



B I P T

**BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN
EN TELECOMMUNICATIE**

**VERTALING VAN DE NIET-VERTROUWELIJKE VERSIE VAN HET
BESLUIT VAN DE RAAD VAN HET BIPT
VAN 9 JANUARI 2018
MET BETREKKING TOT HET OPLEGGEN VAN EEN ADMINISTRATIEVE
BOETE AAN GRIDMAX BVBA WEGENS NIET-NALEVING VAN HET BESLUIT
VAN DE RAAD VAN HET BIPT VAN 17 AUGUSTUS 2016 BETREFFENDE DE
TOEKENNING AAN GRIDMAX VAN GEBRUIKSRECHTEN IN DE
FREQUENTIEBAND 3,5 GHZ VOOR DE LEVERING VAN ELEKTRONISCHE-
COMMUNICATIEDIENSTEN OP HET BELGISCHE GRONDGEBIED**

INHOUDSOPGAVE

1. Inleiding.....	3
1.1. CONTEXT	3
1.2. RETROACTA	3
1.3. WETTELIJK KADER.....	4
2. Analyse van het BIPT.....	4
2.1. MEEGEDEELDE GRIEF.....	4
2.2. STANDPUNT VAN GRIDMAX OVER DE MEEGEDEELDE GRIEF	6
2.3. BEOORDELING DOOR HET BIPT	6
2.4. CONCLUSIE OVER DE NALEVING VAN HET BESLUIT VAN HET BIPT VAN 17 AUGUSTUS 2016	6
3. Motivering van het BIPT wat betreft het bevel om een eind te maken aan de overtreding	6
4. Motivering van het BIPT betreffende het opleggen van de boete en de bepaling van het bedrag ervan	6
4.1. BEOORDELING DOOR HET BIPT	6
4.2. BEOOGD BEDRAG VAN DE ADMINISTRatieve BOETE MEEGEDEELD AAN GRIDMAX	6
4.3. BEREKENING VAN DE ADMINISTRatieve BOETE.....	6
4.3.1. <i>Bepaling van het basisbedrag</i>	7
4.3.2. <i>Boeteverhogende en boeteverlagende factoren</i>	8
4.3.3. <i>Noodzaak om de boete een ontmoedigend karakter te geven</i>	8
4.3.4. <i>Wettelijk maximum van de boete</i>	8
5. Samenwerkingsakkoord	8
6. Besluit.....	9
7. Beroepsmogelijkheden.....	9

1. Inleiding

1.1. Context

Met het besluit van de Raad van het BIPT van 17 augustus 2016 *betreffende de toekenning aan Gridmax van gebruiksrechten in de frequentieband 3,5 GHz voor de levering van elektronische-communicatiediensten op het Belgische grondgebied* (vrij vertaald) (hierna “besluit van 17 augustus 2016”) is het frequentieblok 3430-3450/3530-3550 MHz toegewezen aan Gridmax bvba (hierna “Gridmax”) op basis van het koninklijk besluit van 24 maart 2009 *betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 3410-3500 / 3510-3600 MHz en 10150-10300 / 10500-10650 MHz* (hierna “koninklijk besluit van 24 maart 2009”). Dat besluit bevat in bijlage 1 de lijst van de gemeenten waarin de gebruiksrechten gelden en in bijlage 2 de verplichtingen in termen van uitgerolde capaciteit die Gridmax moet nakomen. Deze gebruiksrechten zijn geldig tot 6 maart 2021.

Dit besluit heeft betrekking op een inbreuk door Gridmax op het besluit van 17 augustus 2016.

1.2. Retroacta

Op 7 maart 2011 heeft het BIPT gebruiksrechten in de 3,5 GHz-frequentieband verleend aan Gigaweb bvba (verder “Gigaweb”). In het kader van zijn kandidatuur had Gigaweb verbintenissen in termen van uitgerolde capaciteit aangegaan.

Tweemaal heeft het BIPT overwogen¹ om de gebruiksrechten van Gigaweb in te trekken. Gigaweb had de frequenties immers niet in gebruik genomen.

Tijdens de vergadering van 2 september 2015 had Gigaweb een tijdschema voorgesteld voor de uitrol van zijn radiotoegangsnetwerk. In dat tijdschema werd het volgende vastgelegd:

- de apparatuur wordt eind september 2015 besteld;
- de apparatuur wordt eind november 2015 in ontvangst genomen en gecontroleerd;
- de dienst is eind februari 2016 commercieel beschikbaar.

In zijn brief van 18 september 2015 stemde het BIPT ermee in om Gigaweb uitstel te geven voor de ingebruikneming van de frequenties, voor zover het tijdschema dat Gigaweb had voorgelegd, in acht werd genomen.

Op 26 november 2015 heeft Gigaweb het BIPT gemeld dat het zijn gebruiksrechten in de 3,5 GHz-frequentieband wenste over te dragen aan Gridmax. Het BIPT is akkoord² gegaan met het verzoek tot overdracht van de gebruiksrechten van Gigaweb naar Gridmax. Krachtens de overdrachtsovereenkomst tussen Gigaweb en Gridmax heeft de overdracht plaatsgevonden op 20 augustus 2016. Het besluit van 17 augustus 2016 bepaalt dat Gridmax de verbintenissen moet nakomen die door Gigaweb aangegaan zijn in het kader van zijn kandidatuur.

In zijn brief van 7 juni 2017 heeft het BIPT aan Gridmax gevraagd om mee te delen hoe het de engagementen aangegaan door Gigaweb in het kader van zijn kandidatuur nakwam. Gridmax heeft op die brief geantwoord op 22 juni 2017. Volgens de inlichtingen verstrekt door Gridmax *[weglating vertrouwelijke passage]*.

¹ Eerste ontwerpbesluit naar Gigaweb verzonden op 30 april 2014 en tweede ontwerpbesluit naar Gigaweb verzonden op 17 juli 2015.

² Besluit van de Raad van het BIPT van 20 juli 2016 betreffende het verzoek om overdracht van de gebruiksrechten van Gigaweb aan Gridmax.

Met de brief van 14 september 2017 heeft het BIPT zijn bezwaren meegedeeld aan Gridmax wat betreft de niet-naleving door Gridmax van het besluit van het BIPT van 17 augustus 2016. Het BIPT heeft daarin vastgesteld dat er een reeks aanwijzingen waren in de zin van artikel 21 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (verder "statuutwet", zie verder) die erop duiden dat Gridmax zijn verbintenissen, zoals vermeld in bijlage 2 bij het besluit van het BIPT van 17 augustus 2016, niet nakwam. Gridmax heeft op 13 oktober 2017 per e-mail op deze brief met grieven gereageerd, alsook tijdens de hoorzitting van 20 oktober 2017.

1.3. Wettelijk kader

Artikel 21, § 5, van de statuutwet voorziet in maatregelen die de Raad van het BIPT kan aannemen indien hij besluit tot het bestaan van een inbreuk op de wetgeving of reglementering waarvan het Instituut de naleving controleert of op de besluiten genomen door het Instituut ter uitvoering van die wetgeving of reglementering.

De maatregelen die de Raad van het BIPT kan aannemen zijn de volgende:

- het bevel om een eind te maken aan de overtreding, hetzij onmiddellijk, hetzij binnen de redelijke termijn die hij bepaalt, voor zover deze overtreding niet is stopgezet;
- voorschriften in verband met de manier waarop de overtreding ongedaan moet worden gemaakt;
- de betaling binnen de termijn bepaald door de Raad van een administratieve boete die aan de Schatkist toekomt;
- het bevel om de levering van een dienst of dienstenpakket die bij voortzetting zou leiden tot een aanzienlijke verstoring van de mededinging, te staken of op te schorten zolang de toegangsverplichtingen die na een marktanalyse uitgevoerd overeenkomstig de wet van 13 juni 2005 *betreffende de elektronische communicatie* zijn opgelegd, niet worden nageleefd op de wijze bepaald door de Raad.

2. Analyse van het BIPT

2.1. Meegedeelde grief

De motivering ten gronde van de meegedeelde grief en die de basis van dit besluit vormt, is de volgende (*vrije vertaling uit het Frans*):

"4. Grieven

4.1. *Verplichtingen die Gridmax moet nakomen*

Ter herinnering: de verplichtingen die Gigaweb in het kader van zijn kandidatuur had aangegaan, waren de volgende:

Gemeente	Totale capaciteit (in Mbps) beschikbaar in deze gemeente vanaf		
	7 maart 2012	7 maart 2013	vrijdag 7 maart 2014
BIEVRE	20	40	60
BOUILLON	20	40	60
GEDINNE	20	40	60
VRESSE-SUR-SEMOIS	20	40	60

Gridmax is dus verplicht om een capaciteit uit te rollen van ten minste 60 Mbps in elk van de vier gemeenten (BIEVRE, BOUILLON, GEDINNE en VRESSE-SUR-SEMOIS).

4.2. Capaciteit uitgerold door Gridmax

[weglating vertrouwelijke passage]

In de onderstaande tabel is een vergelijking te zien tussen de verplichtingen die Gridmax moet nakomen en de capaciteit die momenteel door Gridmax is uitgerold.

	Verplichtingen	Uitrol
BIEVRE	60	[weglating vertrouwelijke passage]
BOUILLON	60	[weglating vertrouwelijke passage]
GEDINNE	60	[weglating vertrouwelijke passage]
VRESSE-SUR-SEMOIS	60	[weglating vertrouwelijke passage]

Het is duidelijk dat Gridmax de verbintenissen aangegaan door Gigaweb in het kader van diens kandidatuur niet nakomt.

4.3. Conclusie

Aangezien het besluit van 17 augustus 2016 voorschrijft dat Gridmax verplicht is om de verbintenissen aangegaan door Gigaweb in het kader van zijn kandidatuur na te komen, bestaan er een reeks aanwijzingen die erop kunnen duiden dat Gridmax zijn verplichtingen die vermeld zijn in bijlage 2 bij het besluit van de Raad van het BIPT van 17 augustus 2016, niet vervult. Het BIPT deelt aan Gridmax de volgende grief mee: de niet-naleving van het besluit van 17 augustus 2016.

2.2. Standpunt van Gridmax over de meegedeelde grief

[weglating vertrouwelijke passage]

2.3. Beoordeling door het BIPT

Uit de reactie van Gridmax blijkt dat maar in 2 van de 4 gemeenten in kwestie de vereiste capaciteit volgens het besluit van het BIPT van 17 augustus 2016 voorzien wordt.

2.4. Conclusie over de naleving van het besluit van het BIPT van 17 augustus 2016

Wat betreft de niet-naleving van het besluit van het BIPT van 17 augustus 2016, blijft de situatie dus ongewijzigd in vergelijking met het moment waarop de grieven zijn meegedeeld: de capaciteit die vereist is voor 2 gemeenten is niet beschikbaar.

3. Motivering van het BIPT wat betreft het bevel om een einde te maken aan de overtreding

In zijn e-mail van 13 oktober 2017 en op de hoorzitting van 20 oktober 2017 geeft Gridmax aan dat het tegen 30 november 2017 een einde zal hebben gemaakt aan de overtreding.

De voorgenomen termijn van vier maanden uit de brief met grieven om een einde te maken aan de overtreding is dus nog steeds heel redelijk. Vandaar legt het BIPT een termijn op van vier maanden om een einde te stellen aan de overtreding.

4. Motivering van het BIPT betreffende het opleggen van de boete en de bepaling van het bedrag ervan

4.1. Beoordeling door het BIPT

Krachtens artikel 13, 1°, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna WEC) is het BIPT verantwoordelijk voor het beheer van het spectrum van de radiofrequenties. Om het efficiënte gebruik van de radiofrequenties te bevorderen, acht het BIPT het belangrijk om een ondermaatse benutting van de frequenties die toegewezen zijn in de 3,5 GHz-band te bestraffen. Gelet op het belang van die band (zie hieronder het punt “Ernst van de overtreding”) is het BIPT van oordeel dat een administratieve boete moet worden opgelegd.

4.2. Beoogd bedrag van de administratieve boete meegedeeld aan Gridmax

Op basis van de redenering, opgenomen in punt 5.3 van de brief met grieven van het BIPT van 14 september 2017 heeft het BIPT aan Gridmax een beoogd bedrag van de administratieve geldboete meegedeeld van 2.718,9 euro.

4.3. Berekening van de administratieve boete

Het BIPT meent dat het gepast en evenredig is om als uitgangspunt voor de bepaling van een administratieve boete een basisbedrag te nemen dat afhankelijk is van de ernst en de duur van de overtreding. Bijgevolg is het gepast en evenredig om dit bedrag aan te passen op basis van de concrete gedragingen van de overtreder in het dossier, door het in rekening brengen van boeteverhogende en -verlagende factoren. Via deze oefening past het te kijken of het boetebedrag aangepast moet worden om prikkels te creëren met het oog op disciplineren of ontmoediging van het gedrag van de overtreder. Tot slot gaat het BIPT na of het bedrag het wettelijk vastgestelde maximum niet overschrijdt.

4.3.1. Bepaling van het basisbedrag

Om het basisbedrag van de administratieve boete te bepalen houdt het BIPT rekening met de onderstaande elementen:

A. Omzet op de betrokken markt

Artikel 21, § 5, 2°, van de statutwet spreekt van een omzet van de overtreder "*gedurende het jongste volledige boekjaar in de sector voor elektronische communicatie*". Op 8 augustus 2017 heeft Gridmax aan het BIPT zijn omzet voor het jaar 2016 meegedeeld. Die bedroeg 67.137,5 euro. Het BIPT houdt met die omzet rekening voor de berekening van de administratieve geldboete voor Gridmax.

B. Duur van de overtreding

Gridmax was verplicht om de verbintenissen vastgelegd in het besluit van 17 augustus 2016 na te komen sedert de dag van de overdracht, d.i. 20 augustus 2016. Het BIPT bepaalt de duur van de overtreding op een jaar en twee maanden, namelijk tot op het moment van de hoorzitting, met dien verstande dat de overtreding op dat ogenblik nog niet was gestopt.

C. Ernst van de overtreding

De ernst van de inbreuk kan worden beoordeeld rekening houdende met de manier waarop deze een invloed heeft op de verwezenlijking van de hoofddoelstellingen die door het regelgevingskader worden beoogd, zoals de bevordering van de concurrentie en de bescherming van de belangen van de gebruikers.

Door zijn verbintenissen niet na te komen wat betreft de beschikbaarstelling van een bepaalde capaciteit in 4 gemeenten, belet Gridmax de toegang voor potentiële gebruikers tot een groter aanbod en meer concurrentie in de sector.

In zijn advies ³dat aangenomen is op 9 november 2016 meent de RSPG⁴ dat de 3400-3800 MHz-band een primordiale band is om 5G in Europa te introduceren, zelfs vóór 2020. Voor de RSPG heeft deze band het potentieel om van Europa de voorhoede te maken van de 5G-uitrol. Dat advies van de RSPG heeft uiteraard belangrijke repercussies voor de interesse van de markt voor de 3400-3800 MHz-band. Het frequentieblok 3430-3450/3530-3550 MHz dat toegewezen is aan Gridmax, maakt deel uit van die band. Gelet op het strategische belang van de 3400-3800 MHz-band voor de invoering van 5G, is het bijzonder belangrijk dat de gebruiksrechten voor deze band niet onderbenut blijven. Doordat Gridmax zijn verbintenissen niet nakomt, laat het dus hoogwaardige radiofrequenties onderbenut.

Het feit is dat Gridmax zijn verplichtingen vervult in de helft van de betrokken gemeenten (2 van de 4). Gelet op de locatie van deze gemeenten zijn minder gebruikers betrokken dan bijvoorbeeld in geval van grote steden.

In het kader van de beoordeling van het belang van de overtreding houdt het BIPT ook rekening met het absolute cijfer dat voortvloeit uit de toepassing van een bepaald percentage. Het is immers noodzakelijk dat dit cijfer zin heeft en bijvoorbeeld niet een paar tientallen euro als resultaat oplevert.

³ RSPG Opinion on spectrum related aspects for next-generation wireless systems (5G).

⁴ Adviesgroep inzake radiospectrumbeleid opgericht bij Besluit 2002/622/EG van de Commissie van 26 juli 2002 tot oprichting van een Beleidsgroep Radiospectrum.

Rekening houdende met de voorgaande elementen gaat het hier om een ernstige overtreding. Daarom vindt het BIPT het evenredig om een percentage in aanmerking te nemen van 4,5% van de omzet wat betreft de ernst van de overtreding.

D. Conclusie

Het BIPT neemt een basisbedrag in aanmerking van 3.522 euro (4,5% x 67.137,5 euro x 1,166 jaar, afgerond).

4.3.2. Boeteverhogende en boeteverlagende factoren

A. Verzwarende omstandigheden

Er zijn in dit geval geen verzwarende omstandigheden.

B. Verzachtende omstandigheden

Het feit dat de frequenties van de 3400-3800 MHz-band, toen ze werden toegewezen aan Gridmax, nog niet hetzelfde belang hadden als vandaag, kan in beschouwing worden genomen als een verzachtende omstandigheid.

C. Conclusie

Aangezien een verzachtende omstandigheid in aanmerking kan worden genomen, wordt het basisbedrag verminderd met 10%, waardoor het na afronding neerkomt op 3.169 euro.

4.3.3. Noodzaak om de boete een ontmoedigend karakter te geven

Eén van de functies van de boete bestaat erin de overtreder ertoe aan te zetten om een eind te maken aan de overtreding. Het BIPT vindt dat het bedrag van 3.169 euro in dit geval een ontmoedigend karakter heeft.

4.3.4. Wettelijk maximum van de boete

Krachtens artikel 21, § 5, 2°, van de statuutwet mag het maximumbedrag van de boete gaan tot 5% van de omzet van de overtreder. In dit geval komt dat neer op 3.356,875 euro, zodat het bedrag van 3.169 euro dus onder dat wettelijke maximum ligt.

5. Samenwerkingsakkoord

Overeenkomstig de procedure beschreven in artikel 3, eerste en tweede lid, van het samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 heeft het BIPT het ontwerp van dit besluit verzonden naar de gemeenschapsregulators:

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

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

Zowel de CSA, de Medienrat als de VRM hebben laten weten geen opmerkingen te hebben bij het ontwerpbesluit.

6. Besluit

Gelet op het besluit van de Raad van het BIPT van 17 augustus 2016 *betreffende de toekenning aan Gridmax van gebruiksrechten in de frequentieband 3,5 GHz voor de levering van elektronische-communicatiediensten op het Belgische grondgebied* (vrij vertaald) en gelet op artikel 21 van de statuutwet, na Gridmax naar behoren schriftelijk en mondeling te hebben gehoord:

- stelt het BIPT vast dat Gridmax niet voldoet aan zijn verbintenissen vermeld in bijlage 2 bij het besluit van de Raad van het BIPT van 17 augustus 2016 *betreffende de toekenning aan Gridmax van gebruiksrechten in de frequentieband 3,5 GHz voor de levering van elektronische-communicatiediensten op het Belgische grondgebied*;
- beveelt het BIPT Gridmax om binnen vier maanden een eind te maken aan de overtreding;
- legt het BIPT Gridmax een administratieve boete op van 3.169 euro;
- beveelt het BIPT Gridmax dat bedrag te betalen binnen 60 dagen na de ontvangst van dit besluit via overschrijving op het rekeningnummer met IBAN-code: BE63 6792 0058 7108 - BIC: PCHQBEBB op naam van de FOD Economie - Algemene ontvangstenrekening, met als mededeling "Boete BIPT aan Gridmax wegens niet-naleving van het besluit van 17 augustus 2016".

7. Beroepsmogelijkheden

Overeenkomstig artikel 2, § 1 van de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector hebt u de mogelijkheid om tegen dit besluit beroep in te stellen bij het Marktenhof, Poelaertplein 1, B-1000 Brussel. Het beroep wordt, op straffe van nietigheid die ambtshalve wordt uitgesproken, ingesteld door middel van een ondertekend verzoekschrift dat wordt ingediend ter griffie van het hof van beroep van Brussel binnen een termijn van zestig dagen na de kennisgeving van het besluit of bij gebreke aan een kennisgeving, na de publicatie van het besluit of bij gebreke aan een publicatie, na de kennisname van het besluit.

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

Axel Desmedt
Lid van de Raad

Jack Hamande
Lid van de Raad

Luc Vanfleteren
Lid van de Raad

Michel Van Bellinghen
Voorzitter van de Raad