

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.

2019/AR/1281, Kamer 19A, 04 september 2019 09:00

BIPT
Ellipse Building - gebouw C
Koning Albert II-laan 35
1030 BRUXELLES

uw kenmerk/advocaat/referentie
Mr.

ons kenmerk: 2019/AR/1281
inzake: TOTAL RAFFINADE/BIPT

Brussel
26 augustus 2019

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
Griffier

Hof van Beroep Brussel
Sectie Marktenhof

de griffier

VERZOEKSCHRIFT TOT SCHORSING EN 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: De naamloze vennootschap Total Raffinaderij Antwerpen, met als afkorting "*Total*", vertegenwoordigd door zijn raad van bestuur, met maatschappelijke zetel te Scheldelaan 16, 2030 Antwerpen, ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0404.586.901;

Hierna genoemd de "*verzoekende partij*" of "*verzoekster*";

Bijgestaan en vertegenwoordigd door Meester **BOB MARTENS** en Meester **KRISTOF DE VULDER**, advocaten aan de balie Brussel, met kantoor te 1050 Brussel, Louizalaan 106, alwaar keuze van woonplaats wordt gedaan;

TEGEN: Het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie, met als afkorting "*BIPT*", waarvan zetel gevestigd te 1030 Brussel, Koning Albert II-laan 35, Ellipse Building-Gebouw C, ingeschreven in de Kruispuntbank van Ondernemingen onder het nummer 0243.405.860;

Hierna genoemd de "*verwerende partij*" of "*verweerster*";

BESLISSING WAARTEGEN BEROEP WORDT INGESTELD:

Beslissing van het BIPT van 27 juni 2019 betreffende het verlies van statuut van operator door Total Raffinaderij Antwerpen en het toekennen van een vergunning categorie 1.

In ondergeschikte orde,

Beslissing van het BIPT van 13 februari 2019 betreffende het verlies van statuut van operator door Total Raffinaderij Antwerpen en het toekennen van een vergunning categorie 1.

* *

*

De onderhavige zaak zal worden ingeleid op de zitting van het Hof van Beroep Brussel, sectie Marktenhof, Poelaertplein, 1000 Brussel, op woensdag 4 september 2019, om 9u15, Kamer 19A, zaal 1.32.

De code van de aard van de zaak betreft I.1.a.

* *

*

Onder voorbehoud van alle rechten en zonder enige nadelige erkenning, besluit de verzoekende partij als volgt:

Inhoudsopgave

I.	FEITELIJK KADER EN VOORGAANDEN	4
I.1	Voorstelling van de verzoekende partij	4
I.2	Reglementaire context	4
1.1.1	Het statuut van operator	4
1.1.2	Oud criterium: overschrijden van het openbaar domein	5
1.1.3	Nieuw criterium: openbaar beschikbaar aanbieden.....	5
1.1.4	Het begrip openbaar communicatienetwerk.....	6
I.3	Feitelijke context	7
II.	IN RECHTE	18
II.1	Betreffende de ontvankelijkheid van het verzoekschrift	18
II.2	Betreffende het belang van de verzoekende partij	19
II.3	Eerste middel: schending van artikel 2, 10° jo. 9 van de WEC	19
II.4	Tweede middel: schending van artikelen 4 en 6 jo. 17 van het KB van 18 december 2009	32
II.5	Derde middel: schending van artikel 7, 4° WEC	34
II.6	Vierde middel: schending van het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel, zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en in de artikelen 5 en 8/1, §1 WEC	35
	(a) In hoofdorde	35
	(b) In ondergeschikte orde.....	37
II.7	Vijfde middel: schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel met betrekking tot de procedure voor de voorbereiding en de vaststelling van de beslissing; en schending van artikel 14, §1, 3°, a) van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector	37
II.7.1	Zesde middel: schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder de materiële motiveringsplicht	42
II.8	Zevende middel: schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het redelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel zoals vervat in de artikelen 5 en 8/1, §1 WEC	46
II.9	Met betrekking tot het nemen van een nieuwe beslissing door Uw Hof	47
II.10	Met betrekking tot de schorsing	48
	OM DEZE REDENEN	50
	INVENTARIS VAN DE STUKKEN	52

* * *

*

I. FEITELIJK KADER EN VOORGAANDEN

I.1 Voorstelling van de verzoekende partij

1. Verzoekster is de naamloze vennootschap Total Raffinaderij Antwerpen, met als afkorting Total.
2. Total produceert brandstoffen en basisproducten die bestemd zijn voor haar twee petrochemische eenheden. Total Raffinaderij Antwerpen, gelegen in de haven, is de op twee na grootste Europese raffinaderij en beschikt over een van de meest performante geïntegreerde platformen voor raffinage en petrochemie.¹
3. Total is een van de belangrijkste SEVESO-bedrijven in België².

I.2 Reglementaire context

1.1.1 Het statuut van operator

4. Wie over een eigen netwerk beschikt, dient te voldoen aan de verplichtingen uit de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna: "WEC"). Overeenkomstig artikel 2, 11° WEC is "*ieder persoon die onder de **verplichting** valt een kennisgeving te doen overeenkomstig artikel 9*", een operator.
5. De kennisgevingsplicht neergelegd in artikel 9 van de WEC kende reeds een aantal evoluties. Zo verplichtte de WEC oorspronkelijk alle personen die in eigen naam en voor eigen rekening elektronische communicatiediensten of -netwerken verstrekken of doorverkopen, om zich als operator aan te melden bij het BIPT. Het gevolg was dat ook personen die private elektronische communicatiediensten of -netwerken verstrekten of doorverkochten, onderworpen waren aan die kennisgevingsplicht (en bijgevolg ook het statuut van operator hadden).

Om dit te vermijden werd de WEC een eerste keer gewijzigd en werd een paragraaf 5 en 6 toegevoegd aan artikel 9 van de WEC, teneinde het ruime toepassingsgebied van dit artikel enigszins te beperken.

¹ <https://www.be.total.com/nl>.

² Een SEVESO-bedrijf valt onder de bijzondere bepalingen van het Samenwerkingsakkoord van 16 februari 2016 tussen de Federale Staat, het Vlaamse Gewest, het Waalse Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest betreffende de beheersing van de gevaren van zware ongevallen waarbij gevaarlijke stoffen zijn betrokken. Dit samenwerkingsakkoord voorziet in de gedeeltelijke omzetting van de richtlijn 2012/18/EU van het Europees Parlement en de Raad van 4 juli 2012 betreffende de beheersing van de gevaren van zware ongevallen waarbij gevaarlijke stoffen zijn betrokken, houdende wijziging en vervolgens intrekking van richtlijn 96/82/EG. De SEVESO bedrijven vormen een risico voor mens en leefmilieu bij incidenten. Communicatie is een cruciaal onderdeel in het veiligheidsbeleid (zie www.seveso.be)

1.1.2 Oud criterium: overschrijden van het openbaar domein

6. Na deze eerste wetwijziging zag het (oude) artikel 9 van de WEC er als volgt uit:

"§ 1. Het **aanbieden** of het **doorverkopen in eigen naam en voor eigen rekening van elektronische-communicatiediensten of -netwerken** kan, onverminderd de bepalingen van artikel 39, pas aangevat worden na een **kennisgeving** aan het Instituut die de volgende elementen bevat (...)

§ 5. De in paragraaf 1 vermelde **kennisgeving** is **niet vereist** in geval van het aanbieden of doorverkopen van elektronische-communicatienetwerken of diensten die het **openbaar domein niet overschrijden**.

§ 6. De in paragraaf 1 vermelde **kennisgeving** is **niet vereist** in geval van het aanbieden of doorverkopen van elektronische-communicatiediensten of -netwerken **uitsluitend aan een rechtspersoon** waarin de aanbieder of doorverkoper een **controlerend belang heeft of aan natuurlijke personen of rechtspersonen in het kader van een overeenkomst** waarbij elektronische-communicatiediensten of -netwerken **louter ter ondersteuning en als bijkomstig ter beschikking** worden gesteld."

7. In de praktijk werd vooral artikel 9, §5 het doorslaggevende criterium om te beslissen of een persoon al dan niet het statuut van operator had. Bijgevolg was de hamvraag of de elektronische communicatiediensten of -netwerken die door een persoon werden aangeboden of doorverkocht, het **openbaar domein overschreden**.

8. De rechtspraak en rechtsleer omtrent dit criterium was echter onduidelijk en tegenstrijdig, met name met betrekking tot de interpretatie van de begrippen "**openbaar domein**" en het "**overschrijden**" daarvan. Daarnaast werden in de WEC soms verschillende begrippen gehanteerd om operatoren aan te duiden, en waren er bepaalde incoherenties met een aantal Europese richtlijnen.

1.1.3 Nieuw criterium: openbaar beschikbaar aanbieden

9. Om een einde te stellen aan deze onduidelijkheden heeft de wetgever bij wet van 31 juli 2017 houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie (hierna: "de Wet van 31 juli 2017") artikel 9 WEC gewijzigd. Het nieuwe artikel 9 van de WEC luidt als volgt:

"§ 1. Het **aanbieden** van **openbaar beschikbare elektronische-communicatiediensten of openbare elektronische-communicatienetwerken** kan, onverminderd de bepalingen van artikel 39, pas aangevat worden na een **kennisgeving** aan het Instituut die de volgende elementen bevat (...)

§ 8. De onderneming die voor 22 september 2017 een kennisgeving heeft ingediend om operator te worden en die niet langer aan de voorwaarden voldoet om dat te doen, verliest zijn hoedanigheid van operator op 31 december 2018."

10. Ten gevolge van deze wetswijziging wordt vanaf nu een nieuw criterium gehanteerd door het BIPT om te bepalen of een persoon al dan niet het statuut van operator heeft, namelijk of een openbaar beschikbare elektronische communicatiedienst of -netwerk wordt aangeboden.

11. Er wordt dus geen onderscheid meer gemaakt tussen doorverkopen en aanbieden van een netwerk of dienst (ook doorverkopen wordt als "aanbieden" beschouwd in de zin van het nieuwe artikel 9 WEC). Daarnaast is het nieuwe criterium nu of een elektronische communicatiedienst of -netwerk "**openbaar beschikbaar**" aangeboden wordt. Van het al dan niet "overschrijden van het openbaar domein" is bijgevolg geen sprake meer.

1.1.4 Het begrip openbaar communicatienetwerk

12. Ook het begrip openbaar (communicatie)netwerk kende reeds een aantal evoluties. De wetgever en de Koning blijken regelmatig het geweer van schouder veranderd te hebben omtrent de definitie van dit begrip.

13. Oorspronkelijk definieerde de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven in artikel 68, 5bis° een 'openbaar telecommunicatienet' als: *"een telecommunicatienet dat geheel of gedeeltelijk voor het verlenen van voor het publiek toegankelijke telecommunicatiediensten wordt gebruikt"*. Ook het begrip 'gesloten gebruikersgroep' werd toen gedefinieerd in de wet (artikel 68, 28°) als een *"entiteit verbonden door duidelijke socio-economische of professionele banden die voorafgaand aan de exploitatie van de dienst bestonden en die ruimer zijn dan de eenvoudige noodzaak aan onderlinge communicatie"*. Het Koninklijk besluit van 16 juli 1998 betreffende de voorwaarden voor de aanleg en exploitatie van niet-openbare telecommunicatie-netwerken verwees eveneens naar deze begrippen om een 'niet-openbaar telecommunicatienet' te definiëren als een *"telecommunicatienet dat door de uitbater uitsluitend voor eigen gebruik wordt aangewend of dat bestemd is voor diensten aangeboden aan gesloten gebruikersgroepen, zoals gedefinieerd in artikel 68, 28° van de wet"*.

14. In de (toenmalig nieuwe) wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie werd de definitie van een openbaar elektronisch communicatienetwerk als volgt aangepast: *"een elektronische-communicatienetwerk dat geheel of hoofdzakelijk wordt gebruikt om elektronische-communicatiediensten toegankelijk te maken voor het publiek"*, en werd het begrip 'gesloten gebruikersgroep' uit de wet verwijderd. Nochtans verwijst de wetgever in diens voorbereidende werken bij de wetswijziging van 2017 nu opnieuw naar dit begrip: *"het begrip "openbaar" verwijst naar het begrip van een open of gesloten gebruikersgroep"*.³

³ *Parl. St.*, Wetsontwerp houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie, 26 juni 2017, Doc 54-2558/001, <https://www.dekamer.be/FLWB/pdf/54/2558/54K2558001.pdf>.

I.3 Feitelijke context

15. Op 27 september 2012 deelde Total het BIPT mee dat het een openbaar trunkingnetwerk voor radiocommunicatie op basis van de TETRA-norm wenste te exploiteren tussen de sites gelegen te Haven 447, Scheldelaan 16, Haven 343, Scheldelaan 2-4 en Haven 447, Scheldelaan 10 te 2030 Antwerpen (**Stuk 2**). Op 16 april 2013 besloot de Raad van het BIPT Total een vergunning toe te kennen voor de exploitatie van een openbaar trunkingnetwerk voor radiocommunicatie op basis van de tetra-norm (**Stuk 2**). **Tetra** staat voor **TErrestrial Trunked Radio**. TETRA is een digitale standaard voor radiocommunicatie om te voldoen aan gebruikers zoals veiligheidsdiensten, transportbedrijven, grote industriële complexen of het leger.⁴

16. De ITU beschrijft de TETRA-standaard als volgt: "*TETRA est la norme de l'ETSI qui s'applique aux radiocommunications mobiles terrestres numériques à ressources partagées pour répondre aux besoins des usagers européens des radiocommunications mobiles privées (PMR) et à accès public (PAMR) traditionnelles (...) Le système TETRA a déjà été normalisé et harmonisé et élargira le marché des radiocommunications mobiles terrestres comme le GSM l'a fait pour les systèmes cellulaires*".⁵

(eigen vertaling: "*TETRA is de ETSI-norm die van toepassing is op digitale landmobiele radiocommunicatie met gedeelde middelen om te voldoen aan de behoeften van Europese gebruikers van traditionele particuliere mobiele radiocommunicatie (PMR) en mobiele radiocommunicatie met publieke toegang (MRPT) (...) Het TETRA-systeem is al gestandaardiseerd en geharmoniseerd en zal de markt voor landmobiele radiocommunicatie uitbreiden, zoals GSM heeft gedaan voor cellulaire systemen*".)

17. Een TETRA-netwerk biedt een aantal onmiskenbare voordelen voor mobiele communicatie op het vlak van vertrouwelijkheid en veiligheid (m.n. door versleuteling en authenticatie), betrouwbaarheid en geluidskwaliteit (digitaal). Bovendien laat een TETRA-netwerk toe om zowel één-op-één te communiceren als gesprekken te voeren tussen één dispatcher en een volledige groep, of van alle leden van de groep met elkaar. Daarenboven heeft een TETRA-netwerk steeds een 'back-up' mogelijkheid: wanneer het netwerk uitvalt, kunnen gebruikers nog steeds onderling communiceren via Direct Mode. Een TETRA-netwerk is voor Total vandaag dus een bij uitstek aangewezen technologie en tool om in geval van een crisissituatie, bijvoorbeeld door een incident of calamiteit, op een snelle en effectieve manier over de ganse site heen efficiënt te kunnen communiceren. De huidige 4G technologie kan niet dezelfde betrouwbaarheid voorleggen en op vandaag wijst niets er op dat toekomstige technologieën zoals 5G even betrouwbaar zouden kunnen zijn. Total is een hogedrempel Seveso-bedrijf en is dus onderworpen aan de Seveso III-Richtlijn. Deze heeft

⁴ <https://www.etsi.org/technologies/tetra?highlight=WyJ0ZXRYYSJd> (het Europees Telecommunicatie en Standaardisatie Instituut (ETSI) heeft TETRA als officiële standaard opgesteld).

⁵ ITU, Manuel sur les communications mobiles terrestres, vol. 3, 2005, p. 19, online beschikbaar op: https://www.itu.int/dms_pub/itu-r/opb/hdb/R-HDB-47-2005-OAS-PDF-F.pdf

als doel de preventie van zware ongevallen die het gevolg kunnen zijn van bepaalde industriële activiteiten en de gevolgen daarvan voor mens en milieu.⁶ Op basis van artikel 5, §1 van de Seveso III-Richtlijn, dienen de lidstaten ervoor te zorgen dat de exploitant alle nodige maatregelen neemt om zware ongevallen te voorkomen. De Seveso III-Richtlijn werd gedeeltelijk omgezet in Belgisch recht door het Samenwerkingsakkoord van 16 februari 2016 tussen de Federale Staat, het Vlaamse Gewest, het Waalse Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest betreffende de beheersing van de gevaren van zware ongevallen waarbij gevaarlijke stoffen zijn betrokken (hierna: "het Samenwerkingsakkoord").

Total dient dan ook, als hogedrempelinrichting, een preventiebeleid van de zware ongevallen in de onderneming te hebben en toe te passen, een efficiënt beleid voor de veiligheid toe te passen, een veiligheidsrapport en een intern noodplan te hebben.⁷ Er bestaat eveneens een extern noodplan, opgemaakt door de overheid.⁸ Dit alles dient borg te staan voor een hoog beschermingsniveau van de menselijke gezondheid en het milieu in het geval van een zwaar ongeval. Crisiscommunicatie wordt daardoor uitermate belangrijk ter bescherming van eenieder die zich op of in de omgeving van de site bevindt. In deze context is het TETRA netwerk een belangrijk en onontbeerlijk onderdeel van Total's crisisbeheersmaatregelen. Een snelle en efficiënte communicatie is cruciaal.

Bij de organisatie van een crisismanagement kan het beschikken over een TETRA-netwerk immers een cruciale en levensreddende rol hebben. Het TETRA-netwerk is namelijk het enige communicatiemiddel dat ontworpen is om in geval van een ernstige ramp niet uit te vallen of overbelast te geraken. De crisisstaf kan hiervan steeds blijven gebruikmaken indien

⁶ Eerste overweging en artikel 1, Richtlijn 2012/18/EU van 4 juli 2012 van het Europees Parlement en de Raad betreffende de beheersing van de gevaren van zware ongevallen waarbij gevaarlijke stoffen zijn betrokken, houdende wijziging en vervolgens intrekking van Richtlijn 96/82/EG van de Raad, (*Pb.L.* 197, 24 juli 2012, err., *Pb.L.* 291, 7 oktober 2014, err., *Pb.L.* 59, 7 maart 2017, err., *Pb.L.* 343, 22 december 2017) (hierna: Seveso III-Richtlijn).

⁷ In het intern noodplan dient Total voor te voorziene omstandigheden of gebeurtenissen die een doorslaggevende rol zouden kunnen spelen bij het ontstaan van een zwaar ongeval, een beschrijving te geven van de te nemen maatregelen ter beheersing van de toestand of de gebeurtenis en ter beperking van de gevolgen daarvan, met inbegrip van een beschrijving van de beschikbare veiligheidsuitrusting en middelen.

Bovendien dient Total de maatregelen ter beperking van het risico voor de op de inrichting aanwezige personen te beschrijven, alsook de regelingen om de autoriteit die verantwoordelijk is voor de inwerkingstelling van het extern noodplan bij een ongeval snel in te lichten en de regelingen voor de verlening van steun aan interventie buiten de inrichting. (Bijlage 4, 1° Samenwerkingsakkoord).

⁸ In het extern noodplan worden de regelingen om snel op de hoogte te worden gesteld van eventuele incidenten, waaronder de alarmeringsprocedures beschreven, alsook de regelingen voor de coördinatie van de middelen die noodzakelijk zijn voor de uitvoering van het extern noodplan, de regelingen voor de verlening van steun aan interventie op de inrichting, de regelingen voor interventie buiten de inrichting in het kader van de respons op scenario's voor zware ongevallen die in het extern noodplan op basis van het veiligheidsrapport weerhouden zijn en rekening houdend met mogelijke domino-effecten, de regelingen voor het verstrekken van specifieke informatie aan alle door het publiek gebruikte gebouwen en gebieden met inbegrip van scholen en ziekenhuizen en aan alle naburige inrichtingen en naburige bedrijven die kunnen worden getroffen door een zwaar ongeval en de regelingen voor het verstrekken van informatie aan de bevoegde overheden van andere lidstaten bij een zwaar ongeval met mogelijke grensoverschrijdende gevolgen. (Bijlage 4, 2° Samenwerkingsakkoord).

alle andere communicatie wegvalt of overbelast wordt (vaste en mobiele communicatiemiddelen). In het crisiscentrum zijn steeds walkie talkies beschikbaar via de brandweer of het fabriekstoezicht voor de inzet in geval van een ramp.

Om een betrouwbaar overkoepelend communicatiesysteem in stand te kunnen houden, is het vereist dat het TETRA-netwerk in stand wordt gehouden.

18. Een uitbatingsvergunning werd toegekend aan Total door de Raad van het BIPT bij besluit van 16 april 2013 (**stuk 2**). Die exploitatievergunning werd gegeven voor een periode van 10 jaar en is nadien verlengbaar op aanvraag voor periodes van 5 jaar. Het Bewijs van Kennisgeving werd door het BIPT overgemaakt op 24 juli 2013 (**Stuk 1**). Via dit Bewijs van Kennisgeving kreeg Total het operatornummer 3704 mee met als datum van de registratie 8 juli 2013. Het gaat om de elektronische communicatieactiviteit "*Spraakdienst: Andere spraakdienst: TETRA radiocommunicatie, coördinatie en veiligheid der werkzaamheden (zonder winst oogmerk)*." Bijgevolg verkreeg verzoekende partij het statuut van operator in 2013.

19. Overeenkomstig artikel 4 van het Koninklijk besluit van 18 december 2009 betreffende de private radiocommunicatie en de gebruiksrechten voor vaste netten en netten met gedeelde middelen (hierna: "het KB van 18 december 2009") worden de vergunde radionetten en radiostations gerangschikt in een bepaalde categorie, volgens hun bestemming en de wijze waarop zij werken.

20. In dat verband bepaalt de eerste paragraaf van artikel 6 van het KB van 18 december 2009: "*Het Instituut onderzoekt de aanvragen voor vergunning om een privaat radiostation te houden en te gebruiken of om een privaat radionet aan te leggen en te doen werken. Het bepaalt de categorie waaronder de vergunning valt. (...)*". In principe is het BIPT dus vrij om, in het kader van een aanvraag voor een (houders)vergunning voor een privaat netwerk, te bepalen tot welke categorie, zoals opgelijst en beschreven in (artikel 4 van) het KB van 18 december 2009, een netwerk en/of vergunning behoort.

21. Initieel behoorden TETRA-netwerken in principe tot een restcategorie (toenmalige categorie 6). Het Koninklijk besluit van 15 juli 2013 tot wijziging van het koninklijk besluit van 18 december 2009 betreffende de private radiocommunicatie en de gebruiksrechten voor vaste netten en netten met gedeelde middelen (artikel 6), voegde echter twee nieuwe categorieën 7 en 8⁹ toe. Categorie 8 omvat twee 'subcategorieën', namelijk een categorie 8a

⁹ "De wijziging aangebracht door artikel 6 voorziet in artikel 4 van het KB van 18 december 2009 aparte categorieën (7° en 8°) voor houdersvergunningen en bepaalde netwerken die voordien in de 6e categorie (restcategorie) begrepen waren. Deze bijkomende categorieën worden voor de duidelijkheid gecreëerd: zo worden deze benoemd en wordt de lading die de 6e categorie dekt beperkter", cf. [http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a.pl?N=&=&sql=\(text+contains+\(%27%27\)\)&rech=1&language=nl&tri=dd+AS+RANK&numero=1&table_name=wet&cn=2013071516&caller=image_a1&fromtab=wet&la=N&pdf_page=27&pdf_file=http://www.ejustice.just.fgov.be/mopdf/2013/08/19_2.pdf](http://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/loi_a.pl?N=&=&sql=(text+contains+(%27%27))&rech=1&language=nl&tri=dd+AS+RANK&numero=1&table_name=wet&cn=2013071516&caller=image_a1&fromtab=wet&la=N&pdf_page=27&pdf_file=http://www.ejustice.just.fgov.be/mopdf/2013/08/19_2.pdf), p. 27 (Koninklijk besluit tot wijziging van het koninklijk besluit van 18 december 2009 betreffende de private radiocommunicatie en de gebruiksrechten voor vaste netten en netten met gedeelde

("netten opgesteld door operatoren van punt-tot-punt netten of van punt-tot-multipunt netten") en een categorie 8b ("netten opgesteld door operatoren van netten met gedeelde middelen")¹⁰.

22. Artikel 1, 23° van het KB van 18 december 2009 definieert een 'net met gedeelde middelen' als een "landmobiel radionet waarbij de frequenties en de infrastructuur gedeeld worden door de verschillende gebruikers en waarvan de zendfrequenties van zowel de mobiele als de basisstations zich beneden de 921 MHz bevinden"¹¹.

23. Aangezien TETRA-netwerken precies aan die definitie beantwoorden, zouden dergelijke netwerken dus in principe tot de categorie 8b moeten behoren, m.n. de netten met gedeelde middelen. *In casu* was het BIPT op 16 april 2013 klaarblijkelijk ook deze mening toegedaan, daar het aan Total toestemming verleende om een openbaar netwerk met gedeelde middelen volgens de TETRA-norm te exploiteren.¹² Rekening houdend met de bestemming en de wijze waarop deze netwerken werken, lijkt dit dan ook de enige mogelijke interpretatie van de wet. TETRA-netwerken zijn dan ook bij uitstek netten met gedeelde middelen, en dergelijke netwerken indelen in een andere categorie dan categorie 8b zou dan ook indruisen tegen de tekst van het KB van 18 december 2009.

24. Het netwerk van Total is toegankelijk voor andere rechtspersonen, waaronder haar onderaannemers en Total Olefins Antwerp NV en Total Polymers Antwerp NV, die eveneens afzonderlijke afgescheiden rechtspersonen zijn, alsook hun onderaannemers.

25. Op 14 november 2018 ontving Total een eerste schrijven van het BIPT met de melding dat de Wet van 31 juli 2017 artikel 9 WEC wijzigt (zoals *supra* uiteengezet) en aanvult met een § 8 die luidt als volgt: "*De onderneming die voor 22 september 2017 een kennisgeving heeft ingediend om operator te worden en die niet langer aan de voorwaarden voldoet om dat te doen, verliest zijn hoedanigheid van operator op 31 december 2018.*" (stuk 3).

26. Op 1 april 2019 stuurde Total de ingevulde vragenlijst terug naar het BIPT (stuk 4). Total voegde hier eveneens een bijlage aan toe met een overzicht van klantaansluitingen op het Total-netwerk, inclusief de periode van gebruik. Hieruit blijkt dat Total haar netwerk openstelt voor derden.

middelen, *M.B.* 19 augustus 2013, p. 55095).

¹⁰ In het Frans: *réseau à ressources partagées*

¹¹ In het Frans: "*Réseau radioélectrique mobile terrestre* où les fréquences et l'infrastructure sont partagées par les différents utilisateurs et dont les fréquences d'émission tant des stations mobiles que des stations de base sont inférieures à 921 MHz" Dit komt overeen met de beschrijving van de ITU, zie randnummer 18.

¹² Besluit van de Raad van het BIPT van 16 april 2013 betreffende de toekenning aan NV Total Raffinaderij Antwerpen van een vergunning voor de exploitatie van een openbaar trunkingnetwerk voor radiocommunicatie op basis van de TETRA-norm.

27. Op 13 februari 2019 ontvangt Total een brief van het BIPT waarin opnieuw wordt verwezen naar de wijziging van artikel 9 van de WEC en het BIPT het volgende stelt:

*"Om operator te zijn volstaat het niet meer dat het elektronische-communicatienetwerk het openbaar domein overschrijdt - oude formulering in artikel 9, § 5 - **maar moet het netwerk aan het publiek worden aangeboden** - nieuwe formulering in artikel 9, § 1, wat niet het geval is wanneer het voornamelijk beperkt is tot eigen gebruik.*

*Naar aanleiding van een enquête die u vroeger is toegestuurd en na uw dossier nader te hebben bekeken, stellen wij vast dat uw onderneming **niet meer aan de voorwaarden voldoet** wat het statuut van operator betreft.*

Bijgevolg gaan we ervan uit dat u uw hoedanigheid van operator hebt verloren op 31 december 2018, overeenkomstig het voormelde artikel 9, § 8." (stuk 5) (eigen benadrukking).¹³

28. Volgens deze brief van het BIPT wordt het trunkingnetwerk van Total niet "aan het publiek aangeboden" in de zin van de WEC. Bijgevolg is het BIPT van mening dat Total door deze wetswijziging haar hoedanigheid van operator heeft verloren.

29. Verrassend genoeg meldt het BIPT dat het "ervan uit gaat dat" Total de hoedanigheid van operator effectief zou hebben op **31 december 2018**, m.n. bijna twee maanden vóór de brief van het BIPT, en dit ten gevolge van een wetswijziging door de Wet van 31 juli 2017, zijnde ongeveer anderhalf jaar voor door het BIPT voor het eerst in haar correspondentie iets over de nieuwe wetswijziging werd gemeld aan Total (toen overigens zonder over enig mogelijk gevolg iets te melden). Dit wijst op een grote onzorgvuldigheid in hoofde van het BIPT bij de behandeling van dit dossier.

30. Bovendien stelt het BIPT dat het verlies van het statuut van operator ertoe leidt dat het netwerk van Total van categorie 8b naar categorie 1 zal gaan: *"Dit impliceert ook een wijziging van uw vergunningen inzake netwerken met gedeelde middelen. Het koninklijk besluit van 18 december 2009 betreffende de private radiocommunicatie en de gebruiksrechten voor vaste netten en netten met gedeelde middelen bepaalt dat de vergunde netwerken en stations voor radiocommunicatie, alsook de houdersvergunningen in een categorie worden gerangschikt. **Het verlies van uw statuut van operator leidt ertoe dat uw netwerk van categorie 8b naar categorie 1 zal gaan.**" (stuk 5) (eigen benadrukking). In diezelfde brief staat ook dat het BIPT binnenkort met Total contact zal opnemen om haar situatie te herbekijken en haar vergunningen dienovereenkomstig aan te passen.*

31. Op 22 maart 2019 vindt vervolgens een telefoongesprek plaats tussen het BIPT en Total, waarin Total om meer uitleg verzoekt met betrekking tot de vragenlijst (enquête). Op 22 maart 2019 laat het BIPT per email weten dat vragen omtrent de enquête of het antwoord op de enquête toegestuurd kunnen worden via het emailadres van het BIPT dat gebruikt werd om de email te versturen (stuk 6). Diezelfde dag nog antwoordt Total dat zij het nodige zal

¹³ De brief dateert van 13 februari 2019, maar er wordt in de brief van het BIPT aan Total van 29 maart 2019 gerefereerd naar het schrijven van 12 februari 2019.

doen en vraagt om een elektronische link om de enquête in te vullen door te sturen (**stuk 7**). Het BIPT antwoordt op 26 maart 2019 dat er geen elektronische link beschikbaar is, maar dat de antwoorden op de vragenlijst per mail mogen overgemaakt worden (**stuk 8**).

32. Op 29 maart 2019 volgt een nieuwe brief van het BIPT omtrent de wijziging van het statuut bij het BIPT, volgens dewelke het BIPT, met verwijzing naar de brief van 12 februari 2019, beslist dat Total haar hoedanigheid van operator had verloren op 31 december 2018, overeenkomstig artikel 9, §8 van de WEC, en dat dit verlies van het statuut van operator ertoe leidt dat haar netwerk van categorie 8b naar categorie 1 zou gaan, met een wijziging van de berekening van het jaarlijks recht tot gevolg (**stuk 5**). Het BIPT verzoekt om informatie over de exacte samenstelling van het netwerk van Total over te maken zodat een correcte facturatie opgemaakt kan worden. Indien deze informatie niet op 30 april 2019 aan het BIPT zou overgemaakt zijn, dan zou het BIPT een controleploeg ter plaatse sturen en factureren op basis van de op die manier vastgestelde gegevens. Als bijlage aan die brief wordt een aanvraagformulier gevoegd voor het bekomen van vergunningen voor het gebruik van private radiocommunicatiestations (categorie 1).

33. Op 1 april 2019 stuurt Total vervolgens een email met de ingevulde vragenlijst als bijlage. Uit deze vragenlijst met een bijlage die een overzicht voor de klantaansluitingen van 2017, 2018 en 2019 (voor het eerste kwartaal) bevat, blijkt dat Total aantoont dat zij externe partijen toelaat op haar netwerk en dus fungeert als operator (**stuk 10**). Vervolgens stelt Total dat zij vermoedt dat er brieven elkaar aan het kruisen zijn, aangezien Total op 29 maart 2019 een aangetekend schrijven ontving met de melding dat haar operatorstatuut vervallen is op 31 december 2018. Dit wijst opnieuw op de onzorgvuldigheid in hoofde van het BIPT bij de behandeling van dit dossier.

34. Vervolgens antwoordt het BIPT bij email van 2 april 2019 dat zij de vragenlijst aan de bevoegde dienst zal overmaken en deze zal vragen om Total te informeren over het resultaat van de analyse. De heer Matthias van den Broeck verduidelijkt dat het schrijven van 29 maart 2019 van het BIPT door hem werd opgesteld aangezien hij verantwoordelijk is voor de facturatie en momenteel niet beschikt over de nodige gegevens om de facturatie in de 1e categorie mogelijk te maken. (**stuk 11**) Het BIPT stelt dat indien uit de voornoemde analyse zou blijken dat Total alsnog aanspraak kan maken op het operatorstatuut, het BIPT de facturatie zal opmaken op basis van de reeds beschikbare gegevens, zoniet dient het BIPT Total alsnog te verzoeken de samenstelling van haar netwerk te bezorgen om een facturatie in de 1e categorie mogelijk te maken.

35. Op 29 april 2019 vraagt Total per email aan het BIPT of er al nieuws is vanwege het BIPT met betrekking tot de analyse van de bezorgde vragenlijst (**stuk 12**). Tegelijkertijd vraagt Total om een uitstel voor het aanleveren van de gevraagde inventarisatielijsten met betrekking tot de samenstelling van haar netwerk, aangezien Total bezig is met een vervangingsproject van alle bestaande portofoons en de mensen die zich hiermee bezig houden, de gevraagde inventarisatie niet tegelijkertijd kunnen aanleveren.

36. Bij email van 30 april 2019 antwoordt de heer Matthias van den Broeck van het BIPT dat hij nog geen informatie ontvangen heeft omtrent de analyse en zal vragen aan de betrokken dienst om Total te informeren (**stuk 13**). Verder wordt in de email gesteld: "Gezien de onduidelijkheid in het dossier kan ik u een uitstel van 1 maand toekennen voor het aanleveren van de gevraagde informatie".

37. Diezelfde dag stuurt het BIPT een brief aan Total waarin zij verwijst naar de email van 1 april 2019 en stelt dat "zoals we eerder hebben toegelicht, beantwoordt uw onderneming niet langer aan de criteria om als operator te worden erkend." (**stuk 14**). Als argumentatie hiervoor haalt het BIPT het volgende aan:

"Artikel 2, 11°, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna de WEC) definieert een "operator" als "Ieder persoon die onder de verplichting valt een kennisgeving te doen overeenkomstig artikel 9". Dat artikel 9 is gewijzigd bij de wet van 31 juli 2017, en luidt nu:

"§ 1. Het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische-communicatiediensten of openbare elektronische-communicatienetwerken kan [...] pas aangevat worden na een kennisgeving aan het [BIPT].

(...)

[§ 5. (opgeheven)]

[§ 6. (opgeheven)]

§ 8. De onderneming die voor 22 september 2017 een kennisgeving heeft ingediend om operator te worden en die niet langer aan de voorwaarden voldoet om dat te doen, verliest zijn hoedanigheid van operator op 31 december 2018."

Een openbaar elektronische-communicatienetwerk wordt als volgt gedefinieerd:

"een elektronische-communicatienetwerk dat **geheel of hoofdzakelijk** wordt gebruikt om voor het publiek beschikbare elektronische-communicatiediensten aan te bieden ter ondersteuning van de overdracht van informatie tussen netwerkaansluitpunten" (art. 2, 10°, van de WEC) (wij onderlijnen en benadrukken)

Om operator te zijn volstaat het niet meer dat het elektronische-communicatienetwerk het openbaar domein overschrijdt - oude formulering in artikel 9, § 5 - maar moet het netwerk aan het publiek worden aangeboden - nieuwe formulering in artikel 9, § 1, wat niet het geval is wanneer het voornamelijk beperkt is tot eigen gebruik.

Volgens onze informatie is het netwerk waarover u beschikt hoofdzakelijk beperkt tot uw eigen gebruik. **Er dient bijvoorbeeld te worden opgemerkt dat het gebruik ervan door uw onderaannemers onder dit eigen gebruik valt.**

We merken eveneens op dat u, meer bepaald voor 2018, geen aangifte hebt gedaan van een positief omzetcijfer verwezenlijkt in België op het stuk van het aanbieden aan derden van elektronische-communicatiediensten of -netwerken, wat wijst op een privégebruik van uw netwerk.

Het BIPT heeft uw dossier reeds onderzocht en is tot de conclusie gekomen dat u niet langer de hoedanigheid van operator heeft. Het staat u vrij om ons elk nieuw feit te melden waaruit een evolutie in de verstrekking van uw diensten zou blijken. Intussen beschouwen wij dat u niet langer over de hoedanigheid van operator beschikt." (eigen benadrukking)

Opvallend hierbij is dat het BIPT nu ook beweert dat het niet aangeven van een positief omzetcijfer verwezenlijkt in België op het stuk van het aanbieden aan derden van elektronische communicatiediensten of -netwerken wijst op een privégebruik van het netwerk. Bovendien stelt het BIPT onbegrijpelijkerwijze dat het gebruik van een netwerk door onderaannemers onder het eigen gebruik valt.

38. Vervolgens schrijven de raadslieden van Total het BIPT aan bij brief van 5 juni 2019 (**stuk 15**) en stellen het BIPT formeel in gebreke. In deze brief wordt de interpretatie van het BIPT in haar schrijven van 13 februari en 29 maart 2019 op verschillende punten betwist:

*Overeenkomstig artikel 2, 11° van de WEC, dat ongewijzigd bleef, is een operator "ieder persoon die onder de **verplichting** valt een **kennisgeving te doen** overeenkomstig artikel 9". Met name dit artikel 9 WEC werd gewijzigd door de voornoemde wet van 31 juli 2017. Waar voorheen, om het statuut van operator te hebben, in essentie slechts vereist was dat een elektronische-communicatienetwerk of -dienst het openbaar domein overschreed, moet dat netwerk of die dienst vandaag "openbaar beschikbaar" worden aangeboden. Wie zijn elektronische communicatienetwerk of -dienst niet openbaar beschikbaar aanbiedt, is dus in principe geen operator.*

Op basis van deze wetwijziging en dit nieuwe criterium stelde het BIPT vast en besloot het BIPT dat Total niet meer aan de voorwaarden voldeed wat het statuut van operator betreft en dus de hoedanigheid van operator had verloren op 31 december 2018, overeenkomstig artikel 9, § 8 van de WEC. Dit impliceert, volgens uw schrijven, "ook een wijziging van uw vergunningen inzake netwerken met gedeelde middelen"¹⁴ en "dat het Total-netwerk van categorie 8b naar categorie 1 zal gaan, hetgeen een wijziging inhoudt in de berekening van het jaarlijks recht"¹⁵. Ditzelfde schrijven poneert dat het Total-netwerk hoofdzakelijk (i.e. meer dan 50%¹⁶) beperkt is tot eigen gebruik, en valt het gebruik van dat netwerk door onderaannemers onder dit eigen gebruik. Daarnaast vermeldt U dat Total geen aangifte deed "van een positief omzetcijfer verwezenlijkt in België op het stuk van het aanbieden aan derden van elektronische-communicatiediensten of -netwerken"¹⁷, hetgeen zou wijzen op een privégebruik van het netwerk.

Wij betwisten integraal deze interpretatie, en wel om verschillende wettige redenen, onder meer:

- *het schrijven poneert dat het netwerk van Total niet openbaar zou worden aangeboden, zonder dat enig wettig motief of bewijs voorligt ter staving van deze bewering. Dergelijke loutere verklaring gaat evenwel voorbij aan het feit dat het netwerk ook openstaat voor andere vennootschappen, zijnde afzonderlijke afgescheiden rechtspersonen, zoals Total Olefins Antwerp NV, Scheldelaan 10, 2030 Antwerpen en Total Polymers Antwerp NV, Scheldelaan 2, 2030 Antwerpen. Gezien het hier ook om derden gaat, is er geen reden om zonder motivering te stellen dat er geen openbaar elektronische-communicatienetwerk zou zijn. In principe kan iedereen*

¹⁴ Brief van het BIPT van 13 februari 2019.

¹⁵ Brief van het BIPT van 29 maart 2019.

¹⁶ Brief van het BIPT aan Total en PSA van 30 april 2019.

¹⁷ Brief van het BIPT aan Total en PSA van 30 april 2019.

op de site van Total (en dus binnen het bereik van het netwerk) dus van het netwerk gebruikmaken, zowel derden en leveranciers van die derden als Total zelf en leveranciers daarvan;

- het behoort uitsluitend tot de prerogatieven van de vergunningsaanvrager om een vergunning van een bepaalde categorie aan te vragen. BIPT is evenmin bevoegd om een vergunning van categorie te doen veranderen (in casu van categorie 8b naar categorie 1). Het BIPT kan niet motu proprio een vergunning voor een bepaalde categorie verlenen of in een bepaalde categorie omvormen¹⁸; er ligt geen enkel verzoek van Total voor om een vergunning categorie 1 te bekomen;*
- de bewering van het BIPT als zou het begrip "hoofdzakelijk gebruik" van een netwerk moeten worden verstaan als "gebruik van meer dan 50%" van dat netwerk, heeft geen enkele wettelijke basis¹⁹;*
- de bewering van het BIPT als zou het gebruik van een netwerk door onderaannemers onder eigen gebruik van dat netwerk vallen, is juridisch niet correct;*
- door te besluiten dat het ontbreken van een positief omzetcijfer in België wijst op een privégebruik van een netwerk, verwacht het BIPT de begrippen openbaar en betalend. De wet vereist geenszins dat operators een positief omzetcijfer zouden moeten realiseren, en niets verhindert in beginsel dat openbare netwerken gratis zouden zijn.*

Daarnaast stuit het voorstel om op eenzijdige wijze de vergunning categorie 8b om te vormen naar een vergunning categorie 1 op ernstige operationele moeilijkheden die potentieel een veiligheidsrisico met zich mee zou brengen. *Private netwerken mogen immers in beginsel, conform artikel 17 van het KB²⁰, niet met derden gedeeld worden. Indien een afwijking van dit verbod moet worden toegestaan telkens een derde van dit netwerk gebruik wil maken, is dit praktisch onwerkbaar.*

Bovendien gaat dit lijnrecht in tegen het doel van een trunkingnetwerk zoals deze van Total, *namelijk om veilige communicatie te verzekeren met iedereen die van dit netwerk gebruik wil maken. Er bestaat momenteel geen enkel valabel alternatief op een dergelijk betrouwbaar netwerk, dat dezelfde veiligheids garanties zou bieden. Dit netwerk is voor een Seveso-bedrijf met name essentieel om in alle omstandigheden te kunnen communiceren.*

Bijkomend heeft deze beslissing verregaande financiële gevolgen voor Total. *Zo schatten wij dat het jaarlijkse recht dat door Total aan het BIPT verschuldigd is, tot meer dan drie maal zou toenemen, zonder dat de feitelijke situatie van Total veranderd is." (eigen benadrukking)*

39. Total vraagt het BIPT om een reactie binnen de tien werkdagen.

40. Op 19 juni 2019 ontvangen de raadsleden van Total een email van het BIPT met de melding dat zij de brief aan het verwerken is en zo snel mogelijk een antwoord zal versturen (stuk 16).

¹⁸ *In casu* is er geen aanvraag geweest voor een vergunning voor een privaat netwerk, en is artikel 6 van het KB van 18 december 2009 bijgevolg niet toepasselijk.

¹⁹ Zie de definitie van een openbaar elektronische-communicatienetwerk in artikel 2, 10° WEC.

²⁰ Dit artikel luidt als volgt: "Het is verboden radiocommunicatie voor rekening of ten voordele van derden uit te zenden of te ontvangen. Het Instituut kan afwijkingen van dit verbod toestaan."

41. Op 27 juni 2019 ontvangen de raadsleden van Total een antwoord van het BIPT (stuk 17). Hierin wordt het volgende gesteld:

"Onder operator wordt krachtens artikel 2, 11°, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna WEC) verstaan: "leder persoon die onder de verplichting volt een kennisgeving te doen overeenkomstig artikel 9'. Artikel 9, § 1, bepaalt dan weer: "Het aanbieden van openbaar beschikbare elektronische-communicatiediensten of openbare elektronische-communicatienetwerken kan (..) pas aangevat worden na een kennisgeving aan het Instituut (...)"

De paragrafen 7 en 8 van dat artikel luiden als volgt:

"§ 7. Het Instituut controleert de naleving van de verplichtingen opgenomen in de vorige paragrafen van dit artikel en publiceert op zijn website wie een kennisgeving in de zin van dit artikel heeft gedaan. Ook maakt het Instituut jaarlijks een rapport over aan de minister met een overzicht enerzijds van de kennisgevingen die werden gedaan, anderzijds van de acties die werden ondernomen in het licht van de controle op de naleving van de in dit artikel opgenomen verplichtingen.

In het kader van de in het vorige lid vermelde controle moet elke operator, op verzoek van het Instituut, hem alle beschikbare informatie bezorgen omtrent het aanbieden van elektronische-communicatiediensten of -netwerken aan andere personen dan eindgebruikers".

"§ 8. De onderneming die voor 22 september 2017 een kennisgeving heeft ingediend om operator te worden en die niet langer aan de voorwaarden voldoet om dat te doen, verliest zijn hoedanigheid van operator op 31 december 2018".

Overigens verduidelijkt artikel 4 van het koninklijk besluit van 18 december 2009 betreffende de private radiocommunicatie en de gebruiksrechten voor vaste netten en netten met gedeelde middelen de verschillende categorieën waarin de netwerken en stations voor radiocommunicatie worden gerangschikt:

De 1e categorie betreft "private mobiele radionetten, behalve deze die onder categorie 3 vallen". De 3e categorie waarvan sprake betreft de private mobiele radionetten aangelegd door de overheid, de maatschappijen voor de exploitatie van het vervoer per spoor, de ziekenhuizen en klinieken, en de instellingen voor medische of sociale hulp. De 8e categorie betreft "netten opgesteld a) door operatoren van punt-tot-punt netten of van punt-tot-multipunt netten of b) door operatoren van netten met gedeelde middelen".

Overigens wordt onder een "openbaar elektronische-communicatienetwerk" verstaan: "een elektronische-communicatienetwerk dat geheel of hoofdzakelijk wordt gebruikt om voor het publiek beschikbare elektronische-communicatiediensten aan te bieden ter ondersteuning van de overdracht van informatie tussen netwerkaansluitpunten" (art. 2, 10°, WEC).

Gelet op artikel 9, § 1, van de WEC moet worden vastgesteld dat Total Raffinaderij Antwerpen geen operator is, aangezien het geen voor het publiek beschikbare elektronische-communicatiedienst aanbiedt, noch een openbaar elektronische-communicatienetwerk, in de zin van de definitie in artikel 2, 10°, van de WEC.

Die bevinding stoelt op de volgende elementen.

Derden die toegang willen krijgen tot het netwerk van Total Raffinaderij Antwerpen moeten dit aanvragen bij de telecomafdeling van Total; enkel toestellen die voordien zijn goedgekeurd en geleverd door Total mogen worden gebruikt; het netwerk is voorbehouden voor een beperkte groep personen die vooraf door Total zijn geïdentificeerd; de verhouding intern gebruik/gebruik door derden is hoger dan 50%.

Derden hebben daarom geen vrije toegang tot het netwerk van Total Raffinaderij Antwerpen. Dat netwerk wordt bijgevolg niet geheel of hoofdzakelijk gebruikt om openbare elektronische-communicatiediensten aan te bieden.

Gelet op het voorgaande is het netwerk van Total Raffinaderij Antwerpen een privénetwerk.

Omdat het netwerk van Total Raffinaderij Antwerpen een privénetwerk is, zijn de artikelen 5 en 6 van het voormelde koninklijk besluit van 18 december 2009 van toepassing. Deze schrijven voor dat personen die een radiostation willen houden of gebruiken een aanvraag voor vergunning moeten indienen.

Artikel 6 schrijft meer bepaald het volgende voor:

"§ 1. Het Instituut onderzoekt de aanvragen voor vergunning om een privaat radiostation te houden en te gebruiken of om een privaat radionet aan te leggen en te doen werken. Het bepaalt de categorie waaronder de vergunning valt".

Het BIPT is dus bevoegd om de categorie te bepalen waaronder een vergunning valt.

Er moet worden opgemerkt dat Total Raffinaderij Antwerpen, indien gewenst, kan afzien van zijn privénetwerk.

Wat ten slotte artikel 17 van het voormelde koninklijk besluit betreft, dat zegt: "Het is verboden radiocommunicatie voor rekening of ten voordele van derden uit te zenden of te ontvangen.", kan het Instituut afwijkingen van dit verbod toestaan.

We hopen u hiermee voldoende duidelijk gemaakt te hebben dat Total Raffinaderij Antwerpen niet kan worden beschouwd als aanbieder van openbaar beschikbare elektronische-communicatiediensten of openbare elektronische-communicatienetwerken in de zin van de WEC."
(eigen benadrukking)

42. Dit is de bestreden beslissing.

43. Deze beslissing bevat echter feitelijke en juridische onjuistheden. Bovendien heeft Total nooit een aanvraag voor een privaat radionet ingediend, desondanks beslist het BIPT dat de vergunning van Total onder categorie 1 valt. Verzoekende partij is het dan ook niet eens met deze beslissing en stelt daarom middels onderhavig verzoekschrift een beroep tot nietigverklaring en tot schorsing in tegen deze beslissing.

II. IN RECHTE

II.1 Betreffende de ontvankelijkheid van het verzoekschrift

44. Overeenkomstig artikel 2 § 1 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (hierna: "Rechtsmiddelenwet") kan iedere persoon die een belang heeft om op te treden, tegen de besluiten van het BIPT beroep instellen met volle rechtsmacht bij het Marktenhof.

45. Het huidig beroep tegen de beslissing van het BIPT van 27 juni 2019 is tijdig ingesteld, gelet op de beroepstermijn van 60 dagen na de kennisgeving van de beslissing overeenkomstig artikel 2 § 1 van de Rechtsmiddelenwet. Huidig beroep is bijgevolg ontvankelijk.

46. In ondergeschikte orde, indien Uw Hof van oordeel is dat de inhoud van deze beslissing dateert van een vroegere datum, namelijk van 13 februari 2019 (**stuk 5**), dan nog dient het beroep ontvankelijk verklaard te worden.

47. De beroepstermijn van 60 dagen begint te lopen 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, overeenkomstig artikel 2 § 1 Rechtsmiddelenwet.

48. Het BIPT is een federale administratieve overheid. Dit betekent dat de Wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur (hierna: de Wet openbaarheid bestuur) op haar van toepassing is, overeenkomstig artikel 1, a) van deze wet.

49. Het BIPT dient dan ook, overeenkomstig artikel 2, 4^o van de Wet openbaarheid bestuur, in elk document waarmee een beslissing met individuele strekking wordt genomen, zoals de beslissing *in casu*, de eventuele beroepsmogelijkheden, de instanties bij wie het beroep moet worden ingesteld en de geldende vormen en termijnen te vermelden. Bij ontstentenis van deze vermeldingen neemt de verjaringstermijn voor het beroep geen aanvang, bepaalt artikel 2, 4^o van de Wet openbaarheid bestuur. De Wet openbaarheid bestuur is van openbare orde.²¹

50. Dit betekent dat het BIPT de eventuele beroepsmogelijkheden, de instanties bij wie het beroep moet worden ingesteld en de geldende vormen en termijnen diende te vermelden in haar beslissing van 13 februari 2019 (**stuk 5**). Dit is *in casu* niet gebeurd. De beroepstermijn van 60 dagen heeft dan ook geen aanvang genomen, overeenkomstig artikel 2, 4^o van de Wet openbaarheid bestuur.

²¹ RvS nr. 82.935 van 18 oktober 1999.

51. Ten overvloede heeft het BIPT de verplichte vermeldingen eveneens achterwege gelaten in haar beslissing van 27 juni 2019 (**stuk 17**), waardoor ook hier de beroepstermijn geen aanvang heeft genomen.

52. Het onderhavig beroep werd dan ook tijdig ingediend en is bijgevolg ontvankelijk.

II.2 Betreffende het belang van de verzoekende partij

53. Verzoekster heeft een rechtstreeks en persoonlijk belang bij het onderhavig beroep, aangezien de beslissing tot haar is gericht en haar belangen rechtstreeks worden aangevochten door haar het statuut van operator te ontnemen. Bovendien wordt op eenzijdige wijze haar vergunning categorie 8b omgevormd naar een vergunning categorie 1. Dit stuit op ernstige operationele moeilijkheden die potentieel een veiligheidsrisico met zich meebrengen. De beslissing tast dus ontegenzeggelijk de belangen van verzoekster aan.

54. Total heeft er dus belang bij om op te treden zowel in de zin van artikel 2, §1, 2e lid Rechtsmiddelenwet als in de zin van artikel 17 van het Gerechtelijk Wetboek.

II.3 Eerste middel: schending van artikel 2, 10° jo. 9 van de WEC

(i) De interpretatie van het BIPT is foutief

55. In haar schrijven van 13 februari (**stuk 5**), 29 maart (**stuk 9**), 30 april (**stuk 14**) en 27 juni 2019 (**stuk 17**) veronderstelt het BIPT telkens dat Total ten gevolge van de Wet van 31 juli 2017 haar status van operator verloren zou zijn.

56. Zo schreef het BIPT, zoals hierboven reeds werd aangegeven, in haar brief van 13 februari 2019 (**stuk 5**) het volgende: "*Om operator te zijn volstaat het niet meer dat het elektronische-communicatienetwerk het openbaar domein overschrijdt - oude formulering in artikel 9, § 5 - maar moet het netwerk aan het publiek worden aangeboden - nieuwe formulering in artikel 9, § 1, wat niet het geval is wanneer het voornamelijk beperkt is tot eigen gebruik.*

Naar aanleiding van een enquête die u vroeger is toegestuurd en na uw dossier nader te hebben bekeken, stellen wij vast dat uw onderneming niet meer aan de voorwaarden voldoet wat het statuut van operator betreft.

Bijgevolg gaan we ervan uit dat u uw hoedanigheid van operator hebt verloren op 31 december 2018, overeenkomstig het voormelde artikel 9, § 8." (eigen benadrukking).

57. In haar brief van 30 april 2019 (**stuk 14**) schreef het BIPT met name het volgende: "*Volgens onze informatie is het netwerk waarover u beschikt hoofdzakelijk beperkt tot uw eigen gebruik. Er dient bijvoorbeeld te worden opgemerkt dat het gebruik ervan door uw onderaannemers onder dit eigen gebruik valt.*

We merken eveneens op dat u, meer bepaald voor 2018, geen aangifte hebt gedaan van een positief omzetcijfer verwezenlijkt in België op het stuk van het aanbieden aan derden van elektronische-communicatiediensten of -netwerken, wat wijst op een privégebruik van uw netwerk.

Het BIPT heeft uw dossier reeds onderzocht en is tot de conclusie gekomen dat u niet langer de hoedanigheid van operator heeft." Nog in deze brief vermeldt het BIPT in een voetnoot dat "hoofdzakelijk moet worden verstaan als meer dan 50%" (eigen benadrukking).

58. In haar brief van 27 juni 2019 (stuk 17) schreef het BIPT: **"Gelet op artikel 9, § 1, van de WEC moet worden vastgesteld dat Total Raffinaderij Antwerpen geen operator is, aangezien het geen voor het publiek beschikbare elektronische-communicatiedienst aanbiedt, noch een openbaar elektronische-communicatienetwerk, in de zin van de definitie in artikel 2, 10°, van de WEC.**

Die bevinding stoelt op de volgende elementen.

Derden die toegang willen krijgen tot het netwerk van Total Raffinaderij Antwerpen moeten dit aanvragen bij de telecomafdeling van Total; enkel toestellen die voordien zijn goedgekeurd en geleverd door Total mogen worden gebruikt; het netwerk is voorbehouden voor een beperkte groep personen die vooraf door Total zijn geïdentificeerd; de verhouding intern gebruik/gebruik door derden is hoger dan 50%.

Derden hebben daarom geen vrije toegang tot het netwerk van Total Raffinaderij Antwerpen. Dat netwerk wordt bijgevolg niet geheel of hoofdzakelijk gebruikt om openbare elektronische-communicatiediensten aan te bieden.

Gelet op het voorgaande is het netwerk van Total Raffinaderij Antwerpen een privénetwerk." (eigen benadrukking)

59. De interpretatie van het BIPT gaat echter in tegen de geest en de letter van de wet. In het bijzonder stoelt de positie van het BIPT op een foutieve interpretatie van artikel 9 WEC. Immers biedt Total wel degelijk openbaar beschikbare elektronische-communicatiediensten en/of openbare elektronische-communicatienetwerken aan, en dient het bijgevolg als een operator beschouwd te worden.

60. Ongetwijfeld is het correct te stellen dat de wetswijziging van 2017 de definitie van het begrip operator heeft aangepast. Waar voorheen, om het statuut van operator te hebben, in essentie slechts vereist was dat een elektronische-communicatienetwerk of -dienst het openbaar domein overschreed, moet dat netwerk of die dienst vandaag "openbaar beschikbaar" worden aangeboden. Wie zijn elektronische communicatienetwerk of -dienst niet openbaar beschikbaar aanbiedt, is dus in principe geen operator.

In tegenstelling tot wat het BIPT beweert, is het echter niet correct om te stellen dat Total geen openbaar beschikbare elektronische-communicatiediensten of -communicatienetwerk zou aanbieden.

61. Ten eerste moet benadrukt worden dat in principe iedereen binnen het geografische bereik van het netwerk van Total er ook gebruik van kan maken, mits bepaalde voorwaarden gerespecteerd worden. Dat het bereik van het netwerk *de facto* overeenstemt met de site van Total doet daar geen afbreuk aan. De eigendomsgrenzen van het terrein vormen immers niet de barrière om toegang te kunnen krijgen tot het netwerk, echter wel de door het BIPT toegekende vermogens en technisch bereik van de zendapparatuur. In de praktijk betekent dat ongeveer de geografische omgeving van de site.

62. De WEC legt immers geen vereiste op met betrekking tot het territoriaal bereik van een openbaar netwerk. Meer bepaald bevat de WEC geen kwantitatief of geografisch criterium met betrekking tot het bereik van een openbaar netwerk. Bijgevolg kan het BIPT niet rechtmatig afleiden uit het beweerdelijk beperkte bereik van een netwerk dat dat netwerk niet openbaar zou zijn.

63. Ten tweede is het niet correct te stellen dat het netwerk van Total slechts voorbehouden is voor een beperkte groep personen die vooraf door Total zou zijn geïdentificeerd, en dat het bijgevolg niet vrij toegankelijk zou zijn. Integendeel, het aantal personen die toegang hebben tot het Total-netwerk is in principe virtueel onbeperkt: iedereen binnen het bereik van het netwerk en die voldoet aan een aantal voorwaarden (bijvoorbeeld omwille van veiligheidsredenen, zoals het gebruik van gekeurde en geregistreerde toestellen met ATEX conformiteit, het hebben van activiteiten binnen het zendbereik (op of in de onmiddellijke omgeving van de site)), kan in principe gebruikmaken van dat netwerk. Dat gebruikers van een openbaar netwerk bepaalde voorwaarden moeten respecteren is echter geenszins uniek. Ook om gebruik te maken van het (openbare) GSM/3G/4G-netwerk van Proximus, Telenet, Orange, etc. moeten gebruikers bepaalde voorwaarden respecteren²². Noch kan het BIPT hieruit afleiden dat het netwerk hierdoor niet openbaar zou zijn. Een operator is immers, conform het principe van de contractvrijheid, gerechtigd om gebruikers van zijn netwerk bepaalde voorwaarden op te leggen.

Ook een hele reeks personen die geen taken uitvoeren voor Total Raffinaderij Antwerpen NV hebben toegang tot dit netwerk. Meer bepaald maken momenteel, naast de werknemers van Total zelf, ook andere vennootschappen, zijnde afzonderlijke afgescheiden rechtspersonen, zoals Total Olefins Antwerp NV en Total Polymers Antwerp NV, alsook hun leveranciers, onderaannemers en werknemers, gebruik van het netwerk. Iedereen op de site van Total (en dus binnen bereik van het netwerk) kan van het netwerk gebruikmaken, zowel derden en leveranciers van die derden als Total zelf en leveranciers daarvan.

Het aantal gebruikers neemt bovendien substantieel toe wanneer er turn-arounds (grote onderhouds- en aanpassingswerken) of grote herstelwerkzaamheden zijn van de productie-eenheden en -installaties) zijn.

²² Zie bijvoorbeeld: https://www2.telenet.be/content/dam/www-telenet-be/klantenservice/downloads/TELNBMC9T726_Algemene_voorwaarden_Update_Maart_C19.pdf.

In ieder geval is de bewering van het BIPT als zou het gebruik van een netwerk door onderaannemers onder eigen gebruik van dat netwerk vallen, zoals zij beweert in haar brief van 30 april 2019 (**stuk 14**) juridisch niet correct. Een onderaannemer is namelijk een afzonderlijke afgescheiden rechtspersoon, die in zijn eigen naam en voor zijn eigen rekening gebruik maakt van het netwerk van Total.

Daarnaast dient te worden opgemerkt dat, zelfs al zou het Total-netwerk dus niet vrij toegankelijk zijn, *quod non*, het BIPT hier dan nog niet uit zou kunnen afleiden dat dit netwerk niet openbaar is. Ter vergelijking, het ASTRID-netwerk is niet vrij toegankelijk (enkel publieke ordediensten en civiele bescherming), terwijl ASTRID wel degelijk het statuut van operator heeft voor haar TETRA-netwerk (dat dus beschouwd wordt als een openbaar netwerk).

64. Ten derde doet het feit dat de personen die gebruikmaken van het netwerk van Total vooraf geïdentificeerd zouden zijn door Total, geen afbreuk aan het openbaar karakter van dat netwerk. De gebruikers van het Total-netwerk zijn in principe inderdaad vooraf geïdentificeerd door Total, maar het BIPT kan hier geenszins rechtmatig uit afleiden dat het netwerk van Total daardoor niet openbaar zou zijn. Zoals reeds gezegd is de site van Total in Antwerpen een SEVESO-site, onderhevig aan specifieke reglementering rond beveiliging en dus ook toegangscontrole. Alvorens van het netwerk gebruik te kunnen maken wordt men bijgevolg onderworpen aan een identiteitscontrole (m.n. ook in het kader van anti-terrorisme-maatregelen). Het vooraf identificeren van personen die gebruikmaken van een netwerk gebeurt echter eveneens bij andere openbare netwerken. Ook om gebruik te maken van het (openbare) GSM/3G/4G-netwerk van Proximus, Telenet, Orange, etc. moeten gebruikers zich vooraf identificeren. Dit des te meer daar artikel 127 WEC bepaalde identificatieverplichtingen oplegt aan operatoren.

65. Ten vierde verandert ook het feit dat de toestellen die mogen worden gebruikt, geleverd worden door en vooraf geconfigureerd worden door Total, niets aan het openbaar karakter van het netwerk. De door Total doorgevoerde configuratie gebeurt hoofdzakelijk in veiligheidsredenen. Een gelijkaardige wijze van configuratie komt eveneens regelmatig voor bij andere openbare netwerken, zoals bijvoorbeeld bij het A.S.T.R.I.D. netwerk. Bovendien is het zo dat omwille van het feit dat deze toestellen worden gebruikt in explosiegevaarlijke zones-(ATEX -- *ATmosphères-EXplosibles* wat verwijst naar de Europese richtlijnen inzake explosiegevaar onder atmosferische omstandigheden), er een EX-certificatie voorhanden moet zijn. Keuring van de toestellen wordt daardoor ook wettelijke verplicht. Bovendien is deze stelling niet correct. Het is immers niet Total, maar Flash die de toestellen levert en configureert voor Total.

66. Ten vijfde volgt niet noodzakelijk uit het feit dat "de verhouding intern gebruik/gebruik door derden hoger [is] dan 50%", dat het netwerk van Total niet openbaar zou zijn, in tegenstelling tot wat het BIPT beweert. Volgens artikel 2, 10° van de WEC is een 'openbaar elektronische-communicatienetwerk', "een elektronische-communicatienetwerk dat geheel of hoofdzakelijk wordt gebruikt om voor het publiek beschikbare elektronische-

communicatiediensten aan te bieden ter ondersteuning van de overdracht van informatie tussen netwerkaansluitpunten". Artikel 2, 10° van de WEC is een omzetting in Belgisch recht van artikel 2, d van de (geconsolideerde) Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (hierna de 'Kaderrichtlijn') en in de (toekomstig inwerkingtredende) nieuwe Richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (herschikking) (hierna de 'EWEC Richtlijn'). Bijgevolg moet een netwerk dus niet noodzakelijk 'geheel' gebruikt worden om voor het publiek beschikbare communicatiediensten aan te bieden, maar wel hoofdzakelijk. Dit impliceert dat een openbaar netwerk minstens deels mag gebruikt worden voor niet-publiek beschikbare elektronische-communicatiediensten, zonder dat dit afbreuk doet aan het openbaar karakter van dat netwerk. Het woord hoofdzakelijk wordt niet gedefinieerd, en is dus voor interpretatie vatbaar. In het bijzonder liggen twee mogelijke interpretaties voor: enerzijds kan het begrip hoofdzakelijk wijzen op een kwantitatief criterium, anderzijds kan dit begrip wijzen op een kwalitatief criterium. Vanuit een 'kwalitatief' oogpunt zou dit criterium van "hoofdzakelijk" gebruik om publiek beschikbare elektronische-communicatiediensten aan te bieden, kunnen betekenen dat de belangrijkste dienst die op het netwerk wordt aangeboden een publiek beschikbare elektronische-communicatiedienst moet zijn. Vanuit een 'kwantitatief' oogpunt zou het criterium van het "hoofdzakelijk" gebruik dan eerder wijzen op het feit dat het netwerk voor een bepaald percentage gebruikt zou moeten worden voor het aanbieden van publiek beschikbare elektronische-communicatiediensten, opdat een netwerk openbaar zou zijn. Nochtans lijkt het BIPT, overigens zonder dit te motiveren en zonder rekening te houden met het feit dat de gebruiksratio bij Total in de tijd varieert (er zijn immers belangrijke toenames wanneer er Turn arounds (grote onderhouds- en aanpassingswerken), grote herstelwerkzaamheden zijn van de productie-eenheden en -installaties), ervan uit te gaan dat een gemiddelde van meer dan 50% intern gebruikt automatisch impliceert dat een netwerk niet hoofdzakelijk gebruikt wordt voor publiek beschikbare communicatiediensten. Zoals in deze paragraaf wordt uiteengezet, is dit echter helemaal niet vanzelfsprekend. Uit het loutere feit dat het netwerk van Total gemiddeld voor meer dan 50% intern zou worden gebruikt, volgt niet automatisch dat het netwerk van Total niet openbaar zou zijn. Overigens dient opgemerkt te worden dat artikel 2, 10° van de WEC ongewijzigd bleef door de wetwijziging van 2017, en dat het gebruik van het Total-netwerk niet substantieel is veranderd na die wetwijziging.

Het is bovendien onduidelijk wat het BIPT bedoelt met "de verhouding intern gebruik/gebruik door derden" en wanneer deze verhouding moet worden gemeten. Gaat het over de verhouding intern gebruik/gebruik derden voor wat betreft gesprekstijd op een bepaald moment? Gaat het over het aantal toestellen die worden verhuurd? Wat indien er volgend jaar een andere verhouding wordt vastgesteld? Het door het BIPT aangevoerde criterium "de verhouding intern gebruik/gebruik door derden" is minstens zeer onduidelijk en kan zeer arbitrair ingevuld worden.

67. Ten zesde verwacht het BIPT de begrippen 'openbaar' en 'betalend', door te besluiten dat het feit dat door Total (voor 2018) geen positief omzetcijfer verwezenlijkt in België op het stuk van het aanbieden aan derden van elektronische-communicatiediensten of -netwerken werd aangegeven, zou wijzen op een privégebruik van het netwerk. Deze analyse maakt het BIPT in haar brief van 30 april 2019 (stuk 14). De WEC en het KB van 18 december 2009 vereisen immers geenszins dat operatoren een positief omzetcijfer zouden moeten realiseren, en niets verhindert in beginsel dat openbare netwerken gratis zouden zijn. Bijgevolg kan het BIPT niet rechtmatig besluiten dat het ontbreken van een positief omzetcijfer wijst op privégebruik van het netwerk van Total.

68. In tegenstelling tot wat het BIPT beweert, is het netwerk van Total wel degelijk een openbaar netwerk. Zoals hierboven werd uiteengezet, wordt ten gevolge van de wetswijziging van 2017 een 'openbaar elektronisch communicatienetwerk' als volgt gedefinieerd in artikel 2, 10° van de WEC: "*een elektronische-communicatienetwerk dat geheel of hoofdzakelijk wordt gebruikt om voor het **publiek beschikbare elektronische-communicatiediensten** aan te bieden ter ondersteuning van de overdracht van informatie tussen netwerkaansluitpunten*".

(ii) De juiste interpretatie van de begrippen 'openbaar' en 'publiek beschikbaar'

(1) Het begrip 'open' of 'gesloten' gebruikersgroep

69. In de parlementaire werken wordt hierover de volgende duiding verschaft: "*Aangezien de andere lidstaten doorgaans ook refereren aan de criteria van 'openbare elektronische-communicatienetwerken' en 'openbaar beschikbare elektronische-communicatiediensten' of aan gelijkaardige termen, zal het BIPT zich overigens kunnen baseren op de praktijk in die andere lidstaten om die begrippen te preciseren. **Het begrip "openbaar" verwijst naar het begrip van een open of gesloten gebruikersgroep. De horecaondernemingen of bedrijven die gratis een "hotspot" wifinetwerk aanbieden aan hun klanten, blijven vrijgesteld van de verplichting om zich als operator aan te melden bij het BIPT.***"

70. De wetgever verwijst in de parlementaire werken dus enerzijds naar de praktijken in andere lidstaten, en anderzijds naar het begrip open en gesloten gebruikersgroep. Aangezien ook in andere lidstaten vaak wordt teruggegrepen naar dit begrip²³, kan het BIPT zich dus baseren op de interpretatie van dit begrip in andere lidstaten.

71. In Frankrijk wordt door de bevoegde autoriteit (de 'ARCEP', voordien 'ART') bijvoorbeeld eenzelfde begrip gehanteerd van "groupe fermé d'utilisateurs" ('GFU'). In haar richtsnoeren²⁴ met betrekking tot dit begrip staat hierover het volgende: "*l'Autorité a donc souhaité introduire un critère lié à la possibilité d'émettre et de recevoir des appels à*

²³ In Frankrijk, Nederland, Luxemburg en het Verenigd Koninkrijk, bijvoorbeeld.

²⁴ ARCEP, Décision n° 2005-0208 du 15 mars 2005 portant adoption des lignes directrices relatives à la définition de « groupe fermé d'utilisateurs » (GFU) dans le nouveau cadre réglementaire.

destination ou provenant du réseau général. Ce critère est cohérent avec la définition internationale donnée au GFU par l'UIT (Rec. Q. 2735-1) et est également pris en compte dans l'avis de la Commission générale de terminologie et de néologie relatif au vocabulaire des services de télécommunications. (...) En conséquence, le « groupe fermé d'utilisateurs » se définit comme un ensemble de personnes physiques ou morales utilisant un service de communications électroniques dans le cadre de réseaux non connectés à tout autre réseau. Est également un GFU un ensemble de personnes physiques ou morales constituant une communauté d'intérêt expressément identifiable par sa stabilité, sa permanence et son antériorité à l'usage effectif de ce service de communications électroniques."

(Eigen vertaling: "De Autoriteit heeft dus een criterium willen invoeren met betrekking tot de mogelijkheid om oproepen naar of van het algemene netwerk te initiëren en te ontvangen. Dit criterium is in overeenstemming met de internationale definitie die het ITU aan de CUG (closed user group/gesloten gebruikersgroep) heeft gegeven (Rec. Q. 2735-1) en wordt ook in aanmerking genomen in het advies van de Algemene Commissie voor terminologie en neologie over de woordenschat van telecommunicatiediensten. (...) Bijgevolg wordt een "gesloten gebruikersgroep" gedefinieerd als een groep natuurlijke of rechtspersonen die gebruik maken van een elektronische-communicatiedienst in het kader van netwerken die niet verbonden zijn met enig ander netwerk. Een CUG is ook een groep natuurlijke of rechtspersonen die een gemeenschap van belangen vormt die uitdrukkelijk kan worden geïdentificeerd door haar stabiliteit, duurzaamheid en bestaan voorafgaand aan het effectieve gebruik van deze elektronische communicatiedienst.")

72. In 2011 publiceerde de ARCEP een studie die voor haar werd gerealiseerd "over de omvang van het begrip van operator van elektronische communicatie"²⁵. In deze studie kwam men tot de volgende conclusie met betrekking tot dit criterium van een open of gesloten gebruikersgroep: "En conclusion, on peut considérer qu'un service doit être considéré comme "fourni au public" s'il est fourni ouvertement sur le marché et non simplement à un groupe d'utilisateurs prédéterminé. Cela implique qu'il soit ouvert à toute personne disposée à payer pour ce service et à respecter les conditions de sa fourniture. Le nombre d'utilisateurs du service peut constituer un indice du caractère ouvert au public ou non du service, sans qu'il soit toutefois possible de retenir la qualification sur ce seul fondement."²⁶

(Eigen vertaling: "Tot slot kan men stellen dat een dienst als 'aan het publiek verstrekt' moet worden beschouwd als hij openlijk op de markt wordt verleend en niet alleen aan een vooraf bepaalde groep gebruikers. Dit betekent dat het open moet staan voor iedereen die bereid is de dienst te betalen en de voorwaarden van de dienstverlening te respecteren. Het aantal gebruikers van de dienst kan een aanwijzing zijn dat de dienst al dan niet voor het publiek toegankelijk is, maar het is niet mogelijk de kwalificatie alleen op deze grond te behouden.")

²⁵ ARCEP, Étude sur le périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques, juin 2011, disponible en ligne: https://archives.arcep.fr/uploads/tx_gspublication/etude-Hogan-Analysys-juin2011.pdf.

²⁶ ARCEP, Étude sur le périmètre de la notion d'opérateur de communications électroniques, juin 2011, p. 41.

73. Om tot deze conclusie te komen werd o.a. eveneens gekeken naar het Weens Koopverdrag²⁷: "*La Convention de Vienne semble faire du caractère indéterminé du groupe de personnes auquel est adressée l'offre le critère de qualification d'une offre faite au public, par opposition à une offre faite à une personne déterminée.*"

(Eigen vertaling: "*Het Verdrag van Wenen lijkt van de onbepaalde aard van de groep van personen tot wie de aanbidding is gericht, het criterium te maken voor de kwalificatie van een aanbidding aan het publiek, in tegenstelling tot een aanbidding aan een specifieke persoon.*")

74. Bijgevolg is de interpretatie in Frankrijk dat, om een openbare dienst en dus een openbaar netwerk te vormen, de dienst/het netwerk in principe op de markt beschikbaar moet zijn ('open gebruikersgroep'), en niet enkel voor een vooraf bepaald aantal gebruikers ('gesloten gebruikersgroep'). Een gesloten gebruikersgroep wordt dan beschouwd als een groep met gemeenschappelijke belangen die uitdrukkelijk kan worden geïdentificeerd aan de hand van diens stabiel en permanent karakter en aan de hand van het feit dat deze groep reeds bestaat voordat de elektronische communicatiedienst effectief wordt gebruikt. In andere woorden, een gesloten gebruikersgroep heeft een stabiel en permanent karakter en bestaat onafhankelijk van en reeds voor het gebruik van een communicatiedienst.

75. *In casu* moet worden vastgesteld dat de gebruikersgroep van het Total-netwerk noch stabiel en permanent is, noch voorafgaat aan het gebruik van de communicatiedienst. Afzonderlijke afgescheiden rechtspersonen als Total Olefins Antwerp en Total Polymers Antwerp, en hun leveranciers en onderaannemers vormen immers geen stabiele en permanente groep. Ze 'vormen' slechts een 'groep' ten gevolge van het gebruik van hetzelfde netwerk, namelijk het Total-netwerk. Daarenboven dient opgemerkt te worden dat TETRA-netwerken verbonden kunnen worden aan andere netwerken en dus niet noodzakelijk helemaal losstaan van andere netwerken.

76. In Nederland geeft de ACM de volgende duiding op haar website: "***Wanneer is een elektronisch communicatienetwerk 'openbaar'?***"

*Een elektronisch communicatienetwerk is openbaar als het **alleen of vooral** wordt gebruikt om openbare elektronische communicatiediensten aan te bieden.*

Wanneer is een elektronische communicatiedienst 'openbaar'?

Kan iedereen van het dienstaanbod gebruikmaken? Dan is uw elektronische communicatiedienst openbaar. Levert u een dienst aan een bepaalde groep van gebruikers, bijvoorbeeld bedrijven of overheidsinstellingen? Dan kan het nog steeds zijn dat de dienst openbaar is. Vormen alle afnemers één duidelijk beperkte doelgroep? En is daardoor uw dienst niet toegankelijk voor het algemene publiek? Dan is uw dienst **niet openbaar.**"

²⁷ Verdrag der Verenigde Naties inzake internationale koopovereenkomsten betreffende roerende zaken van 11 april 1980, m.n. artikel 14.

77. Ook hier wordt het criterium "openbaar" dus geïnterpreteerd in de zin dat iedereen er potentieel gebruik moet kunnen maken van het dienstenaanbod. Bovendien verduidelijkt de ACM dat ook een dienst die wordt aangeboden aan een bepaalde groep gebruikers (bv. bedrijven) openbaar kan zijn. Dit lijkt precies het geval van het Total-netwerk te zijn, en dus lijkt ook de Nederlandse interpretatie te wijzen op het openbaar karakter van het Total-netwerk.

78. In Luxemburg wordt het begrip 'réseau de communications public' op een vergelijkbare manier gedefinieerd in artikel 2, (25) van de Luxemburgse wet van 27 februari 2011 betreffende elektronische communicatienetwerken en -diensten²⁸, met name als "*un réseau de communications électroniques utilisé entièrement ou principalement pour la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public permettant la transmission d'informations entre les points de terminaison du réseau*".

(Eigen vertaling: "een elektronisch communicatienetwerk dat geheel of hoofdzakelijk wordt gebruikt om algemeen beschikbare elektronische communicatiediensten aan te bieden die de transmissie van informatie tussen netwerkaansluitpunten mogelijk maakt")

79. Het begrip 'services de communications électroniques accessibles au public' wordt als dusdanig niet gedefinieerd in de wet. In een beslissing van 29 oktober 2015²⁹ besliste de Luxemburgse administratieve rechtbank daaromtrent echter het volgende: "*Enfin, la demanderesse conteste offrir des services de communications électroniques au public. Elle fait valoir en substance que ses services seraient limitativement dirigés vers une clientèle de commerçants « actifs et dûment enregistrés comme tels auprès du registre de commerce et des sociétés », à l'exclusion de tout consommateur. Elle indique encore que lesdits services seraient utilisés par des clients disposant de plusieurs locaux situés à de longues distances l'un de l'autre et reliés entre eux de manière interne pour permettre le transfert et le stockage de données les uns vers les autres ainsi par exemple la liaison entre un magasin d'une chaîne de vêtement qui serait relié à une banque de données centrales gérant les stocks, paiements et cartes de fidélité. (..) Il s'ensuit que sans compter le nombre de commerçants personnes physiques qui ne sont pas exclus par la définition de « client » reprise dans les conditions générales de la demanderesse, celles-ci ont vocation à concerner plus d'une centaine de milliers de personnes morales non autrement spécifiées, ce qui doit manifestement être considéré comme un nombre indéterminé de personnes hétérogènes et partant tomber dans la définition de terme « public » au sens de l'article 45 précité, nonobstant l'absence de seuil fixé par le législateur.*

S'il y a certes lieu de relever que la plaquette de la demanderesse indique que parmi ses clients figurent des multinationales connues au motif que lesdits utilisateurs n'y auraient recours qu'entre leurs propres sites de sorte que les relations économiques ou sociales entre les différentes entités d'un groupe d'entreprises seraient préexistantes au besoin de

²⁸ Loi du 27 février 2011 sur les réseaux et les services de communications électroniques.

²⁹ Tribunal administratif du Grand-Duché de Luxembourg du 29 octobre 2015 (29/10/2015), 2e chambre, Numéro 35111 du rôle, pp. 12-13, disponible en ligne: <http://www.ja.etat.lu/35001-40000/35111.pdf>.

communication, ce qui démontrerait que seule une certaine clientèle ciblée serait intéressée par ses services, il n'en demeure pas moins que dans le cadre des pièces et éléments soumis au tribunal ayant force probante telles que notamment ses conditions générales, la demanderesse reste en défaut de rapporter la preuve que les services qu'elle offre seraient circonscrits à un nombre limité de personnes qualifiées de sorte à ne pas concerner le « public » tel que circonscrit plus en avant. Partant, le moyen afférent est à rejeter pour ne pas être fondé."

(Eigen vertaling:

"Ten slotte betwist verzoekster dat ze elektronische communicatiediensten aan het publiek zou aanbieden. In wezen beweert zij dat haar diensten uitsluitend gericht zouden zijn op een klantenkring van handelaars 'die als zodanig actief zijn en als zodanig zijn ingeschreven in het Handels- en Bedrijfsregister', met uitsluiting van elke consument. Ze geeft ook aan dat deze diensten zouden worden gebruikt door klanten met verschillende vestigingen die zich op grote afstand van elkaar bevinden en intern met elkaar verbonden zijn om de overdracht en opslag van gegevens mogelijk te maken, bijvoorbeeld de koppeling tussen een winkel van een kledingketen die gekoppeld zou zijn aan een centrale database voor het beheer van voorraden, betalingen en klantenkaarten. (...) Hieruit volgt dat deze, naast het aantal handelaren fysieke personen die niet worden uitgesloten door de definitie van "cliënt" in de algemene voorwaarden van de eiser, bedoeld zijn voor meer dan honderdduizend niet anders bepaalde rechtspersonen, hetgeen klaarblijkelijk als een onbepaald aantal heterogene personen moet worden beschouwd en derhalve onder de definitie van het begrip "publiek" in de zin van voornoemd artikel 45 valt, ondanks het ontbreken van een wettelijke drempel.

Hoewel moet worden vastgesteld dat de brochure van verzoekster erop wijst dat er onder haar klanten bekende multinationals zijn, met als argument dat de genoemde gebruikers de brochure alleen tussen hun eigen sites zouden gebruiken, zodat de economische of sociale relaties tussen de verschillende entiteiten van een groep van ondernemingen zouden bestaan voorafgaand aan de behoefte van communicatie, waaruit zou blijken dat slechts een bepaalde doelgroep geïnteresseerd zou zijn in haar diensten, verzoekster niettemin nalaat, in het kader van de aan de rechter voorgelegde documenten en elementen met bewijskracht, zoals met name de algemene voorwaarden, te bewijzen dat de door haar aangeboden diensten beperkt zouden zijn tot een beperkt aantal gekwalificeerde personen, zodat ze geen "publiek" zouden betreffen zoals hierboven gedefinieerd. Bijgevolg moet het desbetreffende middel als ongegrond worden afgewezen.")

80. Ook in Luxemburg blijkt men onder "openbaar" dus te verstaan dat een dienst niet aan een beperkt aantal personen wordt aangeboden. De Luxemburgse rechtbank lijkt bovendien te benadrukken dat het beslissende criterium is dat die diensten *kunnen* ("ont vocation à concerner") gebruikt worden door een onbeperkt aantal personen. Zoals *supra* reeds werd uitgelegd is dit ook het geval voor het Total-netwerk. Bijgevolg wijst ook de interpretatie van dit begrip in Luxemburg op het openbaar karakter van het Total-netwerk.

81. In het Verenigd Koninkrijk wordt een openbaar elektronisch communicatienetwerk conform de Kaderrichtlijn gedefinieerd als *"an electronic communications network provided wholly or mainly for the purpose of making electronic communications services available to members of the public"*.

82. Een elektronische communicatiedienst wordt dan als volgt beschreven door de ICO³⁰: *"In other words, a public electronic communications service is any service that members of the public can sign up to in order to send or receive electronic signals (including sounds, images or data of any description) – for example, a phone contract or internet connection"*.

(eigen vertaling: *"Met andere woorden, een openbare elektronische-communicatiedienst is elke dienst waarop leden van het publiek zich kunnen abonneren om elektronische signalen (met inbegrip van geluiden, beelden of gegevens van welke aard dan ook) te verzenden of te ontvangen - bijvoorbeeld een telefooncontract of een internetverbinding"*.)

83. Ook hier wordt onder 'openbaar' dus verstaan dat het voor iedereen mogelijk moet zijn om gebruik te maken van de diensten. Ook de interpretatie in het Verenigd Koninkrijk strookt dus met het openbaar karakter van het Total-netwerk.

(2) Interpretatie van de Kaderrichtlijn door het EFTA-Hof en de EDPB

84. Zoals reeds *supra* werd vermeld, is de huidige definitie van een 'openbaar elektronisch communicatienetwerk' in de WEC een omzetting van artikel 2, d Kaderrichtlijn in Belgisch recht. Inderdaad, de Kaderrichtlijn definieert een openbaar communicatienetwerk als een *"een elektronische communicatienetwerk dat **geheel of hoofdzakelijk** wordt gebruikt om voor het **publiek beschikbare elektronische communicatiediensten** aan te bieden ter ondersteuning van de overdracht van informatie tussen netwerkaansluitpunten"*. Deze definitie werd trouwens overgenomen in artikel 2, 8) van de EWEC Richtlijn, die tegen eind december 2020 moet worden geïmplementeerd in nationale wetgeving.

85. Het begrip 'publiek beschikbaar' wordt niet in de Kaderrichtlijn gedefinieerd. Echter wordt dit begrip, en bij uitbreiding ook het begrip 'openbaar communicatienetwerk' geïnterpreteerd door het EFTA-hof in een arrest van 22 december 2016, zaak E-6/16, Fjarskipti hf. tegen De IJslandse post- en telecommunicatiedienst³¹. Het EFTA-hof sprak zich hierover uit als volgt: *"56. The Directive does not define publicly available electronic communications services. A service must be considered **publicly available** when **any part of the public may choose to make use of the service offered**. The Plaintiff has stated that its My Pages service is available only to its subscribers. In response to this argument, the Court*

³⁰ Zie <https://ico.org.uk/for-organisations/guide-to-pecr/key-concepts-and-definitions/>. Het dient opgemerkt te worden dat de ICO niet de Engelse telecomautoriteit is, maar Ofcom. De toelichting van de ICO hieromtrent kadert echter in de context van e-Privacy en is bijgevolg relevant.

³¹ EFTA-hof zaak E-6/16 van 22 december 2016, Fjarskipti hf. tegen De IJslandse post- en telecommunicatiedienst.

observes that if there is no limit placed on the number of potential subscribers, and nothing in the case file suggests otherwise, then any part of the public may, de facto, make use of the service by becoming a subscriber. If that proves to be the case, which is a matter for the referring court to determine, then the service must be considered publicly available.

57. As to the criterion that the network must be used wholly or mainly for the provision of publicly available services, the referring court needs to take into account the extent to which the electronic communications network is used for the provision of publicly available electronic communications services in contrast to other services. It is for the referring court to assess whether the Plaintiff's electronic communications network fulfills this criterion."

(Eigen vertaling: "In de richtlijn wordt geen definitie gegeven van publiek beschikbare elektronische communicatiediensten. Een dienst moet als **publiek beschikbaar** worden beschouwd wanneer elk deel van het publiek ervoor kan kiezen om van de aangeboden dienst gebruik te maken. De Eiser heeft verklaard dat zijn My Pages dienst alleen beschikbaar is voor zijn abonnees. In antwoord op dit argument merkt het Hof op dat als er geen beperking wordt gesteld op het aantal potentiële abonnees, en niets in het dossier wijst erop dat dit niet het geval is, elk deel van het publiek de facto van de dienst gebruik kan maken door abonnee te worden. Indien dit het geval blijkt te zijn, hetgeen door de verwijzende rechter moet worden beoordeeld, dan moet de dienst als openbaar beschikbaar worden beschouwd.

57. Wat het criterium betreft dat het netwerk volledig of hoofdzakelijk moet worden gebruikt voor het aanbieden van publiek beschikbare diensten, moet de verwijzende rechter rekening houden met de mate waarin het elektronische-communicatienetwerk wordt gebruikt voor het aanbieden van openbare elektronische-communicatiediensten in tegenstelling tot andere diensten. Het staat aan de verwijzende rechter om na te gaan of verzoeksters elektronische-communicatienetwerk aan dit criterium voldoet.")

86. Volgens het EFTA-Hof zijn elektronische communicatiediensten dus publiek beschikbaar wanneer iedereen van het publiek **kan** kiezen om gebruik te maken van de aangeboden diensten, en met name wanneer er geen limiet wordt geplaatst op het aantal gebruikers en *de facto* iedereen dus gebruik kan maken van de diensten door een gebruiker/abonnee te worden.

87. *In casu* staat vast dat, zoals hierboven reeds werd uiteengezet, iedereen potentieel gebruik *kan* maken van het netwerk van Total, mits ze zich binnen het bereik van het netwerk bevinden. Met name, en zolang de technologie het toelaat, plaatst Total geen numerieke limiet op het aantal gebruikers van haar netwerk. Iedereen mag, mits respect van de voorwaarden, gebruikmaken van het netwerk. Bovendien bepaalt het EFTA-Hof dat rekening moet worden gehouden met de mate waarin het netwerk gebruikt wordt voor publiek beschikbare en voor ander diensten. Het Hof stelt echter geen numerieke grens (in tegenstelling tot de 50% van het BIPT), noch bepaalt het hoe zwaar dit criterium moet doorwegen. Het EFTA-Hof stelt immers alleen dat de verwijzende rechter hier rekening mee moet houden.

88. Uit al het voorgaande blijkt dat de grens tussen privé- en openbare netwerken niet altijd even duidelijk is. Ook de Groep gegevensbescherming artikel 29 ('WP29'), de onafhankelijk Europees werkgroep die tot 25 mei 2018 verantwoordelijk was voor de behandeling van kwesties in verband met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer en van de persoonsgegevens, was deze mening toegedaan in haar advies m.b.t. de e-Privacy Richtlijn³²: "*The ePrivacy Directive applies to the provision of publicly available electronic communication services in public networks. However, in practice, the notions of "public communications network" and "electronic communications services" are very often unclear. Services are increasingly becoming a mixture of private and public elements and it is often difficult for regulators and for stakeholders alike to determine whether the ePrivacy Directive applies in a given situation. For example, is the provision of internet access to 30.000 students a public electronic communication system or a private one? What if the same access is provided by a multinational company, to 300.000 employees? What if it is provided by a cybercafé? The Article 29 Working Party refers to its previous Opinions (WP 363 and WP 1264) and once again calls for the definition of "electronic communication services" and "public communications networks" to be clarified, as the development of hybrid public/private networks needs to be taken into account.*"

(eigen vertaling: "De e-privacyrichtlijn is van toepassing op het aanbieden van publiek beschikbare elektronische communicatiediensten op openbare netwerken. In de praktijk zijn de begrippen "openbaar communicatienetwerk" en "elektronische communicatiediensten" echter vaak onduidelijk. Diensten worden steeds meer een mix van private en publieke elementen en het is vaak moeilijk voor zowel de regelgevers als de belanghebbenden om te bepalen of de e-privacy-richtlijn in een bepaalde situatie van toepassing is. Is het aanbieden van internettoegang aan 30.000 studenten bijvoorbeeld een publiek of een privaat elektronisch communicatiesysteem? Wat gebeurt er als dezelfde toegang door een multinationale onderneming aan 300.000 werknemers wordt geboden? Wat als deze toegang wordt geboden door een cybercafé? De Groep artikel 29 verwijst naar haar eerdere adviezen (WP 363 en WP 1264) en dringt nogmaals aan op een verduidelijking van de definitie van "elektronische communicatiediensten" en "openbare communicatienetwerken", aangezien rekening moet worden gehouden met de ontwikkeling van hybride openbare/private netwerken".)

89. De Groep gegevensbescherming artikel 29 (vandaag vervangen door de EDPB) bevestigt dus dat de scheiding tussen private en publieke netwerken helemaal niet zo vanzelfsprekend is. De gevraagde verduidelijking laat echter nog steeds op zich wachten. In tussentijd volstaat het om vast te stellen dat geen enkele interpretatie van het begrip 'openbaar netwerk/dienst' het openbaar karakter van het Total-netwerk uitsluit.

³²

WP29, https://ec.europa.eu/justice/article-29/documentation/opinion-recommendation/files/2008/wp150_en.pdf, Opinion 2/2008 on the review of the Directive 2002/58/EC on privacy and electronic communications (ePrivacy Directive), adopted on 15 May 2008.

90. Bijgevolg heeft de wetswijziging van 2017, in tegenstelling tot wat het BIPT beweert, niet tot gevolg dat het Total-netwerk haar openbaar karakter zou verloren zijn, en schendt de interpretatie van het BIPT artikel 2, 10° *jo.* 9 van de WEC.

91. Het eerste middel is gegrond.

II.4 Tweede middel: schending van artikelen 4 en 6 *jo.* 17 van het KB van 18 december 2009

92. Overeenkomstig artikel 13 van de WEC is het BIPT belast met (i) het beheer van het radiofrequentiespectrum, (ii) het onderzoek van de aanvragen voor het gebruik van het radiofrequentiespectrum, behoudens de aanvragen bestemd voor radio- en televisieomroep, (iii) de coördinatie van de radiofrequenties zowel op nationaal als op internationaal vlak en (iv) de controle op het gebruik van de radiofrequenties.

93. Artikel 18 van de WEC bepaalt het volgende: "*§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.*"

94. Artikel 39 van de WEC leest als volgt: "*§ 2. De Koning bepaalt, na advies van het Instituut, de algemene regels inzake toekening, schorsing en intrekking van de vergunningen om een zend- of ontvangtoestel voor radiocommunicatie te mogen houden, of een station of een netwerk voor radiocommunicatie dat niet wordt gebruikt voor elektronische-communicatiediensten die aan het publiek worden aangeboden te mogen aanleggen en doen werken. Deze vergunningen zijn persoonlijk en kunnen worden ingetrokken. § 3. De Koning bepaalt, op voorstel van het Instituut, de verplichtingen van de houders van een vergunning en de voorwaarden waaraan de toegelaten stations en netten voor radiocommunicatie moeten voldoen.*"

95. De voorwaarden en algemene regels waarnaar in artikels 18 en 39 WEC wordt verwezen bevinden zich in het KB van 18 december 2009. In die zin bepaalt artikel 2 van dit KB het volgende: "*Dit besluit is van toepassing op alle radiostations bedoeld in art. 39 van de [WEC] alsook op de vaste netten in de frequentiebanden waar het aantal te verlenen gebruiksrechten niet beperkt dient te worden en netten met gedeelde middelen die onder de bepalingen van artikel 18, § 1, van de wet vallen.*"

96. Bijgevolg is het BIPT bevoegd om het radiofrequentiespectrum te beheren, om aanvragen voor het gebruik van het radiofrequentiespectrum te onderzoeken, en om vergunningen toe te kennen, te schorsen en in te trekken.

97. In dat verband bepaalt de eerste paragraaf van artikel 6 van het KB van 18 december 2009: "*Het Instituut onderzoekt de aanvragen voor vergunning om een privaat radiostation te houden en te gebruiken of om een privaat radionet aan te leggen en te doen werken. Het bepaalt de categorie waaronder de vergunning valt. (...)*". In principe is het BIPT dus vrij om, in geval van aanvraag voor een (houders)vergunning voor een privaat netwerk, te bepalen onder welke categorie de vergunning valt. Desalniettemin bevat (artikel 4 van) het KB van 18 december 2009 een opsomming en beschrijving van de verschillende categorieën.

98. Zoals hierboven reeds werd uiteengezet, is het TETRA-netwerk van Total in principe een 'net met gedeelde middelen', zoals gedefinieerd door artikel 1,23° van het KB, en behoort het dus tot de categorie 8b, "*netten opgesteld door operatoren van netten met gedeelde middelen*"³³. Het BIPT was oorspronkelijk ook diezelfde mening toegedaan, daar het Total een vergunning verleende voor een dergelijk netwerk.

99. Naar aanleiding van de wetswijziging van 2017 beweert het BIPT nu echter dat het netwerk van Total niet behoort tot categorie 8b, maar tot categorie 1. Deze categorie bevat, volgens artikel 4, 1° van het KB van 18 december 2009, "*private mobiele radionetten behalve deze die onder categorie 3 vallen*". Deze categorie betreft bijgevolg private mobiele radionetten die niet zijn aangelegd door de staat, de NMBS/Infrabel, ziekenhuizen of vzw's voor medische of sociale hulp en met zuiver humanitaire doeleinden.

100. Overeenkomstig artikel 17 van het KB van 18 december 2019 is het "*verboden radiocommunicatie voor rekening of ten voordele van derden uit te zenden of te ontvangen*". Nochtans maken, zoals hiervoor reeds werd verduidelijkt, een hele hoop derden gebruik van het netwerk van Total. In de bestreden beslissing van 27 juni 2019 vermeldt het BIPT - overeenkomstig het tweede lid van artikel 17 - dat het "*afwijkingen van dit verbod [kan] toestaan*". Dat het BIPT afwijkingen op dit verbod kan toestaan, is onmiskenbaar. Echter is het praktisch onwerkbaar voor Total om voor elke derde die het netwerk van Total wil gebruiken, een afwijking op het verbod te verkrijgen van het BIPT. Niet alleen zorgt dit voor een niet te onderschatten extra werklast voor Total (en trouwens ook voor het BIPT), maar bovendien is dit in sommige situaties helemaal niet doenbaar. Bepaalde derden hebben immers snel toegang nodig tot dit netwerk, bijvoorbeeld in het kader van dringende werkzaamheden en kunnen dus niet wachten op de toegestane afwijking van het BIPT. Ook bij grote onderhouds-, aanpassings- of herstelwerkzaamheden zullen er zich pieken voordoen in het aantal gebruikers. Voor beperkte periodes zullen er dan veel meer radio's (walkie talkies) nodig zijn, voor meer gebruikers. Om hier telkens uitzonderingen te moeten vragen is ondoenbaar. Meer fundamenteel zou het categoriseren van het netwerk van Total in categorie 1 echter leiden tot een veralgemening van de uitzondering en een uitholling van het verbod dat lijnrecht zou ingaan tegen de tekst van het KB van 18 december 2009. Het verbod zou dan immers de uitzondering worden, en de afwijking van dat verbod de regel.

³³ In het Frans: *réseau à ressources partagées*.

101. Bijgevolg is een categorisering van het Total-netwerk als een netwerk van 1e categorie onverenigbaar met de artikelen 4, 6 en 17 van het KB van 18 december 2009. Volgens de tekst van dit KB behoort het netwerk van Total tot de categorie 8b, en hoewel het BIPT de categorie van de netwerken en/of vergunningen bepaalt, blijft het hierbij gebonden door de wet, en met name door artikel 4 van het KB van 18 december 2009.

102. Het tweede middel is gegrond.

II.5 Derde middel: schending van artikel 7, 4° WEC

103. Artikelen 6 tot 8 van de WEC geven de doelstellingen aan die door het BIPT gerespecteerd moeten worden. Artikel 5 bepaalt dienaangaande het volgende: "*Binnen het kader van het uitoefenen van zijn bevoegdheden treft het Instituut alle passende maatregelen om de in de artikelen 6 tot 8 genoemde doelstellingen te verwezenlijken. De maatregelen worden op de aard van het vastgestelde probleem gebaseerd, proportioneel toegepast en gerechtvaardigd. Ze dienen in evenredigheid te zijn met die doelstellingen en leven de beginselen van objectiviteit, transparantie, niet-discriminatie en technologische neutraliteit na.*".

104. In het bijzonder bepaalt artikel 7, 4° WEC dat het BIPT moet samenwerken met andere nationale regelgevende instanties en met de Commissie teneinde te zorgen voor "*de ontwikkeling van consistente regelgevende praktijk op Europees niveau*".

105. De beslissing van het BIPT miskent en is onverenigbaar met dit doeleinde. Zoals hiervoor werd uiteengezet, kende de wetgeving rond elektronische communicatie, en in het bijzonder de invulling van het begrip 'openbaar elektronische communicatienetwerk/-dienst' al een hele evolutie. Bovendien lijkt er geen of slechts weinig logica in deze evoluties. Zo werd het begrip 'gesloten gebruikersgroep' in 2005 uit de wet geschrapt, maar verwijst de wetgever nu opnieuw naar dit begrip in de parlementaire werken bij de wetswijziging van 2017. Ook de definitie zelf van een operator werd meermaals gewijzigd, terwijl daar ogenschijnlijk geen echte aanleiding voor was.

106. In ieder geval staat vast dat deze herhaaldelijke wetswijzigingen en de toepassing ervan door het BIPT haaks staan op de doelstelling van de WEC om de ontwikkeling van een consistente regelgevende praktijk op Europees niveau te garanderen. Bijgevolg is de bestreden beslissing onverenigbaar met de context en het doel van de WEC.

107. Daarnaast gaat de interpretatie door het BIPT van de begrippen 'openbaar elektronische communicatienetwerk' en 'openbaar elektronische communicatiedienst' in tegen de interpretatie van deze begrippen door het EFTA-Hof, zoals *supra* uiteengezet. Hoewel het HvJ niet gebonden is door precedenten van het EFTA-Hof, dragen deze eveneens bij tot de context en het doel van de WEC, dat een omzetting is van de Kaderrichtlijn in Belgisch recht.

108. Tot slot druist de interpretatie van het BIPT al zou het TETRA-netwerk van Total plots een netwerk van categorie 1 zijn geworden, zonder dat er ook maar enige wijziging aan dit netwerk heeft plaatsgevonden, in tegen haar verplichting om transparant te handelen. Deze transparantie is voor Total volledig zoek indien zij poogt de berekeningsfile ter beschikking gesteld door het BIPT op haar website³⁴, in te vullen teneinde zicht te krijgen op de kostprijs van haar TETRA-netwerk in een categorie 1. Deze invulijst is gebaseerd op de oude analoge frequenties en niet aangepast aan de typische kenmerken van een TETRA-netwerk, i.e. gedeelde frequenties. Zo is bij een TETRA-netwerk het aantal zenders volkomen irrelevant gezien de toegekende frequenties worden gedeeld door alle gebruikers van het TETRA-netwerk. Afhankelijk van hoe Total de file invult komt zij tot kostprijzen die twee keer tot drie keer de huidige kostprijs van haar TETRA-netwerk overschrijdt. Het is Total volstrekt onduidelijk hoe het BIPT de kostprijs zal bepalen van het TETRA-netwerk van Total in een categorie 1. Er bestaat bijgevolg geen enkele transparantie.

109. Het derde middel is gegrond.

II.6 Vierde middel: schending van het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel, zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en in de artikelen 5 en 8/1, §1 WEC

(a) In hoofdorde

110. De beslissing van het BIPT schendt het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet en in de artikelen 5 en 8/1, §1 WEC.

111. Een verschil in behandeling is slechts toegelaten indien dit op een objectief criterium rust en redelijk is verantwoord.³⁵ Dit is *in casu* niet het geval.

112. Op de website van het BIPT kan men een overzicht vinden van de verschillende operatoren. Uit dit overzicht, dat laatst werd aangepast op 29 mei 2019, blijkt dat verschillende bedrijven het statuut van operator hebben voor hun "trunked networks". Meer bepaald gaat het om de volgende ondernemingen³⁶:

1	Name	Reference Operator	Service	Technology	Target group
1518	ASTRID	3856	Trunked networks	Digital trunk	Business users
1519	Belgocontrol	3698	Trunked networks	Digital trunk	Business users
1520	CHIEFTAIN INVESTMENTS	1701	Trunked networks	Digital trunk	Business users
1521	LIEGE AIRPORT	3595	Trunked networks	Radio relay links	Business users
1522	REW (Réseau d'énergies de Wavre)	3843	Trunked networks	Optical fibre	Business users
1523	Tranzcom	3572	Trunked networks	Digital trunk	Business users
1524	Worldcall	2308	Trunked networks	VOB-VOIP	Wholesale

³⁴ <https://www.bipt.be/nl/consumenten/radio/radionetwerken/tarieven-2019/> Het BIPT stel zelf: "Aan de hand van het document hieronder kunt u **nauwkeurig** berekenen hoeveel u zult moeten betalen."

³⁵ J. THEUNIS, "Het gelijkheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 210.

³⁶ <https://www.bipt.be/nl/operatoren/telecom/netwerken-diensten/list-of-telecom-operators>.

113. Alleszins lijkt het al dan niet openbaar karakter van deze netwerken volledig vergelijkbaar met het netwerk van Total. Het is dan ook moeilijk te begrijpen waarom het ene trunkingnetwerk zou beschouwd worden als een openbaar netwerk, terwijl het andere dat niet zou zijn.

114. Zo heeft Chieftain Investments (Entropia) bijvoorbeeld het statuut van operator voor haar TETRA-netwerk, terwijl het netwerk van Chieftain Investments en van Total quasi identiek zijn. Net zoals Total stelt Chieftain Investments haar TETRA-netwerk ter beschikking van derden (klanten). Elke zendmast van Entropia heeft een aantal up/downstream frequenties die gedeeld worden door klanten die zich in de nabijheid van die zendmast bevinden. Het TETRA-netwerk van Total werkt op dezelfde wijze.

115. Er bestaat bijgevolg geen objectief criterium op basis waarvan deze bedrijven wel het statuut van operator behouden hebben en Total niet. Dit verschil in behandeling tussen ondernemingen die zich in vergelijkbare omstandigheden bevinden is onverenigbaar met het gelijkheidsbeginsel. Een verschil in behandeling is immers slechts toegelaten indien dit op een objectief criterium rust en redelijk is verantwoord.³⁷ Het BIPT heeft dan ook het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel geschonden door te beslissen dat Total niet langer het statuut van operator heeft.

116. Het BIPT heeft eveneens de verplichting om het gelijkheidsbeginsel en het non-discriminatiebeginsel te respecteren op basis van de WEC.

Artikel 5 WEC stelt namelijk: "*Binnen het kader van het uitoefenen van zijn bevoegdheden treft het Instituut alle passende maatregelen om de in de artikelen 6 tot 8 genoemde doelstellingen te verwezenlijken. De maatregelen worden op de aard van het vastgestelde probleem gebaseerd, proportioneel toegepast en gerechtvaardigd. Ze dienen in evenredigheid te zijn met die doelstellingen en leven de beginselen van objectiviteit, transparantie, niet-discriminatie en technologische neutraliteit na.*" (eigen benadrukking)

Daarenboven stelt artikel 8/1, §1 WEC:

"Bij de uitvoering van de taken die krachtens deze wet op het Instituut rusten, ziet het Instituut erop toe dat objectieve, transparante, niet-discriminerende en proportionele regelgevingsbeginselen worden toegepast (...)" (eigen benadrukking)

117. In ieder geval staat vast dat dit verschil in behandeling tussen deze bedrijven - die zich in dezelfde, minstens in vergelijkbare omstandigheden bevinden als Total - en Total onverenigbaar is met het gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel zoals vervat in artikelen 10 en 11 van de Grondwet. Het BIPT schendt bovendien de artikelen 5 en 8/1, §1 WEC.

118. Het vierde middel is gegrond.

³⁷ J. THEUNIS, "Het gelijkheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 210.

(b) In ondergeschikte orde

119. Indien Uw Hof de mening zou zijn toegedaan dat het BIPT rechtmatig besliste dat bij het toepassen van artikel 2, 10° en 11° *juncto* 9 WEC het BIPT haar statuut van operator verloren heeft, *quod non*, zou hieruit volgen dat Total een verschil in behandeling dient vast te stellen tussen verschillende ondernemingen met een trunkingnetwerk die hun statuut van operator verloren zijn, waaronder Total en andere ondernemingen die, zoals blijkt op de website van het BIPT, eveneens gebruik maken van trunkingnetwerken maar het statuut van operator behouden hebben.

120. Het onderzoek van de vraag of een verschil in behandeling tussen enerzijds Total, een onderneming met een trunkingnetwerk en anderzijds andere ondernemingen met een trunkingnetwerk gerechtvaardigd is, behoort tot de bevoegdheid van het Grondwettelijk Hof.

121. Total richt dan ook tot Uw Hof het verzoek om in het kader van het beroep tot nietigverklaring met toepassing van het artikel 26, §2, van de Bijzondere wet van 6 januari 1989 op het Grondwettelijk Hof aan het Grondwettelijk Hof de volgende prejudiciële vraag te stellen:

- 1) Schenden de artikelen 2, 10° *juncto* artikel 9 § 1 WEC het gelijkheids-en non-discriminatiebeginsel zoals gewaarborgd door de artikelen 10 en 11 van de Grondwet indien deze zo dienen te worden begrepen dat het BIPT ondernemingen die een trunkingnetwerk uitbaten, verschillend kan behandelen?

II.7 Vijfde middel: schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het zorgvuldigheidsbeginsel met betrekking tot de procedure voor de voorbereiding en de vaststelling van de beslissing; en schending van artikel 14, §1, 3°, a) van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector

122. De beginselen van behoorlijk bestuur kunnen omschreven worden als: "*Algemene rechtsbeginselen die aanwijzingen geven over de wijze waarop bestuursbeslissingen moeten worden genomen en ter kennis gebracht*".³⁸ Het gaat om specifieke beginselen of regels, die kunnen gezien worden als een specificatie van een algemene redelijkheidseis.³⁹ De rechter kan de naleving van deze concrete gedragsvoorschriften controleren.⁴⁰ De beginselen van

³⁸ P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 3 waar verwezen wordt naar J. DE STAERCCKE, *Algemene beginselen van behoorlijk bestuur*, Antwerpen, Kluwer, 2004, 3.

³⁹ P. POPELIER, "Beginselen van behoorlijk bestuur: begrip en plaats in de hiërarchie van de normen" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 3.

⁴⁰ S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER, K.-J. VAN DORMAEL, "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht", *TPR* 2016, 505 waar verwezen wordt naar P. VAN ORSHOVEN, "Algemene rechtsbeginselen, in alle rechtstakken" in X. (eds.),

behoorlijk bestuur gelden als een beperking van de discretionaire bevoegdheid waarover het bestuur kan beschikken.⁴¹ Ze kunnen gezien worden als veruitwendigingen van de vage zorgvuldigheidsnorm zoals vervat in artikel 1382 B.W.⁴² Uit de rechtspraak van de gewone rechter en de Raad van State blijkt dat overheidsgedrag dient getoetst te worden aan het criterium van de normaal voorzichtig handelende overheid.⁴³

123. Een belangrijk beginsel van behoorlijk bestuur is het zorgvuldigheidsbeginsel. Een administratieve overheid dient haar beslissingen zorgvuldig voor te bereiden. Dit doet zij onder andere door voldoende feiten te verzamelen en een grondig onderzoek te voeren.

124. Het nieuwe criterium om te bepalen of een onderneming als operator dient beschouwd te worden onder artikel 2, 10° van de WEC, namelijk het begrip "openbaar beschikbaar aanbieden", wordt niet gedefinieerd in de wetgeving, noch in de Richtlijn. Ook de voorbereidende werken geven op dit vlak geen uitsluitel. Dit betekent dat het BIPT een zorgvuldig onderzoek diende te voeren, alvorens een beslissing in dit kader te nemen. Aangezien de gevolgen voor Total zeer ver gaan, kan niet lichtzinnig over een dergelijke beslissing heen gegaan worden.

125. *In casu* heeft Total helaas moeten vaststellen dat het BIPT zeer onzorgvuldig te werk gegaan is bij de voorbereiding van de bestreden beslissing.

126. Het BIPT is veel te laat begonnen met de voorbereiding van de beslissing. Op 12 september 2017 werd de Wet van 31 juli 2017, waardoor artikel 9 WEC werd gewijzigd, gepubliceerd en zij trad op 22 september 2017 in werking. Pas op 14 november 2018, anderhalf jaar nadat deze wet in werking getreden is, schrijft het BIPT Total aan met de melding dat de Wet van 31 juli 2017 artikel 9 WEC aanvult met een § 8 dat luidt als volgt: "*De onderneming die voor 22 september 2017 een kennisgeving heeft ingediend om operator te worden en die niet langer aan de voorwaarden voldoet om dat te doen, verliest zijn hoedanigheid van operator op 31 december 2018.*". (stuk 3).

Het BIPT stelt dat zij vooruit wenst te lopen op de gevolgen van de wijzigingen en haar informatie wenst bij te werken. Met dit doel verzoekt zij Total om een vragenlijst in te vullen. Total dient de ingevulde vragenlijst terug te bezorgen tegen 30 november 2018. Los van het feit dat aan Total een zeer korte termijn wordt toegekend om de vragenlijst in te vullen, namelijk 16 kalenderdagen, komt deze vraag om informatie van het BIPT wel zeer laat. Het BIPT had de relevante ondernemingen reeds in september 2017, na de publicatie van de Wet van 31 juli 2017, kunnen aanschrijven, maar heeft dit nagelaten. Wel integendeel, het BIPT

Postuniversitaire cyclus Willy Delva. XXIII: De doorwerking van het publiekrecht in het privaatrecht, Gent, Mys & Breesch, 1997, 10.

⁴¹ S. LIERMAN, P.-J. VAN DE WEYER, K.-J. VAN DORMAEL, "Overheidscontracten in het Belgische recht: besturen op de snijlijn van privaat- en publiekrecht", *TPR* 2016, 505.

⁴² K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 107.

⁴³ K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 106.

heeft anderhalf jaar stil gezeten en geen enkele actie in dit kader ondernomen. Een grondiger onderzoek had ongetwijfeld plaats kunnen vinden, wanneer het BIPT deze informatie vroeger had opgevraagd. Het is volstrekt onduidelijk waarom het BIPT niet eerder is begonnen met haar onderzoek en niet eerder informatie heeft opgevraagd of Total gecontacteerd heeft.

127. Dat de nodige informatie veel te laat werd opgevraagd en het BIPT dus uiterst onzorgvuldig is geweest, blijkt eveneens uit de volgende brief die het BIPT aan Total heeft verstuurd met betrekking tot haar statuut van operator (**stuk 5**). Op 13 februari 2019 ontvangt Total een brief van het BIPT waarin opnieuw wordt verwezen naar de wijziging van artikel 9 van de WEC en het BIPT het volgende stelt:

*"Om operator te zijn volstaat het niet meer dat het elektronische-communicatienetwerk het openbaar domein overschrijdt - oude formulering in artikel 9, § 5 - **maar moet het netwerk aan het publiek worden aangeboden** - nieuwe formulering in artikel 9, § 1, wat niet het geval is wanneer het voornamelijk beperkt is tot eigen gebruik.*

*Naar aanleiding van een enquête die u vroeger is toegestuurd en na uw dossier nader te hebben bekeken, stellen wij vast dat uw onderneming **niet meer aan de voorwaarden voldoet** wat het statuut van operator betreft.*

***Bijgevolg gaan we ervan uit dat u uw hoedanigheid van operator hebt verloren op 31 december 2018, overeenkomstig het voormelde artikel 9, § 8.** (stuk 5) (eigen benadrukking).*

128. Volgens het BIPT wordt het netwerk van Total niet "aan het publiek aangeboden" in de zin van de WEC. Bijgevolg is het BIPT van mening dat Total door deze wetswijziging haar hoedanigheid van operator heeft verloren. Verrassend genoeg meldt het BIPT dat Total de hoedanigheid van operator effectief heeft verloren op **31 december 2018**, bijna twee maanden vóór de brief van het BIPT. Van een zorgvuldige administratieve overheid mag verwacht worden dat zij de rechtsonderhorigen informeert op een tijdige manier. Op de administratieve overheid rust immers de verplichting om een zaak binnen een redelijke termijn te onderzoeken en binnen een redelijke termijn te beslissen.⁴⁴ Bovendien dient zij een besluit of wetgevende akte uit te voeren binnen een redelijke termijn.⁴⁵ Overeenkomstig artikel 14, § 1, 3°, a) van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (hierna: "BIPT-wet") dient het BIPT toe te zien op de naleving van de WEC. Het BIPT is zijn verplichting op basis van deze bepaling niet nagekomen, door veel te laat in actie te schieten met betrekking tot de wijzigingen van deze wet.

129. Bovendien stelt het BIPT dat het verlies van het statuut van operator ertoe leidt dat het netwerk van Total van categorie 8b naar categorie 1 zal gaan: *"Dit impliceert ook een wijziging van uw vergunningen inzake netwerken met gedeelde middelen. Het koninklijk besluit van 18 december 2009 betreffende de private radiocommunicatie en de*

⁴⁴ S. DE SOMER; I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, 2017 Intersentia, 112.

⁴⁵ S. DE SOMER; I. OPDEBEEK, *Algemeen bestuursrecht. Grondslagen en beginselen*, 2017 Intersentia, 112.

gebruiksrechten voor vaste netten en netten met gedeelde middelen bepaalt dat de vergunde netwerken en stations voor radiocommunicatie, alsook de houdersvergunningen in een categorie worden gerangschikt. Het verlies van uw statuut van operator leidt ertoe dat uw netwerk van categorie 8b naar categorie 1 zal gaan." (stuk 5) (eigen benadrukking). Ook dit gevolg van de wetswijziging had het BIPT reeds vroeger voorzien en melden. Total wordt plotsklaps geconfronteerd met een situatie die voor haar niet wenselijk en bovendien niet wettelijk is, zoals *supra* werd aangetoond.

130. In diezelfde brief van 13 februari 2019 staat eveneens dat het BIPT binnenkort met Total contact zou opnemen om haar situatie te herbekijken en haar vergunningen dienovereenkomstig aan te passen. Ook dit voorstel komt veel te laat. Het BIPT had de situatie moeten herbekijken met Total vóór het effectief verlies van het statuut als operator op 31 december 2018. Op de administratieve overheid rust immers een informatie-, bijstands- en begeleidingsplicht.⁴⁶ Aan deze informatie- en bijstandsplicht heeft het BIPT *in casu* niet voldaan.

Een bijzonder aspect van de zorgvuldigheid bij de voorbereiding van een beslissing betreft de "feitengaring".⁴⁷ De enquête - of toch de vragen – zijn niet duidelijk, de antwoorden zijn dus ook niet zeer precies te geven. Bovendien blijken er een aantal mogelijkheden, nuances te ontbreken die ervoor zorgen dat de vragenlijsten niet correct, of toch niet met de juiste nuances kunnen ingevuld worden. Dit leidt dan ook al snel tot te kort door de bocht genomen beslissingen. Het BIPT besliste namelijk dat Total niet langer het statuut van operator heeft, gelet op de volgende zaken: "*Derden die toegang willen krijgen tot het netwerk van Total Raffinaderij Antwerpen moeten dit aanvragen bij de telecomafdeling van Total; enkel toestellen die voordien zijn goedgekeurd en geleverd door Total mogen worden gebruikt; het netwerk is voorbehouden voor een beperkte groep personen die vooraf door Total zijn geïdentificeerd; de verhouding intern gebruik/gebruik door derden is hoger dan 50%. Derden hebben daarom geen vrije toegang tot het netwerk van Total Raffinaderij Antwerpen. Dat netwerk wordt bijgevolg niet geheel of hoofdzakelijk gebruikt om openbare elektronische-communicatiediensten aan te bieden.*" (stuk 17).

Nochtans, mocht het BIPT haar feitengaring op minutieuze wijze gedaan hebben en eveneens tijdig, dan zou zij niet tot de conclusie komen dat Total het statuut van operator verloren heeft. Wanneer er bij de voorbereiding van een beslissing sprake is van onvolkomenheden, dan kan dit ook als gevolg hebben dat de motieven waarop de beslissing steunt, gebrekkig

⁴⁶ K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 115, waar verwezen wordt naar W. LAMBRECHTS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deurne, Kluwer, 1993, 34-38.

⁴⁷ K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 115, waar verwezen wordt naar de arresten van de Raad van State nr. 109.262 van 12 juli 2002 en nr. 119.444 van 15 mei 2003. De Raad van State oordeelde dat een foutieve verwerking van de feiten resulteerde in onvolledige dossiers die de basis vormden voor afwijzende beslissingen en vernietigde deze beslissingen wegens schending van het zorgvuldigheidsbeginsel.

zijn.⁴⁸ Zoals *supra* aangegeven steunt het BIPT haar beslissing op foute motieven. Het bepalende criterium om te besluiten of er sprake is van een operator is immers of het netwerk openbaar beschikbaar wordt aangeboden. De feiten en redenen die het BIPT in haar brief van 27 juni 2019 aanhaalt, voldoen niet om te kunnen stellen dat Total geen netwerk aanbiedt dat openbaar beschikbaar is en dat zij bijgevolg het statuut van operator verloren heeft (**stuk 17**). De criteria die het BIPT vooropstelt om te bepalen of een netwerk openbaar beschikbaar wordt aangeboden, staan niet in de wet, noch in de rechtspraak of de rechtsleer maar zijn louter door haar bedacht (zie *supra*). Zij laat na om de redenering hierachter weer te geven. Ook hier kan aan het BIPT onzorgvuldigheid verweten worden. Dit maakt tevens een schending uit van de materiële motiveringsplicht die op het BIPT rust (zie *infra*).

131. Verder beweert het BIPT in haar brief van 27 juni 2016 dat zij de categorie waaronder de vergunning van Total valt, kan wijzigen (**stuk 17**). Het BIPT stelt terzake:

"Omdat het netwerk van Total Raffinaderij Antwerpen een privénetwerk is, zijn de artikelen 5 en 6 van het voormelde koninklijk besluit van 18 december 2009 van toepassing. Deze schrijven voor dat personen die een radiostation willen houden of gebruiken een aanvraag voor vergunning moeten indienen.

Artikel 6 schrijft meer bepaald het volgende voor:

*"§ 1. **Het Instituut onderzoekt de aanvragen voor vergunning** om een privaat radiostation te houden en te gebruiken of om een privaat radionet aan te leggen en te doen werken.*

Het bepaalt de categorie waaronder de vergunning valt".

Het BIPT is dus bevoegd om de categorie te bepalen waaronder een vergunning valt. Er moet worden opgemerkt dat Total Raffinaderij Antwerpen, indien gewenst, kan afzien van zijn privénetwerk. (eigen benadrukking)

132. Nochtans dient het BIPT, zoals in artikel 6 van het KB van 18 december 2019 in § 1 wordt bepaald, eerst **een aanvraag** voor een vergunning om een privaat radiostation te houden of te gebruiken te ontvangen, alvorens zij deze kan onderzoeken. Het BIPT onderzoekt immers slechts de **aanvragen** voor vergunning, niet de bestaande vergunningen voor een openbaar netwerk. Het behoort uitsluitend tot de prerogatieven van de vergunningsaanvrager om een vergunning van een bepaalde categorie aan te vragen. Het BIPT kan niet *motu proprio* een vergunning voor een bepaalde categorie verlenen of in een bepaalde categorie omvormen. Total heeft geen aanvraag ingediend om een vergunning categorie 1 te bekomen. Ook hier is het BIPT opnieuw onzorgvuldig geweest. Sterker nog, zij handelt in strijd met artikel 6 van het KB van 18 december 2019.

⁴⁸ K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 117-118, waar verwezen wordt naar W. LAMBRECHTS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deurne, Kluwer, 1993, 42-43.

133. Er kan dus worden gesteld dat het BIPT de beslissing niet heeft voorbereid of genomen met de nodige zorgvuldigheid, op basis van een grondig onderzoek van de feiten. Zij heeft niet voldaan aan de op haar rustende informatieplicht. Bovendien handelt het BIPT in strijd met artikel 14, §1, 3°, a) van de BIPT-wet en met artikel 6 van het KB van 18 december 2019.

134. Het vijfde middel is bijgevolg gegrond.

II.7.1 Zesde middel: schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder de materiële motiveringsplicht

135. Het beginsel van de materiële motiveringsplicht houdt in dat voor elke administratieve beslissing in rechte en in feite aanvaardbare motieven moeten bestaan. De motieven dienen te steunen op werkelijke bestaande en concrete relevante feiten. Deze dienen met de vereiste zorgvuldigheid te worden vastgesteld. De motieven dienen de verantwoording in rechte van de handeling te dekken.⁴⁹ Wanneer de beslissing steunt op onjuiste of onwettige motieven, dan is er sprake van een schending van de materiële motiveringsplicht.⁵⁰ Ook al beschikt de regulator over een discretionaire bevoegdheid, dan nog dient de beslissing omstandig gemotiveerd te worden. Hierbij dient de regulator aan te geven welke feiten en omstandigheden worden meegewogen en met welke waarde. Daarenboven dient hij weer te geven hoe deze de beslissing kunnen dragen.⁵¹

136. Zoals reeds gesteld, wanneer er bij de voorbereiding van de beslissing sprake is van onvolkomenheden, dan kan dit ook als gevolg hebben dat de motieven waarop de beslissing steunt, gebrekkig zijn.⁵²

137. De administratieve rechter en in dit geval, Uw Hof, dient de juistheid van de motieven te controleren, de relevantie en of zij in rechte toelaatbaar zijn.⁵³ Het Grondwettelijk Hof en het Hof van Cassatie hebben reeds geoordeeld dat een rechter met betrekking tot de discretionaire beslissingen van regulatoren de interne en externe wettigheid van deze beslissingen dient na te gaan en te oordelen of ze gebaseerd zijn op correcte juridische kwalificaties en niet kennelijk onevenredig zijn.⁵⁴ Zowel de externe als de interne legaliteit

⁴⁹ D. MAREEN, "Het motiveringsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 152, waar verwezen wordt naar RvS nr. 100.940, 20 november 2001.

⁵⁰ RvS nr. 222.313, 29 april 2013.

⁵¹ P.-J. VAN DE WEYER, "De rechtspraak van het Marktenhof in het licht van het recht op een effectieve rechtsbescherming", *RDIR - TRNI*, 2018/3, 169 waar verwezen wordt naar L. DE DEYNE, *Markttoezicht in de energiesector: over onafhankelijkheid en verantwoordingsplicht van energieregulatoren*, Antwerpen, Intersentia, 2017, 693.

⁵² K. LEUS, "Het zorgvuldigheidsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 117-118, waar verwezen wordt naar W. LAMBRECHTS, l.c. in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Deurne, Kluwer, 1993, 42-43.

⁵³ D. MAREEN, "Het motiveringsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 153, waar verwezen wordt naar RvS nr. 106.994, 24 mei 2002.

⁵⁴ P.-J. VAN DE WEYER, "De rechtspraak van het Marktenhof in het licht van het recht op een

dient gecontroleerd te worden wanneer de rechtbank de legaliteit van een administratieve beslissing onderzoekt.⁵⁵ Met externe legaliteit worden de vorm en de auteur van de beslissing beoogd. De rechtbank dient na te gaan of de motivering pertinent is en de motieven die gebruikt worden voldoende zijn om de beslissing te dragen.⁵⁶ Met interne legaliteit wordt de inhoud van de beslissing beoogd. De rechtbank dient na te gaan of er in dit kader wetsbepalingen zijn geschonden. Hieronder valt eveneens de controle op de interpretatie van een wettelijk begrip.⁵⁷

138. De administratieve overheid beschikt binnen de grenzen van het wettelijke begrip over een discretionaire beoordelingsbevoegdheid, aldus het Hof van Cassatie.⁵⁸ Het gaat echter niet om een arbitraire bevoegdheid.⁵⁹ Wat onder de beoordelingsbevoegdheid van de administratieve overheid valt, zelfs al gaat het om een, zij het beperkte, discretionaire bevoegdheid, valt ook onder de beoordelingsbevoegdheid van de rechtbank, indien deze met volle rechtsmacht beslist.⁶⁰ Dit is vaststaande cassatierechtspraak.⁶¹

Uw Hof beslist *in casu* met volle rechtsmacht, overeenkomstig artikel 2 § 1 Rechtsmiddelenwet dat bepaalt dat tegen de besluiten van het BIPT een beroep met volle rechtsmacht kan worden ingesteld bij Uw Hof. Dit betekent dat Uw Hof een beoordelingsbevoegdheid heeft over de invulling van de begrippen "openbaar elektronische communicatienetwerk" en "hoofdzakelijk" uit artikel 2, 10° WEC *juncto* artikel 9 § 1 van de WEC door het BIPT. De tekst van de wet en niet de interpretatie die eraan wordt gegeven, heeft rechtsgevolgen. Een rechter is niet gebonden door de interpretatie die door een administratieve overheid aan de tekst wordt gegeven. Een administratieve overheid kan geen "*algemeen dwingende of de rechter verbindende, laat staan authentieke interpretatie geven*"

effectieve rechtsbescherming", *RDIR - TRNI*, 2018/3, 160 waar verwezen wordt naar GwH 7 augustus 2013, nr. 117/2013, § B.36.4; Cass. 23 maart 2017, AR 15.0498.F, 58; Het Europese Hof van Justitie besliste in de zaak Tetra Laval (HvJ 15 februari 2005, nr. C-12/03 P, ECLI:EU:C:2005:87, Commissie/Tetra Laval, § 39) dat wanneer er sprake is van een kennelijke onredelijkheidstoets, de rechter niet enkel de materiële juistheid van de aangevoerde bewijselementen, en de betrouwbaarheid en samenhang ervan, dient te controleren, maar hij moet ook controleren of die elementen het relevante feitenkader vormen voor de beoordeling van een complexe toestand, en of zij de daaruit getrokken conclusies kunnen schragen (P.-J. VAN DE WEYER, "De rechtspraak van het Marktenhof in het licht van het recht op een effectieve rechtsbescherming", *RDIR - TRNI*, 2018/3, 158).

⁵⁵ S. PLAS, "Kwijtschelding nalatigheidsinteressen ingevolge overmacht: een bijzonder geval van rechterlijke toetsing", Cass. 1 december 2016, *Nieuwsbrief Successierechten* 2018, afl. 3, 8.

⁵⁶ S. PLAS, "Kwijtschelding nalatigheidsinteressen ingevolge overmacht: een bijzonder geval van rechterlijke toetsing", Cass. 1 december 2016, *Nieuwsbrief Successierechten* 2018, afl. 3, 9 waar verwezen wordt naar RvS 3 maart 2008, *FJF* 2008, 292.

⁵⁷ S. PLAS, "Kwijtschelding nalatigheidsinteressen ingevolge overmacht: een bijzonder geval van rechterlijke toetsing", Cass. 1 december 2016, *Nieuwsbrief Successierechten* 2018, afl. 3, 9.

⁵⁸ Cass. 10 januari 2014, 62, www.cass.be; Cass. 1 december 2016, 3; S. PLAS, "Kwijtschelding nalatigheidsinteressen ingevolge overmacht: een bijzonder geval van rechterlijke toetsing", Cass. 1 december 2016, *Nieuwsbrief Successierechten* 2018, afl. 3, 4.

⁵⁹ Cass. 10 januari 2014, 62, www.cass.be.

⁶⁰ Cass. 10 januari 2014, 63, www.cass.be.

⁶¹ Cass. 10 januari 2014; Cass. 1 december 2016.

van een wettekst", oordeelde de Raad van State reeds.⁶² De rechter dient te onderzoeken of een wetsbepaling de juiste draagwijdte meekrijgt.⁶³ Het Hof van Cassatie heeft reeds geoordeeld dat een begrip waarvan in de praktijk niet duidelijk was wat hieronder diende te vallen, de administratieve overheid het begrip niet al te strikt mocht invullen.⁶⁴ Uw Hof dient dus eveneens na te gaan of het BIPT de termen niet te beperkend heeft geïnterpreteerd.⁶⁵ In dat geval kan Uw Hof de beslissing immers als onwettig beschouwen.⁶⁶

139. Zoals *supra* uiteengezet, is de beslissing genomen op basis van een foutieve interpretatie van de wet. Het BIPT heeft een interpretatie van de begrippen "openbaar elektronische-communicatienetwerk" en "hoofdzakelijk" uit artikel 2, 10° WEC *juncto* artikel 9 § 1 van de WEC gehanteerd die niet correct is. Zij heeft haar beslissing gebaseerd op elementen die niet in de regelgeving zijn opgenomen en ter zake niet dienend zijn. Het gaat hier dus om een manifeste foute interpretatie van de wet, zoals *supra* werd aangetoond.

140. De motieven dienen gebaseerd te zijn op een juiste wettelijke basis.⁶⁷ Wanneer een beslissing gebaseerd is op elementen die niet in de regelgeving zijn opgenomen, dan is er sprake van een juridische onjuistheid van de motieven.⁶⁸ De motieven zijn dan onrechtmatig en niet "*rechtens dienstig*" aangezien ze niet in rechte aangevoerd kunnen worden.⁶⁹ Zoals *supra* aangegeven steunt het BIPT haar beslissing op onjuiste motieven. De motieven die het BIPT in haar brief van 27 juni 2019 weergeeft, zijn geen juridisch juiste motieven om te kunnen stellen dat Total geen netwerk aanbiedt dat openbaar beschikbaar is en bijgevolg het statuut van operator verloren heeft. De motieven waarop het BIPT haar beslissing steunt en die ze gebruikt bij haar analyse om te bepalen of een netwerk openbaar beschikbaar wordt aangeboden, staan niet in de wet, noch in de rechtspraak of de rechtsleer maar zijn louter door haar bedacht. Het BIPT mag zich, zoals blijkt uit de voorbereidende parlementaire werken, baseren op in andere lidstaten gangbare praktijken. Nochtans zijn haar motieven ook niet gebaseerd, zoals *supra* aangetoond, op buitenlandse praktijken.

⁶² RvS nr. 241.761 12 juni 2018, 21.

⁶³ RvS nr. 241.761 12 juni 2018, 21.

⁶⁴ Cass. 1 december 2016; S. PLAS, "Kwijtschelding nalatigheidsinteressen ingevolge overmacht: een bijzonder geval van rechterlijke toetsing", Cass. 1 december 2016, *Nieuwsbrief Successierechten 2018*, afl. 3, 2.

⁶⁵ S. PLAS, "Kwijtschelding nalatigheidsinteressen ingevolge overmacht: een bijzonder geval van rechterlijke toetsing", Cass. 1 december 2016, *Nieuwsbrief Successierechten 2018*, afl. 3, 9, waar verwezen wordt naar T. DUMONT, "Wanneer is een geval bijzonder genoeg om moratoire interessen kwijt te schelden", in *Nieuwsbrief Successierechten 2007*, afl. 3-4, 7.

⁶⁶ S. PLAS, "Kwijtschelding nalatigheidsinteressen ingevolge overmacht: een bijzonder geval van rechterlijke toetsing", Cass. 1 december 2016, *Nieuwsbrief Successierechten 2018*, afl. 3, 8.

⁶⁷ D. MAREEN, "Het motiveringsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 153.

⁶⁸ D. MAREEN, "Het motiveringsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 153-154, waar verwezen wordt naar RvS nr. 35.871, 27 november 1990.

⁶⁹ D. MAREEN, "Het motiveringsbeginsel" in I. OPDEBEEK, *Beginselen van behoorlijk bestuur*, Brugge, die keure, 2006, 152, waar verwezen wordt naar A. VAN MENSEL, *Het beginsel van behoorlijk bestuur*, Gent, Mys & Breesch, 1997, 39.

141. Uw Hof kan dan ook niet anders dan vaststellen dat de gebruikte motieven juridisch onjuist zijn en dat de beslissing kennelijk onredelijk is. Het BIPT heeft haar materiële motiveringsplicht *in casu* geschonden. Dit wijst niet alleen op een onzorgvuldigheid in hoofde van het BIPT, zoals *supra* aangetoond, maar is eveneens een schending van het motiveringsbeginsel.

142. De foutieve interpretatie van de betekenis van de rechtsregel en het ontbreken van een rechtsregel op basis waarvan een beslissing kan genomen worden, houdt een vorm van machtsoverschrijding in.⁷⁰ *In casu* kan dan ook gesteld worden dat het BIPT haar macht heeft overschreden.

143. Daarenboven heeft het BIPT beslist dat de vergunning van Total van categorie zal veranderen en niet langer tot categorie 8b maar tot categorie 1 zal behoren. Artikel 6, § 1 van het KB van 18 december 2009 stelt echter dat het BIPT slechts de aanvragen onderzoekt: "Het Instituut onderzoekt de aanvragen voor vergunning om een privaat radiostation te houden en te gebruiken of om een privaat radionet aan te leggen en te doen werken. Het bepaalt de categorie waaronder de vergunning valt. (...)". (eigen benadrukking). Nochtans ligt er *in casu* geen aanvraag voor vanwege Total. Het behoort dan ook uitsluitend tot de prerogatieven van de vergunningsaanvrager om een vergunning van een bepaalde categorie aan te vragen. Het BIPT kan niet *motu proprio* een vergunning voor een bepaalde categorie verlenen of in een bepaalde categorie omvormen. Aangezien het in dit geval gaat om een gebonden bevoegdheid, beschikt Uw Hof over een volle redelijkheidstoets.⁷¹ Uw Hof kan dan ook niet anders dan vaststellen dat het BIPT haar beslissing niet kan steunen op artikel 6, § 1 van het KB van 18 december 2009 aangezien zij op basis van dit artikel, en overigens op basis van geen enkele wetsbepaling, niet de bevoegdheid heeft om de vergunning van Total in een andere categorie om te vormen.

144. De beslissing van het BIPT is gebaseerd op een onjuiste interpretatie van de wet en geeft niet de juiste feitelijke en juridische motieven weer. Er is sprake van een schending van de materiële motiveringsplicht.

145. Het zesde middel is bijgevolg gegrond.

⁷⁰ D. BATSELE, T. MORTIER, M. SCARCEZ, "Titel II - De individuele administratieve beslissingen (de administratieve rechtshandelingen)" in *Algemeen Administratief recht*, Brussel, Bruylant, 2012, 543.

⁷¹ P.-J. VAN DE WEYER, "De rechtspraak van het Marktenhof in het licht van het recht op een effectieve rechtsbescherming", *RDIR - TRNI*, 2018/3, 159.

II.8 Zevende middel: schending van de beginselen van behoorlijk bestuur, waaronder het redelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel zoals vervat in de artikelen 5 en 8/1, §1 WEC

146. Overeenkomstig het redelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel dient er geen kennelijke wanverhouding te bestaan tussen de beslissing en de feiten die hieraan ten grondslag liggen.⁷² Wanneer de administratieve overheid haar discretionaire bevoegdheid uitoefent, dan dient zij rekening te houden met dit redelijkheidsbeginsel.⁷³ Maar ook wanneer de administratieve overheid de van toepassing zijnde wetgeving interpreteert, dient zij het redelijkheidsbeginsel te respecteren.⁷⁴ Het redelijkheidsprincipe dient namelijk als een toetssteen voor het interpreteren van wetgeving, zo oordeelde reeds het hof van beroep te Gent.⁷⁵

147. Het BIPT heeft eveneens de verplichting om het proportionaliteitsbeginsel te respecteren op basis van de WEC.

Artikel 5 WEC stelt namelijk: "*Binnen het kader van het uitoefenen van zijn bevoegdheden treft het Instituut alle passende maatregelen om de in de artikelen 6 tot 8 genoemde doelstellingen te verwezenlijken. De maatregelen worden op de aard van het vastgestelde probleem gebaseerd, proportioneel toegepast en gerechtvaardigd. Ze dienen in evenredigheid te zijn met die doelstellingen en leven de beginselen van objectiviteit, transparantie, niet-discriminatie en technologische neutraliteit na.*" (eigen benadrukking)

Daarenboven stelt artikel 8/1, §1 WEC:

"Bij de uitvoering van de taken die krachtens deze wet op het Instituut rusten, ziet het Instituut erop toe dat objectieve, transparante, niet-discriminerende en proportionele regelgevingsbeginselen worden toegepast (...)" (eigen benadrukking)

148. *In casu* is het dan ook onredelijk dat het BIPT de artikelen 2, 10° *juncto* artikel 9 WEC op een wijze interpreteert dat Total niet meer het statuut van operator heeft en een aanvraag voor een vergunning tot een privénetwerk zou moeten indienen. Hierdoor zal de vergunning categorie 8b omgevormd worden naar een vergunning categorie 1. Dit stuit op ernstige operationele moeilijkheden die het crisiscommunicatiesysteem ondergraven en de doelstellingen van het netwerk teniet doen. Private netwerken mogen immers in beginsel, conform artikel 17 van het KB van 18 december 2009, niet met derden worden gedeeld en dit is nu net wat zo belangrijk is voor Total, zoals gezegd in het kader van de noodzaak om in

⁷² A. MAST et al., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Wolters Kluwer, Mechelen, 2017, 70.

⁷³ A. MAST et al., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Wolters Kluwer, Mechelen, 2017, 70.

⁷⁴ A. MAST et al., *Overzicht van het Belgisch administratief recht*, Wolters Kluwer, Mechelen, 2017, 70 waar verwezen wordt naar A. CLAES, "Het 'redelijkheidsprincipe' als nieuwe toetssteen voor de interpretatie van wetgeving", noot onder Gent, 28 oktober 2008, *T.F.R.* 2009, 315-320.

⁷⁵ A. CLAES, "Het 'redelijkheidsprincipe' als nieuwe toetssteen voor de interpretatie van wetgeving", noot onder Gent, 28 oktober 2008, *T.F.R.* 2009, 319.

crisisituatie met deze derden over een betrouwbare communicatie te kunnen blijven beschikken. Indien een afwijking van dit verbod moet worden toegestaan telkens een derde van dit netwerk gebruik wil maken, is dit praktisch onwerkbaar. Hoewel het BIPT afwijkingen van dit verbod kan toestaan, zoals zij zelf benadrukt in haar brief van 27 juni 2019 (stuk 17), geeft deze mogelijkheid geen garantie aan Total dat het BIPT deze afwijkingen effectief zou toestaan, laat staan binnen welke termijn. Het BIPT is immers niet verplicht om toegang te verlenen. Daarnaast hebben bepaalde derden snel toegang nodig tot dit netwerk, bijvoorbeeld in het kader van dringende werkzaamheden, en kunnen zij dus niet wachten op de toegestane afwijking van het BIPT. Ook bij grote onderhouds-, aanpassings- of herstelwerkzaamheden zullen er zich pieken voordoen in het aantal gebruikers. Voor beperkte periodes zullen er dan veel meer radiocommunicatietoestellen (walkie talkies) nodig zijn, voor meer gebruikers. Om hier telkens voor elke derde uitzonderingen te moeten vragen is ondoenbaar. Bijgevolg gaat dit lijnrecht in tegen het doel van een trunkingnetwerk zoals dat van Total, namelijk om veilige communicatie te verzekeren met iedereen die van dit netwerk gebruik wil maken. Op basis van de Seveso wetgeving is Total nochtans verplicht om de alles in het werk te stellen om de veiligheid te bewerkstelligen. Er bestaat momenteel geen enkel valabel alternatief op een dergelijk netwerk, dat dezelfde veiligheids garanties zou bieden (zie *supra*).

149. Bijkomend heeft deze beslissing verregaande financiële gevolgen voor Total, aangezien het jaarlijkse recht dat door Total aan het BIPT verschuldigd is, van drie tot meer dan zes maal zou toenemen, zonder dat de feitelijke situatie van Total gewijzigd is.

150. Meer fundamenteel zou het categoriseren van het netwerk van Total in categorie 1 echter een veralgemening van de uitzondering impliceren, en een uitholling van het verbod die lijnrecht zou ingaan tegen de tekst van het KB van 18 december 2009. Het verbod zou dan immers de uitzondering worden, en de afwijking van dat verbod de regel.

151. Het BIPT schendt het redelijkheidsbeginsel als algemeen beginsel van behoorlijk bestuur en het proportionaliteitsbeginsel zoals vervat in de artikelen 5 en 8/1, §1 WEC door te beslissen dat Total het statuut van operator verliest en haar vergunning categorie 8b omgevormd wordt naar een vergunning categorie 1.

152. Het zevende middel is bijgevolg gegrond.

II.9 Met betrekking tot het nemen van een nieuwe beslissing door Uw Hof

153. Hoewel de Memorie Van Toelichting bij de Rechtsmiddelenwet vermeldt dat het Marktenhof uitspraak kan doen over de zaak zelf en eveneens de beslissing van het BIPT kan vernietigen, sluit dit niet uit dat Uw Hof eveneens een nieuwe beslissing in de plaats van de bestreden beslissing kan nemen. Bovendien verwijst de Franstalige versie van deze Memorie van Toelichting naar een hervormingsbevoegdheid: "*Le recours devant cette dernière étant*

*de pleine juridiction, elle peut donc statuer au fond et réformer la décision de l'Institut."*⁷⁶
(eigen benadrukking)

("Aangezien de vordering voor die laatste volledige rechtsmacht heeft, kan het dus een uitspraak doen over de zaak zelf en de beslissing van het Instituut hervormen." (vrije vertaling)).

154. Uw Hof stelde reeds in verband met de vernietiging van een bestreden beslissing: *"heeft de vernietiging voor gevolg dat noodzakelijkerwijs alleen maar in een bepaalde zin kan worden beslist, zonder dat appreciatie eraan te pas komt, dan kan het hof een beslissing in de plaats stellen".*⁷⁷

155. Uw Hof kan dus niet alleen de voorliggende bestreden beslissing vernietigen en schorsen, maar eveneens vervangen door een nieuwe beslissing.

156. Total vraagt Uw Hof dan ook om een nieuwe beslissing te nemen. *In casu* is het zo dat het vernietigen van de beslissing om Total het statuut van operator te ontnemen en te bepalen dat haar vergunning van categorie 8b naar categorie 1 wijzigt, er alleen maar toe kan leiden dat Total het statuut van operator behoudt en bijgevolg haar vergunning blijft behoren tot categorie 8b. Uw Hof is dus gemachtigd om deze beslissing te nemen, aangezien alleen in deze zin beslist kan worden bij een vernietiging van de bestreden beslissing en er geen andere opties meer voorliggen.

II.10 Met betrekking tot de schorsing

157. Overeenkomstig artikel 2 § 4 Rechtsmiddelenwet kan het hof van beroep de tenuitvoerlegging van de beslissing van het BIPT schorsen tot op de dag van de uitspraak van het arrest. Deze schorsing kan slechts bevolen worden wanneer er ernstige middelen worden ingeroepen die de vernietiging van de bestreden beslissing kunnen rechtvaardigen en op voorwaarde dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beslissing ernstige en moeilijk te herstellen gevolgen kan hebben voor de betrokkene.

158. *In casu* zijn er ernstige middelen voorhanden die een vernietiging van de bestreden beslissing rechtvaardigen. Het BIPT hanteert een geheel eigen interpretatie van de artikelen 2, 10° *juncto* 9 WEC met als gevolg dat Total niet langer als operator wordt beschouwd. Dit betekent dat zij een vergunning voor een privénetwerk zal dienen aan te vragen. Hoewel het BIPT reeds heeft beslist dat haar vergunning onder categorie 1 valt, is deze beslissing *contra*

⁷⁶ Memorie van toelichting bij het wetsontwerp met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, *Parl.St.* Kamer 2001-02, nr. 1947/1, 24; P.-J. VAN DE WEYER, "De rechtspraak van het Marktenhof in het licht van het recht op een effectieve rechtsbescherming", *RDIR - TRNI*, 2018/3, 157.

⁷⁷ P.-J. VAN DE WEYER, "De rechtspraak van het Marktenhof in het licht van het recht op een effectieve rechtsbescherming", *RDIR - TRNI*, 2018/3, 164 waar verwezen wordt naar Brussel 12 november 2014, 2011/AR/2289 e.v., § 178.

legem, aangezien Total nog geen aanvraag heeft ingediend kon het BIPT deze beslissing nog niet nemen. Het BIPT onderzoekt immers de aanvragen en hiervoor dient er een effectieve aanvraag geweest te zijn, *quod non*.

159. De onmiddellijke tenuitvoerlegging van de beslissing heeft ernstige en moeilijk te herstellen gevolgen voor Total. Wanneer Total niet langer het statuut van operator heeft en bijgevolg niet meer beschikt over een openbaar netwerk, zal haar vergunning immers niet langer onder categorie 8b vallen. Dit brengt ernstige operationele moeilijkheden mee met een potentieel veiligheidsrisico. Overeenkomstig artikel 17 van het KB van 18 december 2009 mogen private netwerken niet met derden worden gedeeld. Een afwijking van het verbod kan gevraagd worden, maar praktisch is dit niet werkbaar. Bovendien heeft Total geen garantie dat het BIPT deze afwijkingen effectief zou toestaan, laat staan binnen welke termijn. Het BIPT is immers niet verplicht om toegang te verlenen. Ten slotte bestaat er geen enkel waardig alternatief voor een trunkingnetwerk zoals dat van Total, dat ervoor dient om de veilige en betrouwbare communicatie te verzekeren. Met een ander netwerk kunnen dezelfde betrouwbaarheid niet gegarandeerd worden. Als Seveso bedrijf is het voor Total essentieel om te allen tijde te kunnen beschikken over een betrouwbaar communicatienetwerk, o.a. om ongelukken en incidenten te kunnen voorkomen. Wanneer er bijgevolg een ramp of noodgeval plaatsvindt en de communicatie niet naar behoren functioneert, kan dit er mogelijk toe leiden dat de gevolgen voor mens en milieu misschien niet efficiënt en snel beperkt kunnen worden. In de huidige maatschappelijke context, waarin ook gevaren van terrorisme om de hoek loeren met de haven van Antwerpen en de daarin gevestigde bedrijven als een gemakkelijk doelwit, kan geen enkel risico met betrekking tot betrouwbare en goed werkende communicatie genomen worden. Snelle acties zijn dan immers cruciaal.

160. Ten slotte zou het jaarlijkse recht dat door Total aan het BIPT verschuldigd is, van drie tot meer dan zes maal toenemen, terwijl de feitelijke situatie van Total ongewijzigd blijft. De financiële gevolgen voor Total zijn dus aanzienlijk.

161. Er is derhalve sprake van een ernstig en moeilijk te herstellen nadeel in hoofde van Total overeenkomstig artikel 2 § 4 Wet van 17 januari 2003. In dit kader vraagt Total de schorsing van de beslissing van 27 juni 2019 van het BIPT en ondergeschikt van de beslissing van 13 februari 2019 van het BIPT tot en met een definitieve vernietigingsbeslissing.

* *
*

OM DEZE REDENEN

BEHAGE HET HOF VAN BEROEP te Brussel, sectie Marktenhof,

- Akte te nemen van onderhavig verzoekschrift;
- Het beroep van verzoekster ontvankelijk en gegrond te verklaren en vervolgens,

Alvorens recht te doen

- De tenuitvoerlegging van de beslissing van het BIPT van 27 juni 2019 betreffende het verlies van het statuut van operator door Total en het toekennen van een vergunning categorie 1 te schorsen tot en met een definitieve vernietigingsbeslissing.

Ten gronde

- De beslissing van het BIPT van 27 juni 2019 betreffende het verlies van het statuut van operator door Total en het toekennen van een vergunning categorie 1 te vernietigen en te vervangen door de beslissing dat het Total het statuut van operator behoudt, alsook haar vergunning categorie 8b.

In ondergeschikte orde;

Alvorens recht te doen

- De tenuitvoerlegging van de beslissing van het BIPT van 13 februari 2019 betreffende het verlies van het statuut van operator door Total en het toekennen van een vergunning categorie 1 te schorsen tot en met een definitieve vernietigingsbeslissing.

Ten gronde

- De beslissing van het BIPT van 13 februari 2019 betreffende het verlies van het statuut van operator door Total en het toekennen van een vergunning categorie 1 te vernietigen en te vervangen door de beslissing dat het Total het statuut van operator behoudt, alsook haar vergunning categorie 8b.

In meer ondergeschikte orde;

Ten gronde

- De volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof:

1) Schenden de artikelen 2, 10° *juncto* artikel 9 §1 WEC het gelijkheids-en non-discriminatiebeginsel zoals gewaarborgd door de artikelen 10 en 11 van de Grondwet indien deze zo dienen te worden begrepen dat het BIPT ondernemingen die een trunkingnetwerk uitbaten en zich in gelijke omstandigheden bevinden, verschillend kan behandelen?

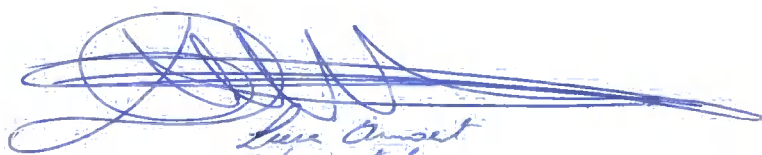
In elk geval,

- De kosten, met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding, ten laste te leggen van de verwerende partij.

Brussel, 23 augustus 2019,

Voor de verzoekende partij,

Haar raadslieden,



BOB MARTENS
Advocaat



Alexis FIERENS loco
KRISTOF DE VULDER
Advocaat

Bijlage: Inventaris van de stukken

INVENTARIS VAN DE STUKKEN

1. Bewijs van kennisgeving van het aanbieden door Total van elektronische communicatieactiviteiten van het BIPT van 24 juli 2013
2. Besluit van de Raad van het BIPT van 16 april 2013 betreffende de toekenning aan NV Total Raffinaderij Antwerpen van een vergunning voor de exploitatie van een openbaar trunkingnetwerk voor radiocommunicatie op basis van de TETRA-norm.
3. Schrijven van het BIPT aan Total van 14 november 2018.
4. Vragenlijst zoals ingevuld door Total met bijlage.
5. Schrijven van het BIPT aan Total van 13 februari 2019.
6. Email van het BIPT aan Total van 22 maart 2019.
7. Email van Total aan het BIPT van 22 maart 2019.
8. Email van het BIPT aan Total van 26 maart 2019.
9. Schrijven van het BIPT aan Total van 29 maart 2019 met als bijlage een aanvraagformulier voor het bekomen van een machtiging voor het gebruik van private radiocommunicatiestations.
10. Email van Total aan het BIPT van 1 april 2019.
11. Email van het BIPT aan Total van 2 april 2019.
12. Email van Total aan het BIPT van 29 april 2019.
13. Email van het BIPT aan Total van 30 april 2019.
14. Brief van het BIPT aan Total van 30 april 2019.
15. Schrijven van de raadslieden van Total aan het BIPT van 5 juni 2019.
16. Email van het BIPT aan de raadslieden van Total van 19 juni 2019.
17. Schrijven van het BIPT aan Total van 27 juni 2019.