAN BEROEP,**

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

het besluit van het BIPT van 2 februari 2018 betreffende de aanvraag 3,5 GHz licentie voor 2 extra gemeenten te vernietigen; en

het BIPT te veroordelen tot betaling van alle gerechtskosten aan verzoekster, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding.

Brussel, 11 juni 2018

Voor Citymesh NV,
Haar raadsliden,



Gerrit VANDENDRIESSCHE



Alexander SCHILLEBEECKX

Inventaris voor Citymesh NV

- Stuk 1** Besluit van 7 mei 2015 betreffende de toekenning aan Citymesh van gebruiksrechten in de 3,5 GHz-frequentieband voor de verstrekking van elektronische communicatiediensten op het Belgisch grondgebied
- Stuk 2** Aanvraag van 25 september 2017 van Citymesh ingediend bij het BIPT tot het bekomen van een licentie voor de 3,5 GHz frequentieband voor de gemeenten Werchter (PC 3118) en Dranouter (PC 8951)
- Stuk 3** Het Aangevochten Besluit van 2 februari 2018
- Stuk 4a** Mededeling van de raad van het BIPT van 24 november 2010 betreffende een oproep tot de kandidaten die gebruiksrechten wensen te verkrijgen voor de frequentiebanden 3410-3500 / 3510-3600 MHz
- Stuk 4b** Mededeling van de raad van het BIPT van 27 februari 2015 betreffende een oproep tot de kandidaten die gebruiksrechten wensen te verkrijgen voor de frequentiebanden 3410-3500 / 3510-3600 MHz
- Stuk 4c** Vertaalde versie van de niet-vertrouwelijke versie van het besluit van de raad van het BIPT van 21 maart 2017 betreffende de verlenging van de gebruiksrechten van Broadband Belgium

