

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

nr. 215.194 van 19 september 2011
in de zaak A. 193.226/IX-7011

In zake : de NV EVONET BELGIUM
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Pierre De Bandt en Peter Teerlinck
kantoor houdend te 1000 Brussel
Clovislaan 18
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen :

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
voor Ondernemen en Vereenvoudigen
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sébastien Depre en Kamain Man
kantoor houdend te 1050 Brussel
Louizalaan 240
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 15 juni 2009, strekt tot de nietigverklaring van het koninklijk besluit van 24 maart 2009 betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 3410-3500/3510-3600 MHz en 10150-10300/ 10500-10650 MHz.

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij heeft een verzoek tot voortzetting van het geding en een laatste memorie ingediend. De verwerende partij heeft een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 6 juni 2011.

Kamervoorzitter André Vandendriessche heeft verslag uitgebracht.

Advocaten Pierre De Bandt en Peter Teerlinck, die verschijnen voor de verzoekende partij, en advocaten Sébastien Depre en Kamain Man, die verschijnen voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Auditeur Alexander Van Steenberge heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Regelmatigheid van de rechtspleging

Standpunt van de verzoekende partij

3. Nadat de verwerende partij een regelmatige laatste memorie heeft ingediend, heeft de verzoekende partij een laatste memorie ingediend waarin zij een nieuw middel aanvoert dat naar eigen zeggen van openbare orde is. De verwerende partij heeft daarop een “memorie in antwoord op het nieuw middel van de verzoekende partij” -een tweede laatste memorie- ingediend, alsmede een

nieuw aan het administratief dossier toe te voegen stuk 11bis “Advies van het BIPT”.

4. Met een brief van 1 februari 2011 vraagt de verzoekende partij enerzijds om die tweede laatste memorie uit de debatten te weren, omdat het een niet door het algemeen procedurereglement voorzien stuk is en anderzijds om het nieuw neergelegde stuk 11bis uit de debatten te weren omdat het laattijdig is overgemaakt. Zij vraagt dat in dat verband toepassing gemaakt zou worden van artikel 21, derde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

Beoordeling

5. Gewis is de door de verwerende partij ingediende tweede laatste memorie geen door het algemeen procedurereglement voorzien stuk zodat zij in beginsel uit de debatten moet worden geweerd. Er dient te dezen evenwel acht geslagen te worden op de omstandigheid dat de verwerende partij, gelet op artikel 14, tweede lid, van het procedurereglement -dat voorziet in een parallelle wisseling van de laatste memories door de partijen- niet in de gelegenheid is gesteld om een repliek te geven op de door de verzoekende partij in haar laatste memorie aangebrachte nieuwe elementen. De rechten van verdediging in hoofde van de verwerende partij vereisen evenwel dat zij daartoe de kans krijgt en met het oog daarop het administratief dossier kan vervolledigen. In verband met het door de verwerende partij neergelegde stuk 11bis moet overigens worden vastgesteld dat dit stuk zich reeds in het administratief dossier bevond, weze het dat het een ontwerpdocument betrof waar thans een ondertekende en gedateerde definitieve versie van wordt bijgebracht. Er is dan ook geen grond om toepassing te maken van artikel 21, derde lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State; de verwerende partij heeft immers tijdig het administratief dossier toegestuurd en vervolgens aangevuld.

6. Er is geen reden om de tweede laatste memorie en het stuk 11bis uit de debatten te weren.

IV. Vertrouwelijkheid van de stukken

Standpunt van de partijen

7. De verwerende partij roept de vertrouwelijkheid in van de stukken 4.a, 4.b, 4.c en 4.h van het administratief dossier -het betreft bijdragen van operatoren en instanties die hebben deelgenomen aan de openbare raadpleging- en voorts van stuk 3 -de mailuitwisseling tussen het BIPT en de verzoekende partij betreffende de berekening van de vergoeding volgens het oude en het nieuwe tariefmodel-. Zij laat gelden dat het om professionele of zakelijke briefwisseling gaat waarvan de auteurs hebben gewild dat het BIPT deze vertrouwelijk zou behandelen en dat ze derhalve niet aan derden kan worden meegedeeld. Zij verwijst in dat verband naar artikel 22 van de Grondwet, artikel 8 EVRM, artikel 6, § 2, 1°, van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur en naar het beroepsgeheim waarvan sprake in artikel 23 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (hierna: de wet van 17 januari 2003).

8. De verzoekende partij vraagt in haar memorie van wederantwoord dat de Raad van State in een tussenarrest zou bevelen dat zij kennis en afschrift mag nemen van de als vertrouwelijk bestempelde stukken en na kennisname ervan in de gelegenheid gesteld zou worden om een aanvullende memorie in te dienen. Minstens dient zij te kunnen beschikken over een door het auditoraat goedgekeurde samenvatting van de bewuste stukken zodat ze kan aantonen waarom de toegang tot de stukken voor haar van belang is of kan zijn nu zij dit, vermits zij niet over de minste indicatie omtrent de inhoud van de stukken beschikt, zeer moeilijk kan aantonen. Als alternatief stelt zij ten slotte nog voor dat de verwerende partij zelf het initiatief zou nemen om de beweerdelijk vertrouwelijke stukken en alle verwijzingen ernaar uit haar memorie van antwoord te weren.

9. In haar laatste memorie dringt de verzoekende partij aan op een overlegging van de stukken 4.a, 4.b en 4.c en stelt zij dat een samenvatting van de bezwaren van de operatoren zoals vervat in stuk 2 niet volstaat.

Beoordeling

10. Het komt de Raad van State toe te oordelen over het vertrouwelijk karakter van de stukken van het neergelegde administratief dossier en daarbij de vereisten van een eerlijk proces en die van het zakengeheim af te wegen.

11. Zoals hierna zal blijken worden de stukken 4.a, 4.b en 4.c niet betrokken bij de beoordeling van de ingeroepen middelen. Er is dan ook geen grond om ze van hun vertrouwelijk karakter te ontdoen.

12. De stukken 3 en 4.h gaan uit van of zijn gericht aan de verzoekende partij zelf zodat de vertrouwelijkheid niet tegen haar kan worden ingeroepen. Nu er geen andere partijen in het geding zijn belet niets dat het arrest naar deze stukken verwijst. Bovendien moet worden vastgesteld dat het stuk 4.h in het administratief dossier overeenstemt met het door de verzoekende partij neergelegde stuk 12.

13. Er is derhalve geen grond om eerst een tussenarrest te vellen omtrent de vertrouwelijkheid van de stukken.

V. Reglementair kader

14. Met het bestreden besluit wordt een geactualiseerd reglementair kader gecreëerd voor het aanbieden van vaste en nomadische radiotoegang in de frequentiebanden 3410-3500/3510-3600 MHz en 10150-10300/10500-10650 MHz.

15. Overeenkomstig artikel 92bis van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven (hierna: de wet van 21 maart 1991) is de aanleg en de exploitatie van openbare telecommunicatienetten onderworpen aan de toekenning van een individuele vergunning die door de minister wordt verleend op voorstel van het BIPT. Voorts delegeert artikel 92bis van de wet van 21 maart 1991 aan de Koning de bevoegdheid om, bij een in ministerraad overlegd besluit, na advies van het BIPT, de voorwaarden vast te stellen waaronder dergelijke individuele vergunningen kunnen worden toegekend. Deze voorwaarden, die het bestek vormen, kunnen onder meer betrekking hebben op “de verschuldigde rechten voor de uitreiking, het beheer en het toezicht op de vergunning” (artikel 92bis, § 1, tweede lid, h). Artikel 92bis, § 1, derde lid, bepaalt dat de individuele vergunning geldt voor onbepaalde duur.

In uitvoering van artikel 92bis is het koninklijk besluit van 22 juni 1998 betreffende de voorwaarden inzake aanleg en exploitatie van openbare telecommunicatienetwerken (hierna: het koninklijk besluit van 22 juni 1998) genomen. Bij de bekendmaking ervan werd het verslag aan de Koning en het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State samen met het koninklijk besluit gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad.

16. De huidige wettelijke regeling, die niet langer spreekt over een vergunning maar over het verkrijgen en uitoefenen van gebruiksrechten voor radiofrequenties, zit vervat in de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna: de WEC), die onder meer voormeld artikel 92bis heeft opgeheven. Artikel 18 WEC, dat onder meer de rechtsgrond vormt van het thans bestreden besluit, bepaalt:

“§ 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, en mogen enkel verband houden met :

- 1° de betreffende dienst, het netwerk of de technologie waarvoor de gebruiksrechten voor de radiofrequentie zijn verleend, in voorkomend geval met inbegrip van het exclusieve gebruik van een radiofrequentie voor de doorgifte van specifieke inhoud of specifieke diensten;
- 2° het daadwerkelijk en efficiënt gebruik van radiofrequenties overeenkomstig de toepasselijke wettelijke en reglementaire bepalingen;
- 3° de technische en operationele voorwaarden ter voorkoming van schadelijke storingen en ter beperking van blootstelling van het publiek aan elektromagnetische velden;
- 4° de maximumduur onder voorbehoud van wijzigingen van het nationale frequentieplan;
- 5° de overdracht op initiatief van de houder van de rechten en de daarvoor geldende voorwaarden;
- 6° de gebruiksheffingen overeenkomstig artikel 30;
- 7° de toezeggingen die de operator die het gebruiksrecht inzake de radiofrequenties heeft verkregen, in de loop van de selectieprocedure heeft gedaan;
- 8° de verplichtingen uit hoofde van de relevante internationale overeenkomsten aangaande het gebruik van radiofrequenties.

§ 2. Wanneer het Instituut gebruiksrechten voor radiofrequenties verleent voor een bepaalde termijn is de duur aangepast aan de betrokken dienst.

§ 3. Indien een frequentie waarvoor een gebruiksrecht werd verkregen, niet binnen een redelijke termijn in dienst wordt genomen, kan het Instituut, na de betrokkene gehoord te hebben, het gebruiksrecht intrekken.

§ 4. Indien uit het advies van het Instituut blijkt dat het gevaar op schadelijke storingen verwaarloosbaar is en dat dit verenigbaar is met de vereisten van een daadwerkelijk en efficiënt beheer van het radiofrequentiespectrum, kan de Koning besluiten bepaalde van de in § 1 voorziene voorwaarden niet op te leggen.”

17. Naar aanleiding van de opmaak van het thans bestreden koninklijk besluit waarmee uitvoering wordt gegeven aan artikel 18 WEC, publiceert het BIPT op 9 februari 2007 op haar website een openbare raadpleging

die is ingesteld op vraag van het kabinet van Economie, Energie, Buitenlandse Handel en Wetenschapsbeleid.

Verskillende belanghebbenden, waaronder de verzoekende partij, maken hun standpunten over.

Vervolgens wordt het ontwerp van het koninklijk besluit voor advies aan de bevoegde instanties voorgelegd. Op 24 september 2008 brengt het BIPT, dat nauw betrokken is bij de totstandkoming van het ontwerpbesluit, een gunstig advies uit. Op 30 september en 14 november 2008 brengt de inspecteur van Financiën een gunstig advies onder voorbehoud uit en op 4 februari 2009 verleent de afdeling Wetgeving van de Raad van State zijn advies over het ontwerpbesluit.

Naar aanleiding van deze adviezen en de opmerkingen bij de openbare raadpleging van 9 februari 2007 wordt het ontwerpbesluit aangepast.

18. Op 24 maart 2009 neemt de Koning het thans bestreden besluit betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 3410-3500/3510-3600 MHz en 10150-10300/10500-10650 MHz. Het besluit wordt voorafgegaan door een verslag aan de Koning. Met artikel 22 van het bestreden besluit worden een aantal bepalingen van het koninklijk besluit van 22 juni 1998 opgeheven. De tot dan toe bestaande regeling inzake de geldigheidsduur van de vergunning/de gebruiksrechten en de berekeningswijze van de verschuldigde heffing wordt ingrijpend gewijzigd.

Het bestreden besluit wordt bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 16 april 2009 en treedt in werking op 26 april 2009.

VI. Feiten met betrekking tot de aan de verzoekende partij toegekende gebruiksrechten

19. Op 30 december 2005 verschijnt in het Belgisch Staatsblad de mededeling van het BIPT houdende de oproep tot kandidaten voor openbare telecommunicatiewerken die vaste lokale radioverbindingen wensen te exploiteren.

20. Op 30 januari 2006 dient de verzoekende partij, die als Internet Service Provider actief is, haar aanvraag en kandidatuur in bij het BIPT om de capaciteit in de frequentiebanden 10150-10300/10500-10650 MHz te verkrijgen.

21. Op 10 maart 2006 deelt het BIPT aan de verzoekende partij mee dat zij het eerst gerangschikt staat en dat het BIPT het voornemen heeft om haar een vergunning voor de capaciteit in de door haar gewenste frequentiebanden te verlenen. Op 30 maart 2006 verkrijgt de verzoekende partij een voorlopige vergunning voor de aanleg en exploitatie van een openbaar telecommunicatienetwerk met vaste lokale radioverbindingen onder de voorwaarde dat zij binnen de voorgeschreven periode het door haar in haar engagementen voorziene aantal basisstations in gebruik neemt. Voorts wordt in de brief van 30 maart 2006 meegedeeld dat de voorlopige vergunning binnen de twee weken vervangen zal worden door een definitief document.

Op 7 april 2006 verkrijgt de verzoekende partij haar definitieve vergunning.

22. In juni 2007 stelt het BIPT vast dat de verzoekende partij, 15 maanden na de toekenning van de vergunning, in weerwil van haar engagementen nog steeds geen enkel station in werking heeft gesteld. Vervolgens wordt een communicatie opgestart tussen het BIPT en de verzoekende partij.

23. Op 22 april 2008 verleent het BIPT de verzoekende partij een gereviseerde vergunning overeenkomstig artikel 31septies van het koninklijk besluit van 22 juni 1998 dat bepaalt dat de toekenning van een frequentie die aan een basisstation van een operator is toegewezen, automatisch verstrijkt wanneer dat station niet in werking is gesteld binnen een termijn van een jaar vanaf de geplande inwerkingtreding van dat station.

24. Op 20 november 2008 wordt de verzoekende partij in gebreke gesteld omdat zij nog steeds geen enkel station in werking heeft gesteld. Uit deze ingebrekestelling blijkt dat de vergunning voor 37 stations overeenkomstig artikel 31septies van het koninklijk besluit van 22 juni 1998 is verstreken. Zij wordt aangemaand “om zich te schikken naar het besluit van de Raad van het BIPT van 30 maart 2006 om een vergunning uit te reiken voor het gebruik van vaste lokale radioverbindingen in de frequentieband 10.150-10.650 MHz, zoals gewijzigd op 22 april 2008, en de verbintenissen wat betreft de in de tabel hierboven vermelde capaciteiten na te komen tegen uiterlijk 18 december 2008”.

25. Op 26 april 2009 krijgt de verzoekende partij de aan het bestreden koninklijk besluit aangepaste gebruiksrechten voor de frequentiebanden 10150-10300/10500-10650 MHz.

VII. Ontvankelijkheid van het beroep

Standpunt van de partijen

26. De verwerende partij werpt op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het beroep. Vooreerst voert zij aan dat de verzoekende partij de door het BIPT op 26 april 2009 afgeleverde vergunning, waarvan de voorwaarden uitdrukkelijk en integraal zijn gebaseerd op het bestreden besluit, niet heeft bestreden en aldus, minstens impliciet, heeft aanvaard dat de bepalingen van het bestreden besluit op haar van toepassing zijn. Voorts wijst zij erop dat de verzoekende partij tot op heden nog steeds geen gebruik heeft gemaakt van de

betrokken frequentiebanden en nog geen enkel van haar stations in werking heeft gesteld. Uit de ingebrekestelling van 20 november 2008 van het BIPT blijkt zelfs dat de vergunning van de verzoekende partij voor 37 basisstations is vervallen, omdat zij verzuimd heeft om ze in werking te stellen.

27. De verzoekende partij is van oordeel dat zij wel degelijk een belang bij het beroep heeft en wijst op de negatieve impact op haar van het bestreden besluit: de gebruiksrechten zijn voortaan in de tijd beperkt -tien jaar, desgevallend verlengbaar met vijf jaar, terwijl het koninklijk besluit van 22 juni 1998 niet in een tijdsbeperking voorzag- en de berekening van de verschuldigde heffing is gewijzigd -ingevolge het bestreden besluit is een jaarlijkse heffing verschuldigd die niet langer gerelateerd is aan het aantal stations die de frequentie exploiteren, terwijl het koninklijk besluit van 22 juni 1998 voorzag in een heffing die pas verschuldigd was bij de daadwerkelijke inwerkingstelling van een basisstation op basis van een stapsgewijze tarifiering-. Uit de omstandigheid dat zij de beslissing van 26 april 2009 niet heeft aangevochten kan geen instemming met het bestreden besluit worden afgeleid. De beslissing van 26 april 2009 is een louter declaratieve beslissing die niet het voorwerp van een annulatieberoep kan uitmaken, nu ze niets anders doet dan onder verwijzing naar het vigerend wettelijk kader bevestigen dat de verzoekende partij kan beschikken over het frequentieblok dat haar met de oorspronkelijke vergunning was toegekend. Ook zonder de beslissing van 26 april 2009 zou de rechtstoestand van de verzoekende partij identiek zijn ingevolge de inwerkingtreding van het bestreden besluit. Een vernietiging van het bestreden besluit zal de beslissing van 26 april 2009 overigens van iedere rechtsgrond ontdoen. Het gegeven dat zij nog geen gebruik heeft gemaakt van de frequentiebanden waarvoor de vergunning is verleend doet evenmin afbreuk aan haar belang en is louter toe te schrijven aan de in hoofde van de verzoekende partij bestaande rechtsonzekerheid omtrent het reglementair kader, in het bijzonder aangaande de te nemen uitvoeringsmaatregelen bij de WEC. De negatieve impact van het bestreden besluit illustreert en rechtvaardigt de noodzaak van een voorzichtige aanpak en dit teneinde de lange termijn-doelstellingen van de verzoekende partij niet te fnuiken. Pas bij een duidelijk reglementair kader kan

worden overgaan tot een daadwerkelijke ingebruikname van de toegekende frequentiebanden.

Beoordeling

28. Artikel 23 van het bestreden koninklijk besluit bepaalt:

“§ 1. De operatoren die de dag waarop dit besluit in werking treedt, een vergunning hebben om overeenkomstig het koninklijk besluit van 22 juni 1998 betreffende de voorwaarden inzake aanleg en exploitatie van openbare telecommunicatienetwerken vaste lokale radioverbindingen te gebruiken in de in artikel 4 vermelde frequentieblokken, worden automatisch radiotoegangsoperator overeenkomstig dit besluit.

§ 2. Voor de radiotoegangsoperatoren vermeld in § 1 van dit artikel:

1° gaat de in artikel 3 vermelde periode van tien jaar in op de dag waarop dit besluit in werking treedt;

2° zijn de in artikel 20, vermelde verbintenissen conform het kandidatuur dossier voor het verkrijgen van de vergunning om vaste lokale radioverbindingen te gebruiken;

3° artikel 9 is niet van toepassing.”

29. De wijzigingen in de vergunning van de verzoekende partij vloeien louter voort uit de inwerkingtreding van het bestreden besluit. De beslissing van 26 april 2009 is geen nieuwe vergunning naar aanleiding van een aanvraag van de verzoekende partij waarover een nieuwe beslissing genomen moet worden, maar een louter materiële handeling die als doel heeft om de bestaande vergunning met het bestreden besluit in overeenstemming te brengen. Zelf voegt de beslissing van 26 april 2009 niets aan de rechtsorde toe zodat het geen voor de Raad van State aanvechtbare rechtshandeling is.

30. De redenering van de verwerende partij, dat uit het gebrek aan beroep tegen de beslissing van 26 april 2009 moet worden afgeleid dat de verzoekende partij met het bestreden besluit instemt, kan dan ook niet worden bijgevalen. Van de verzoekende partij kan immers niet verwacht worden dat zij een onontvankelijk annulatieberoep zou indienen om haar belang bij het onderhavige beroep te behouden.

31. Evenmin is de omstandigheid dat de verzoekende partij nog geen gebruik heeft gemaakt van haar vergunning en dat de vergunning voor 37 stations reeds is verstreken, van aard om haar het belang bij haar beroep te ontzeggen. Zij behoudt immers haar gebruiksrechten voor de overige stations en moet wat dat betreft de negatieve impact van het bestreden besluit -onder meer de beperking in tijd van de gebruiksrechten en de gewijzigde berekening van de verschuldigde heffing- ondergaan.

32. De exceptie wordt verworpen.

VIII. Onderzoek van de middelen

A. Het eerste onderdeel van het eerste middel

Standpunt van de partijen

33. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 14 van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (hierna: de Machtigingsrichtlijn) en van het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel.

Zij zet uiteen dat het bestreden besluit voorziet in een beperking van de gebruiksrechten tot 10 jaar, met mogelijkheid tot verlenging door het BIPT voor telkens 5 jaar terwijl noch het koninklijk besluit van 22 juni 1998, noch de documenten van het gunningsdossier, noch haar voorlopige of definitieve vergunning zelf in een dergelijke maximumduur voorzagen. Aldus wordt haar vergunning in feite aangepast terwijl in het koninklijk besluit van 22 juni 1998 -artikel 30, § 2- inzake de mogelijkheid tot aanpassing van de vergunning door de overheid enkel verwezen werd naar de artikelen 107 en 108 van de wet van

21 maart 1991, die betrekking hebben op het garanderen van de gelijke toegang tot communicatiediensten door organisaties met een sterke marktpositie en die inmiddels zijn opgeheven door de WEC. In de brief van 10 maart 2006 werd voorts enkel een voorbehoud gemaakt dat verband houdt met de bevoegdheid van het BIPT. Op grond van het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel mocht de verzoekende partij er dan ook van uitgaan dat de vergunning voor onbepaalde termijn werd verleend en dat eventuele wijzigingen enkel verband zouden houden met de gelijke toegang tot communicatiediensten. In de mate de omzetting van de Machtigingsrichtlijn, waarbij onder meer een systeem van gebruiksrechten voor radiofrequenties wordt ingevoerd, een dwingende reden zou vormen om wijzigingen door te voeren aan de bestaande, verworven rechtstoestand van de vergunninghouders, merkt de verzoekende partij op dat de richtlijn zelf bepaalt dat deze rechten slechts “in objectief gerechtvaardigde gevallen en op proportionele wijze kunnen worden gewijzigd” en geenszins in een beperking in de tijd van de betrokken gebruiksrechten voorziet. De wijziging van de duur van de vergunning door het bestreden koninklijk besluit valt dan ook geenszins te verantwoorden.

Indien zou worden aangenomen dat er toch dwingende redenen bestaan die het opleggen van een maximumtermijn aan bestaande vergunningen/rechten verantwoorden, stelt de verzoekende partij dat de termijn van 10 jaar, mogelijks verlengbaar met periodes van 5 jaar, geenszins redelijk, zorgvuldig en proportioneel is, aangezien dergelijke korte termijn de mogelijkheid tot uitbouw van een rendabel netwerk van breedbandige diensten voor zakelijke klanten ernstig in het gedrang brengt. Zij stelt dat een vaste, rechtszekere periode van minimum 20 jaar een absolute vereiste is, zeker rekening houdend met de omstandigheid dat zij aanvankelijk is uitgegaan van een onbepaalde geldigheidstermijn bij het opstellen van haar businessplan en financieel model.

34. De verwerende partij werpt op dat het middelonderdeel onontvankelijk is. Zij stelt dat noch in het koninklijk besluit van 22 juni 1998, noch in de vergunning van 7 april 2006 wordt bepaald dat de vergunning voor onbepaalde duur geldt en dat in de vergunning integendeel verwezen wordt naar de

bepalingen van de WEC, die artikel 92bis van de wet van 21 maart 1991 -dat wel voorzag in een vergunning van onbepaalde duur- opgeheven hebben. Thans bepaalt artikel 18, § 1, 4°, WEC dat de vergunningen voortaan aan een door de Koning bepaalde geldigheidsduur onderworpen zijn zodat de verzoekende partij geen wettig belang heeft bij het middelonderdeel nu het ertoe strekt een vergunning van onbepaalde duur te bekomen, wat strijdig is met artikel 18, § 1, 4°, WEC.

Voorts is zij van oordeel dat het middelonderdeel ongegrond is. Zij merkt op dat de verzoekende partij zich steunt op het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel om het recht op een vergunning van onbepaalde duur te bekomen -wat in strijd is met artikel 18, § 1, 4°, WEC- terwijl algemene beginselen van behoorlijk bestuur niet contra legem kunnen werken. Het verplichtend karakter van de maximumduur voorgeschreven door artikel 18, § 1, 4°, WEC blijkt uit artikel 18, § 4, WEC waarin bepaald wordt dat indien uit het advies van het BIPT blijkt dat het gevaar op schadelijke storingen verwaarloosbaar is en dit verenigbaar is met het radiofrequentiespectrum, de Koning kan besluiten om bepaalde van de in § 1 voorziene voorwaarden niet op te leggen. Voorts laat zij gelden dat het rechtszekerheids- en vertrouwensbeginsel aan rechtsonderhorigen niet het recht toekent ervan uit te gaan dat een overheid geen wijzigende wetgeving zal uitvaardigen ter uitvoering van een wettelijke en decretale verplichting of deze wetgeving niet zal toepassen op reeds aanhangige zaken. Met het bestreden besluit doet de verwerende partij immers niets anders dan artikel 18, § 1, 4°, WEC uitvoeren, dat voorziet in een verplichte maximumduur van een vergunning. Overigens laat ook het beginsel van de veranderlijkheid de overheid toe om eenzijdig in het algemeen belang haar reglementaire besluiten voor de toekomst aan te passen en te wijzigen aan de geldende wetgeving zodat zij wel degelijk gerechtigd is om het bestreden besluit te nemen ter vervanging van het koninklijk besluit van 22 juni 1998. De verzoekende partij beweert volgens de verwerende partij ten onrechte dat zij rechtmatige verwachtingen kun putten uit haar oorspronkelijke vergunning van 2006 aangezien deze uitdrukkelijk verwijst naar de toepassing van de WEC. Bovendien wordt in de vergunning nergens gesteld dat

deze van onbepaalde duur is. De verwerende partij wijst vervolgens op een algemene consensus onder de bestaande operatoren om de duur van de vergunningen in tijd te beperken. Uit de opmerkingen van de operatoren naar aanleiding van de openbare raadpleging die het BIPT publiceerde op 3 mei 2005 in het kader van de vaste lokale radioverbinding, bleek immers dat slechts 2 van de 13 operatoren voor een vergunning van onbepaalde duur opteert. Tevens verwijst de verwerende partij naar vergelijkbare regelgeving, met name het koninklijk besluit van 7 maart 1995 betreffende het opzetten en exploiteren van GSM-mobilifoonnetten, dat de uitbouw van GSM-netwerken regelt, en het koninklijk besluit van 24 oktober 1997 betreffende het opzetten en de exploitatie van DCS-1800-mobilifonienetten, waarin een gelijkaardige regeling inzake de duurtijd van de vergunning is opgenomen en merkt zij op dat het tijdelijk karakter eigen is aan het systeem van vergunningen.

Waar de verzoekende partij in ondergeschikte orde stelt dat de maximumtermijn van 10 jaar niet redelijk, zorgvuldig en proportioneel is en dat een minimumtermijn van 20 jaar een absolute noodzaak is, antwoordt de verwerende partij dat de verzoekende partij niet aantoont waarom een periode van 20 jaar noodzakelijk zou zijn voor de uitoefening van de betrokken vergunning. De keuze van de termijn is een discretionaire bevoegdheid van de Koning en de keuze voor tien jaar, verlengbaar met vijf jaar, is gebeurd met inachtneming van de algemene beginselen en stemt overeen met de voorwaarden bepaald in artikel 14 van de Machtigingsrichtlijn. De gebruiksduur is met name objectief gerechtvaardigd, proportioneel en na consultatie tot stand gekomen. De meeste EU-landen hebben de looptijd van de betrokken vergunningen op 15 jaar bepaald, wat overeenstemt met de Belgische regeling waar de vergunning wordt toegekend voor de duur van 10 jaar met een mogelijke verlenging voor de duur van 5 jaar. De verzoekende partij toont niet aan dat er bij de vaststelling van de maximumduur een appreciatiefout werd begaan in die zin dat de duur te kort zou zijn met het oog op de overeengekomen investeringen en de kosten voor de exploitatie van het net. Zij zou dit overigens tevergeefs aantonen aangezien de betrokken vergunning niet

werd afgeleverd onder de voorwaarde van de betaling van een eenmalige concessie.

35. De verzoekende partij betwist vooreerst de exceptie van de verwerende partij. Zij stelt dat artikel 18, § 1, 4°, WEC louter een aantal modaliteiten bepaalt waarbinnen de Koning middels een koninklijk besluit de voorwaarden kan vastleggen voor het verkrijgen en uitoefenen van de gebruiksrechten voor radiofrequenties die geheel of gedeeltelijk gebruikt worden voor elektronische communicatiediensten die aan het publiek worden aangeboden. Een van deze modaliteiten is de maximumduur, maar het artikel legt geen enkele verplichting op tot het bepalen van een maximumduur en impliceert geenszins dat vergunningen voortaan onderworpen zouden zijn aan een beperkte geldigheidsduur. Zelfs indien in het artikel een maximumduur gelezen zou moeten worden, wordt niet nader bepaald welke deze maximumduur kan of moet zijn. Vertrekkende vanuit deze lezing van artikel 18, § 1, 4° faalt het verweer van de verwerende partij en is de maximumduur van 10 jaar te kort en bijgevolg strijdig met het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel. Waar de verwerende partij opmerkt dat de verzoekende partij niet aantoont waarom een periode van 20 jaar noodzakelijk zou zijn voor de uitoefening van de vergunning, verwijst de verzoekende partij naar het verzoekschrift waarin staat dat 20 jaar noodzakelijk is, rekening houdend met het financieel model en businessplan die zijn opgesteld in functie van de destijds geldende onbepaalde geldigheidstermijn van de vergunning. Waar de verwerende partij stelt dat de verzoekende partij niet aantoont waarom artikel 14 van de Machtigingsrichtlijn geschonden is, repliceert de verzoekende partij ten slotte dat zij reeds in haar verzoekschrift heeft aangevoerd dat de Machtigingsrichtlijn niet in een maximumduur voorziet. De termijn van tien jaar is bovendien geenszins proportioneel en is niet na consultatie opgesteld. Zij benadrukt in dit verband dat zij op zeer omstandige wijze, via een artikelsgewijze bespreking, haar opmerkingen bij het ontwerp van koninklijk besluit heeft overgemaakt maar hier geen enkele reactie op heeft mogen ontvangen.

36. In haar laatste memorie beklemtoont de verzoekende partij dat haar belangen niet op zorgvuldige wijze zijn afgewogen bij het nemen van het bestreden besluit. Uit de algemene marktbevraging, waaruit blijkt dat slechts 2 van de 13 bedrijven die opmerkingen hebben gemaakt voor een vergunning van onbepaalde duur gewonnen waren, terwijl de overige bedrijven een duur tussen de 5 en de 20 jaar suggereerden, kan niet worden afgeleid dat een vergunningsduur van tien jaar met mogelijkheid tot verlenging, afdoende is. De bewuste marktbevraging bestaat immers uit een loutere opsomming van resultaten en de bijgebrachte synthese ervan is te vaag om er duidelijke besluiten uit te kunnen trekken, laat staan om het bestreden besluit op te steunen. Een advies uit 2005 kan bovendien bezwaarlijk als motivatie dienen voor een besluit dat 4 jaar later wordt genomen in een markt die gekenmerkt wordt door een constante technologische ontwikkeling. Voorts vormen de 13 bedrijven die naar aanleiding van de marktbevraging opmerkingen hebben geformuleerd geen homogene groep, aangezien binnen die bedrijven slechts 2 bedrijven -waaronder de verzoekende partij- een vergunning op de betrokken markt hebben, zodat deze belangen niet gelijkgesteld kunnen worden met de belangen van de andere respondenten. De zorgvuldigheid vereist dat vooral rekening gehouden wordt met de repercussies van de voorgenomen wijzigingen voor de groep belanghebbenden die een vergunning op de betrokken markt hebben en dit is niet gebeurd.

Beoordeling

37. De verwerende partij werpt op dat de verzoekende partij geen wettig belang heeft bij het middel omdat het ertoe strekt een voordeel contra legem te bekomen.

38. Artikel 18, § 1, 4°, WEC luidt:

“§ 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, en mogen enkel verband houden met :

(...)

4° de maximumduur onder voorbehoud van wijzigingen van het nationale frequentieplan;

(...)"

39. Deze wetsbepaling machtigt de Koning om bij reglementair besluit een maximumduur voor het verkrijgen en uitoefenen van gebruiksrechten voor radiofrequenties vast te stellen maar impliceert geenszins een verplichting om dergelijke maximumduur op te leggen.

40. Evenmin kan uit artikel 18, § 4, WEC, dat bepaalt dat indien uit het advies van het BIPT blijkt dat het gevaar op schadelijke storingen verwaarloosbaar is en dat dit verenigbaar is met de vereisten van een daadwerkelijk en efficiënt beheer van het radiofrequentiespectrum, een soepeler regime kan worden gehanteerd dat inhoudt dat de Koning kan besluiten om bepaalde in § 1 vermelde voorwaarden niet op te leggen, een verplichting in hoofde van de Koning worden afgeleid om een maximumduur voor de gebruiksrechten vast te stellen.

41. Het door de verzoekende partij ingeroepen eerste middelonderdeel strekt er dan ook niet toe om een voordeel contra legem te bekomen zodat zij wel degelijk een wettig belang bij het middelonderdeel heeft.

42. De exceptie wordt verworpen.

43. De verzoekende partij voert vooreerst de schending aan van het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel en het zorgvuldigheidsbeginsel doordat met het bestreden besluit een maximumduur voor de gebruiksrechten wordt ingevoerd.

44. Het rechtszekerheidsbeginsel houdt in dat de inhoud van het recht voorzienbaar en toegankelijk moet zijn zodat de rechtzoekende in redelijke

mate de gevolgen van een bepaalde handeling kan voorzien op het tijdstip dat de handeling wordt verricht en de overheid daarvan niet zonder objectieve en redelijke verantwoording mag afwijken.

Het vertrouwensbeginsel houdt in dat het bestuur moet vermijden dat de rechtmatige verwachtingen die de burger uit het bestuursoptreden put, tekort worden gedaan. Dit betekent dat de burger moet kunnen vertrouwen op een vaste gedragslijn van de overheid of op toezeggingen of beloften die de overheid in een concreet geval heeft gedaan. De rechtmatige verwachtingen zijn verwachtingen die de burger in redelijkheid kan puren uit het overheidsoptreden. Indien een normaal voorzichtig en oplettend burger had moeten weten dat de gewekte verwachting eventueel niet zou worden gehonoreerd, kan hij zich niet op het vertrouwensbeginsel beroepen.

45. In tegenstelling tot bestuurshandelingen met individuele draagwijdte, waarbij er rekening moet worden gehouden met het beginsel van de onaantastbaarheid van de definitief door een constitutieve administratieve beslissing gevestigde situatie, kunnen bestuurshandelingen van reglementaire aard te allen tijde en onder alle omstandigheden het voorwerp uitmaken van opheffing (of vervanging). De bevoegdheid van het bestuur kan naar de toekomst toe immers niet worden ingeperkt door de initiële handeling. Er kan geen subjectief recht op het ongewijzigd blijven van een reglementering worden ingeroepen.

46. Het rechtszekerheidsbeginsel is, wat de verordenende bevoegdheid betreft, in de eerste plaats bedoeld om aan de burger waarborgen te bieden bij de kenbaarheid van de nieuwe regelgeving. De regelgeving moet duidelijk worden geformuleerd en moet tijdig worden bekendgemaakt en houdt een principiële verbod van terugwerkende kracht in.

47. De verzoekende partij verwijst in haar uiteenzetting van het middel naar artikel 30, § 2, van het koninklijk besluit van 22 juni 1998 waarbij de minister de mogelijkheid krijgt om in het licht van de gelijke toegang tot

communicatiediensten de individuele vergunning aan te passen; zij meent dat zij op grond van het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel ervan kon uitgaan dat de vergunning aan haar toegekend op 10 maart 2006 en bevestigd op 18 april 2006, voor onbepaalde termijn werd verleend.

48. In dat verband moet worden vastgesteld dat artikel 92bis, § 1, derde lid, van de wet van 21 maart 1991 weliswaar bepaalde dat de individuele vergunning geldt voor onbepaalde duur, maar dat deze bepaling op het ogenblik van de vergunningsaanvraag door de verzoekende partij reeds was opgeheven door de WEC, die op 30 juni 2005 in werking is getreden. Gelet op deze opheffing mocht de verzoekende partij er bijgevolg niet vanuit gaan dat de haar verleende vergunning definitief van onbepaalde duur zou zijn.

Meer zelfs, met artikel 18 WEC heeft de wetgever aan de Koning de machtiging gegeven om de maximumduur van de gebruiksrechten voor radiofrequenties die geheel of gedeeltelijk worden gebruikt voor elektronische communicatiediensten die aan het publiek worden aangeboden, vast te stellen, waardoor de verzoekende partij, vooraleer een vergunning werd verleend, ermee rekening diende te houden dat deze vergunning als gevolg van de wijziging van reglementaire bepalingen in tijd beperkt zou kunnen worden.

Op het moment dat de voorlopige vergunning werd afgeleverd, was dit nog niet het geval. Dit is pas gebeurd bij artikel 3, § 1, van het bestreden koninklijk besluit, dat de duur van de gebruiksrechten vastlegt op 10 jaar vanaf de datum van de betekening ervan. Deze gebruiksrechten kunnen nadien door het BIPT telkens voor 5 jaar worden verlengd.

49. Uit het voorgaande volgt dat de verzoekende partij op het ogenblik dat ze haar vergunning kreeg, rekening diende te houden met de mogelijkheid dat haar vergunning in duur beperkt zou worden. Dit volgt niet uit de wijziging van de individuele vergunning, maar uit de wijziging van de toepasselijke regelgeving. Zoals hiervóór reeds is gesteld, kan de verzoekende

partij evenwel geen aanspraak maken op het ongewijzigd blijven van reglementaire besluiten.

50. Het middelonderdeel is niet gegrond in zoverre erin de schending van het rechtszekerheidsbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel en het vertrouwensbeginsel wordt aangevoerd.

51. Voorts voert de verzoekende partij de schending aan van het redelijkheids-, het proportionaliteits- en het zorgvuldigheidsbeginsel doordat de maximumtermijn voor de gebruiksrechten wordt vastgesteld op 10 jaar, mogelijk verlengbaar met periodes van 5 jaar.

52. De overheid beschikt over een ruime discretionaire bevoegdheid om het goede beheer van de radiotoegang in de betrokken frequentiebanden te bewerkstelligen, hetgeen impliceert dat zij vrij kan oordelen welke maatregelen haar als het meest geschikt voorkomen teneinde haar verordenende bevoegdheid ter zake uit te oefenen. Deze discretionaire bevoegdheid heeft de redelijkheid als grens. De Raad van State moet zijn wettigheidscontrole daarover beperken tot een marginale toetsing en zal enkel overgaan tot de vernietiging van een genomen besluit wanneer het kennelijk onredelijk is, dit wil zeggen wanneer het van iedere redelijkheid is ontdaan.

Betrokken op het redelijkheidsbeginsel houdt het zorgvuldigheidsbeginsel in dat het bestuur bij de uitoefening van haar discretionaire beoordelingsbevoegdheid een zorgvuldige afweging dient te maken van de bij het besluit betrokken belangen. Vermits een reglementair besluit van toepassing is op een onbepaalde groep van rechtsonderhorigen gebeurt de belangenafweging in abstracto, en niet in concreto zoals bij een individueel besluit. Dit heeft tot gevolg dat de verzoekende partij, wil zij de onwettigheid van een reglementair besluit aantonen, er niet mee kan volstaan aan te tonen dat haar welbepaalde concreet belang beter zou gediend zijn met een andere maatregel dan deze verwoord in het reglementair besluit; de overheid kan immers bij de

totstandkoming van een reglementair besluit niet het welbepaalde, afgelijnde belang van een concrete persoon of instantie in aanmerking nemen. De verzoekende partij moet aantonen dat de verwerende partij de belangen van een onbepaalde groep van rechtsonderhorigen op een onvoldoende wijze in aanmerking heeft genomen en dat de bestreden maatregel als gevolg hiervan op kennelijk onevenredige wijze de belangen van die groep benadeelt.

53. Het feit dat het belang van de verzoekende partij beter zou gediend zijn met een andere maatregel, met name een langere maximumduur, is niet van aard om het kennelijk onredelijk karakter van het bestreden besluit aan te tonen. De verwerende partij kan immers rechtsgeldig kiezen tussen de verschillende, juridisch geldige oplossingen.

54. Daarbij komt dat de verwerende partij de maximumduur van 10 jaar niet arbitrair heeft vastgelegd, maar dit pas heeft gedaan na consultatie van meerdere spelers op de markt. Van de 13 bedrijven die hun opmerkingen hebben overgemaakt, waren er 2 die een onbepaalde duur suggereerden. De anderen stelden een duur voor variërend tussen de 5 en 20 jaar.

Een systeem waar de initiële duur wordt vastgelegd op 10 jaar met de mogelijkheid om de gebruikersrechten telkens met 5 jaar te verlengen, valt niet buiten de grenzen van de evenredigheid; de beperkingen die de verzoekende partij ervaart als gevolg van die maximale duur, maken deze maatregel niet onwettig. Daarbij dient te worden vastgesteld dat de verzoekende partij niet met concrete gegevens aantoont dat de duur van 10 jaar de mogelijkheid tot uitbouw van een rendabel netwerk van breedbandige diensten naar onder meer zakelijke klanten ernstig in het gedrang brengt.

55. Ten slotte moet ook nog worden opgemerkt dat het bestreden besluit in een overgangsmaatregel voorziet voor vergunningen die reeds werden toegekend en die de gevolgen van de nieuwe regeling voor de bestaande vergunninghouders matigt. Ingevolge artikel 23, § 2, van het bestreden koninklijk

besluit gaat de termijn van 10 jaar pas in op de dag waarop dit besluit in werking treedt. Voor de verzoekende partij betekent dit dat de duur van haar gebruiksrechten de facto 13 jaar zal bedragen, termijn die daarna verlengbaar is voor periodes van 5 jaar.

56. De verzoekende partij toont niet aan dat het bestuur kennelijk onredelijk en/of onzorgvuldig heeft gehandeld door de maximumduur van de gebruiksrechten op 10 jaar, verlengbaar met periodes van 5 jaar, vast te stellen. Het middelonderdeel is niet gegrond in zoverre erin de schending van het redelijkheids-, het proportionaliteits- en het zorgvuldigheidsbeginsel wordt aangevoerd.

57. De verzoekende partij voert ten slotte de schending van artikel 14 van de Machtigingsrichtlijn aan.

58. Dit artikel, met als opschrift “Wijziging van rechten en verplichtingen” luidt:

“1. De lidstaten zien erop toe dat de rechten, voorwaarden en procedures die van toepassing zijn bij algemene machtigingen en gebruiksrechten of rechten om faciliteiten te installeren, slechts in objectief gerechtvaardigde gevallen en op proportionele wijze tot stand kunnen worden gewijzigd. Het voornemen om dergelijke wijzigingen aan te brengen, zal op passende wijze worden bekendgemaakt en de belanghebbende partijen, met inbegrip van gebruikers en consumenten, zullen over een adequate termijn kunnen beschikken om hun standpunt met betrekking tot de voorgestelde wijzigingen kenbaar te maken; deze termijn bedraagt behoudens uitzonderlijke gevallen ten minste vier weken.

2. De lidstaten mogen de rechten om faciliteiten te installeren niet vóór het verstrijken van de periode waarvoor zij verleend zijn beperken of intrekken behalve in met redenen omklede gevallen en, waar nodig, in overeenstemming met de relevante nationale bepalingen inzake compensatie voor de intrekking van rechten.”

59. Daargelaten de vraag of de verzoekende partij zich rechtstreeks kan beroepen op de schending van een Europese richtlijn, dient te worden vastgesteld dat de schending van artikel 14 van de Machtigingsrichtlijn niet is aangetoond. Zoals hiervóór reeds is gesteld, is de aangevoerde schending van het

proportionaliteitsbeginsel niet gegrond. Eveneens blijkt uit het administratief dossier dat er in 2007 een openbare consultatie was omtrent het ontwerp van het bestreden besluit en dat de verzoekende partij hieromtrent haar standpunt heeft meegedeeld.

60. Het middelonderdeel is niet gegrond in zoverre erin de schending van artikel 14 van de Machtigingsrichtlijn wordt aangevoerd.

61. Het eerste onderdeel van het middel is niet gegrond.

B. Het tweede onderdeel van het eerste middel

Standpunt van de partijen

62. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 14 van de Machtigingsrichtlijn en van het rechtszekerheidsbeginsel, het vertrouwensbeginsel, het zorgvuldigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het proportionaliteitsbeginsel doordat met het bestreden besluit het bestaande tariefmodel substantieel en op een onredelijke wijze wordt gewijzigd. Twee wijzigingen aan het tariefmodel worden onregelmatig genoemd.

Een eerste wijziging heeft betrekking op de omvang van de verschuldigde vergoeding voor het gebruik van de toegewezen frequentiecapaciteit. Waar het koninklijk besluit van 22 juni 1998 -artikel 13bis- nog voorzag in een betaling van de rechten per basisstation binnen de dertig dagen vanaf de ingebruikname ervan, voorziet het thans bestreden besluit -artikel 8- in een betaling van de gebruiksrechten voor alle basisstations vanaf het moment waarop het eerste basisstation in gebruik wordt genomen en wordt met andere woorden de betaling vereist voor alle frequenties waarvoor rechten zijn verleend vanaf het ogenblik dat van de beschikbaar gestelde frequenties gebruik wordt gemaakt en dit onafhankelijk van het aantal basisstations dat de betreffende operator kan of zal exploiteren. De verzoekende partij zet uiteen dat zij een

vergunning voor 61 basisstations heeft verkregen maar dat het haar onmogelijk is om meteen en/of gelijktijdig alle 61 basisstations te installeren en op volle capaciteit te gebruiken. In dat verband heeft zij in haar kandidaatstellingsdossier bepaalde wezenlijke voorbehouden gemaakt en rekening houdend met het feit dat de tarieven pas betaald moeten worden per ingebruikname van een basisstation haar technische en financieel-commerciële planning opgesteld. Artikel 20 van het bestreden besluit bepaalt dat de verbintenissen die de radiotoegangsoperator in het kader van zijn kandidatuurstelling heeft aangegaan, deel uitmaken van die gebruiksrechten, waardoor elk evenwicht wordt verbroken. Dit wordt door artikel 23, § 2, 2^o, bevestigd voor de bestaande vergunde radiotoegangsoperatoren. Een dergelijke tariefwijziging wordt niet opgelegd of verantwoord door de Machtigingsrichtlijn, noch door andere dwingende wetsbepalingen en vormt voor de verzoekende partij een grote financiële drempel. Zij rekent in dat verband voor dat in de situatie waarin één basisstation in gebruik wordt genomen, zij op grond van het tariefmodel zoals het voorzien was in het koninklijk besluit van 22 juni 1998 een jaarlijks bedrag van 18.602 euro zou moeten betalen, terwijl zij op grond van het bestreden besluit meteen 560.000 euro zou moeten betalen. Dergelijke tariefwijziging druist manifest in tegen het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel. Minstens had de overheid, wanneer zij bepaalde elementen van het tariefmodel had willen wijzigen, dit op een zorgvuldige, redelijke en proportionele manier moeten doen zodat voor de verzoekende partij, als vergunninghouder, geen ongeoorloofde financiële toetredingsdrempel wordt gecreëerd die bij aanvang niet voorzien was en de ontplooiing van haar vergunde project op kennelijk onredelijke en disproportionele wijze bedreigt.

Een tweede bekritiseerde wijziging aan het tariefmodel heeft betrekking op de mogelijkheid van intrekking van gebruiksrechten en de gevolgen van een dergelijke intrekking. Artikel 11 van het bestreden besluit bepaalt dat het verleende gebruiksrecht van een frequentie kan worden ingetrokken indien de betrokken frequentie niet binnen een redelijke termijn in gebruik wordt genomen en dat een dergelijke intrekking nooit aanleiding kan geven tot schadeloosstelling noch tot gehele of gedeeltelijke terugbetaling van de rechten die overeenkomstig

artikel 8 van het bestreden besluit zijn betaald. Artikel 23, § 2, 2°, van het bestreden besluit laat niettemin voor de operatoren die vóór de inwerkingtreding van het bestreden besluit een vergunning hadden bekomen, de verbintenissen die eerder zijn aangegaan conform het kandidatuurdossier verder gelden, met uitzondering van de borgstelling. Artikel 21 van het bestreden besluit voorziet weliswaar in de mogelijkheid om te verzoeken dat het aantal gemeenten waarvoor een frequentie is toegewezen kan worden verminderd, maar dat doet geen afbreuk aan het feit dat een operator die zijn frequenties wenst te behouden de verplichting heeft om het jaarlijks recht te betalen. Indien geen verzoek tot vrijgave overeenkomstig artikel 21 tot het BIPT wordt gericht blijft de radiotoegangsoperator gehouden het recht te betalen zonder enige schadevergoeding of zelfs terugbetaling wanneer het BIPT op basis van artikel 11 tot intrekking overgaat. Deze regeling wijkt fundamenteel af van de vorige regeling op grond waarvan de verzoekende partij bepaalde toezeggingen in haar kandidaatstellingsdossier heeft gedaan en doet een disproportioneel onevenwicht ontstaan dat bovendien strijdt met de in hoofde van de verzoekende partij gecreëerde rechtszekerheid nu zij ingevolge het bestreden besluit haar bestaande businessplan op lange termijn niet zal kunnen uitvoeren.

63. De verwerende partij antwoordt dat de Koning overeenkomstig artikel 30 WEC over de discretionaire bevoegdheid beschikt om nadere regels betreffende het bedrag van de heffing te bepalen en dat artikel 8 van het bestreden besluit daar de uitvoering van is. Zij wijst erop dat het gekozen tariefmodel niet op een onzorgvuldige wijze tot stand is gekomen, aangezien het BIPT de betrokken operatoren heeft geraadpleegd en daaruit gebleken is dat de meerderheid voorstander was van een heffing die evenredig is met het aantal frequenties waarover de betrokken operator beschikt. Daarenboven is het nieuwe tariefmodel beduidend gunstiger dan het oude. Dit blijkt uit de adviezen van de inspectie van Financiën van 30 september en 14 november 2008: onder het vroegere stelsel zouden de ontvangsten theoretisch 2.137.256 euro moeten bedragen -in werkelijkheid is maar 749.263 euro ontvangen en dat komt omdat bepaalde operatoren hun basisstations nog steeds niet in werking hebben gesteld en zich dus

niet aan de voorwaarden van hun vergunning hebben gehouden- terwijl volgens het nieuw tariefmodel slechts 1.758.274 euro aan tarieven ontvangen zal worden. Ook voor de verzoekende partij liggen de tarieven aanzienlijk lager: 244.068 euro in plaats van 536.312 euro. De verzoekende partij heeft dan ook geen belang bij het middelonderdeel. De reden dat zij nu gewag maakt van een financiële drempel is louter te wijten aan het feit dat ze tot op heden, in strijd met de voorwaarden van haar vergunning, nog geen enkel basisstation in werking heeft gesteld met als gevolg dat zij ook nog steeds geen enkele vergoeding heeft betaald. Er is dan ook geenszins sprake van een schending van het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel. Bovendien kan de overheid, overeenkomstig het beginsel van de veranderlijkheid, eenzijdig en in het kader van het algemeen belang, haar reglementaire besluiten voor de toekomst aanpassen en wijzigen. De keuze voor een tariefmodel op basis van de ingebruikstelling van frequenties is een redelijk verantwoorde keuze, aangezien de tarifiering per basisstation exploitatieproblemen oplevert in geval het gaat om dichte of compacte netwerken. In dat geval liggen de tarieven extreem hoog naarmate het aantal basisstations in aantal stijgt. Bovendien kan een soortgelijk tariefmodel teruggevonden worden in de regeling inzake de GSM- en UMTS-vergunningen.

Waar de verzoekende partij de mogelijkheid tot intrekking van de gebruiksrechten, zonder recht op schadeloosstelling of gehele of gedeeltelijke terugbetaling van de overeenkomstig artikel 8 van het bestreden besluit betaalde rechten aanklaagt, repliceert de verwerende partij dat artikel 11 van het bestreden besluit de uitvoering is van artikel 18, § 3, WEC dat geen intrekking van verworven rechten inhoudt, maar een sanctiemaatregel ten aanzien van een operator die de frequenties waarvoor een vergunning is verleend, niet binnen een redelijke termijn in dienst neemt. Dergelijke administratieve sanctie -met als doel de betrokkene via een eenzijdige rechtshandeling een bepaald nadelig gevolg te laten ondergaan- is een normaal attribuut van de uitvoerende functie. Zij merkt op dat een eventuele terugbetaling van de reeds betaalde heffingen of een betaling van een schadevergoeding een verstoring van de mededinging onder de operatoren zou teweegbrengen. Een malafide operator zou immers jarenlang het spectrum kunnen

afschermen voor zijn concurrenten zonder daarbij een financieel risico te lopen. De verzoekende partij heeft bovendien geen enkel rechtmatig belang om een dergelijke grief in te roepen aangezien ze in haar opmerkingen naar aanleiding van de totstandkoming van het bestreden besluit zelf heeft aangegeven dat artikel 11 van het bestreden besluit een sanctiemaatregel uitmaakt en dat dergelijke sanctie, voor zover deze rechtmatig is, nooit aanleiding geeft tot een schadeloosstelling of terugbetaling van de rechten.

64. De verzoekende partij antwoordt dat zij wel degelijk een belang heeft bij het middelonderdeel nu zij door de ingrijpende en onredelijke verandering van het reglementair kader haar businessplan en financieel model op lange termijn -dat werd opgesteld op basis van het vigerend wettelijk kader op het ogenblik van haar vergunningsaanvraag- niet meer kan uitvoeren. Voorts betwist zij dat het bestreden besluit met algemene consensus tot stand is gekomen. Zij wijst erop dat zij middels een artikelsgewijze bespreking haar opmerkingen bij het besluit heeft overgemaakt en dat zij hier nog geen enkele reactie op heeft ontvangen.

65. In haar laatste memorie stelt de verzoekende partij nog dat uit het advies van inspectie van Financiën blijkt dat het nieuwe heffingssysteem vooral om praktische redenen is ingevoerd en dat de omstandigheid dat zij onder het nieuw tariefstelsel minder zal moeten betalen geen afbreuk doet aan de omstandigheid dat zij nu de volledige vergoeding ineens en volledig zal moeten betalen in plaats van progressief. Ten slotte merkt zij nog op dat het niet opgaat om als motivatie voor het nieuwe tariefmodel louter naar het meerderheidsstandpunt van de respondenten op een algemene consultatie te verwijzen. Er is geen rekening gehouden met de opmerkingen van de twee respondenten die een vergunning op de betrokken markt hebben en de impact van de wijzigingen op hun financiële situatie is niet onderzocht. Bovendien wordt de efficiëntie van het nieuwe heffingsmodel nergens aangetoond.

Beoordeling

66. De verwerende partij werpt op dat de verzoekende partij geen belang heeft bij het middelonderdeel dat gericht is tegen de wijziging van het tariefmodel omdat de nieuwe tarieven lager liggen dan de oude, de financiële drempel waar de verzoekende partij gewag van maakt enkel te wijten is aan het feit dat ze tot dusver nog geen gebruik van haar vergunning heeft gemaakt en derhalve nog geen vergoeding heeft betaald en met het bestreden besluit het standpunt dat de verzoekende partij met betrekking tot de mogelijkheid van intrekking van de gebruiksrechten heeft ingenomen, wordt bijgevalen.

67. Ingevolge de inwerkingtreding van het bestreden besluit wordt de verschuldigde vergoeding voor de gebruiksrechten berekend op basis van de beschikbaarstelling van frequenties ongeacht het aantal geëxploiteerde basisstations, terwijl onder het vorige tariefmodel de vergoeding berekend werd per basisstation vanaf de ingebruikname ervan. De verzoekende partij dient de gevolgen van deze wijziging, die haar financiële en commerciële planning in de war kan sturen, te ondergaan. Zij heeft dan ook wel degelijk een belang bij het middelonderdeel. De omstandigheid dat zij tot op heden nog geen enkel basisstation in werking heeft gesteld, dat de tarieven onder het nieuwe tariefsysteem lager liggen en dat zij -met betrekking tot de mogelijkheid van intrekking van de gebruiksrechten- een standpunt heeft ingenomen dat bij de opmaak van het bestreden besluit deels is weerhouden, doet daar geen afbreuk aan.

68. De exceptie wordt verworpen.

69. De verzoekende partij voert vooreerst de schending aan van het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel doordat het tariefstelsel gewijzigd wordt in vergelijking met het ogenblik waarop zij haar vergunning heeft aangevraagd.

70. Artikel 30 WEC bepaalt dat de gebruiksrechten aan heffingen kunnen worden onderworpen met het oog op het optimaal gebruik van de middelen. Daarbij wordt een machtiging gegeven aan de Koning om het bedrag en de nadere regels hiervan vast te leggen:

“§ 1. De in de artikel en 11 en 18 bedoelde gebruiksrechten kunnen aan heffingen onderworpen worden teneinde een optimaal gebruik van deze middelen te waarborgen. De heffingen worden door het Instituut geïnd.

(...)

§ 2. De Koning, na advies van het Instituut, bepaalt het bedrag en de nadere regels inzake de in § 1 bedoelde heffingen [behoudens voor wat bepaald wordt in §§ 1/1, 1/2 en 1/3].”

Aan deze machtiging is uitvoering gegeven door artikel 8 van het bestreden besluit dat luidt als volgt:

“§ 1. De radiotoegangsoperator betaalt een recht, jaarlijks recht voor de beschikbaarstelling van frequenties genaamd, voor de beschikbaarstelling en de coördinatie van de radiofrequenties, alsook de bijbehorende controlekosten.

Voor een nationale radiotoegangsoperator, m.a.w. een houder van gebruiksrechten die het hele nationale grondgebied bestrijken, bedraagt het jaarlijkse recht voor de beschikbaarstelling van frequenties 25.000 euro per MHz toegewezen voor de frequenties vermeld in artikel 4, § 1 en 10.000 euro per MHz toegewezen voor de frequenties vermeld in artikel 4, § 3. Voor de andere radiotoegangsoperatoren wordt het bedrag gecorrigeerd met behulp van de coëfficiënt die verkregen wordt door de bevolking van de gemeenten waarop de gebruiksrechten betrekking hebben te delen door de totale Belgische bevolking.

Het bedrag van dat recht is onafhankelijk van het aantal stations voor radiocommunicatie die de frequentie in kwestie exploiteren.

§ 2. De radiotoegangsoperator betaalt het jaarlijkse recht voor de beschikbaarstelling van frequenties uiterlijk 31 januari van het jaar waarop het betreffende recht betrekking heeft.

De eerste betaling van het jaarlijkse recht voor de beschikbaarstelling van elke frequentie wordt verricht binnen dertig dagen na de ingebruikneming van die frequentie, naar rata van het aantal maanden dat overblijft tot 31 december van het lopende jaar.

§ 3. De bedragen worden jaarlijks op 1 januari aangepast aan het indexcijfer van de consumptieprijsen.

De aanpassing geschiedt met behulp van de coëfficiënt die verkregen wordt door het indexcijfer van de maand december die voorafgaat aan de maand januari in de loop waarvan de aanpassing plaatsvindt, te delen door het indexcijfer van de maand december 2008. Na de toepassing van de coëfficiënt worden de verkregen bedragen afgerond tot het hogere honderdtal euro.”

71. De berekeningswijze van de heffingen die de verzoekende partij dient te betalen ter vergoeding voor de gebruiksrechten voor radiofrequenties, volgt niet uit de aan haar toegekende vergunning, maar wel uit de reglementaire bepalingen. De verzoekende partij kan bijgevolg geen aanspraak maken op het behoud van de berekeningswijze zoals die gold ten tijde van het verlenen van de vergunning.

72. Artikel 13bis, § 1, van het koninklijk besluit van 22 juni 1998 bepaalde dat een heffing verschuldigd is per basisstation dat de operator in werking stelt in zijn openbaar telecommunicatienetwerk per MHz duplex, gebaseerd op de toegewezen frequentiecapaciteit in elk basisstation.

Ingevolge de inwerkingtreding van artikel 8 van het bestreden koninklijk besluit dient de radiotoegangsoperator thans een jaarlijks recht te betalen voor de beschikbaarstelling van de frequenties. Het bedrag van dat recht is onafhankelijk van het aantal stations voor radiocommunicatie die de frequentie in kwestie exploiteren. Aan deze bepaling wordt geen terugwerkende kracht verleend.

73. Het feit dat de tarieven in het bestreden reglementair besluit anders worden berekend, doet geen afbreuk aan het rechtszekerheids- of vertrouwensbeginsel, aangezien de verzoekende partij -zoals uiteengezet bij de beoordeling van het eerste onderdeel van het middel- zich niet kan beroepen op een recht op het ongewijzigd blijven van een reglementering.

74. Voorts voert de verzoekende partij aan dat het bestreden besluit niet op zorgvuldige, redelijke en proportionele wijze tot stand is gekomen omdat

het afbreuk doet aan het businessplan dat zij op het ogenblik van haar vergunningsaanvraag heeft opgesteld.

75. Tijdens de administratieve voorbereiding van het bestreden besluit was het BIPT van oordeel dat er aanpassingen aan de regeling omtrent de heffingen dienden te worden doorgevoerd omdat de operatoren onder de regelgeving van het koninklijk besluit van 22 juni 1998 -dat bepaalde dat de heffing verschuldigd was per basisstation dat in werking wordt gesteld, wat impliceert dat zolang een basisstation niet in werking wordt gesteld, geen heffingen kunnen worden verkregen- de voorwaarden van hun inschrijvingen niet respecteerden en op die manier een frappant onderscheid ontstaan is tussen de theoretische en de werkelijke ontvangsten van de verschuldigde vergoedingen. Zo dienden volgens de inspectie van Financiën in 2008 in theorie 2.137.256 euro aan ontvangsten binnen te komen, terwijl het bedrag er in werkelijkheid slechts 749.263 euro bedroeg. Ingevolge de nieuwe reglementering zouden de ontvangsten 1.758.274 euro moeten bedragen.

76. Zoals uit de beoordeling van het eerste middelonderdeel blijkt, toont de moeilijkheid om het vooropgestelde businessplan te halen, op zich niet de onwettigheid van deze regeling aan. In dat verband kan worden verwezen naar het e-mailverkeer tussen de partijen. Onder het nieuwe koninklijk besluit zal de heffing verschuldigd zijn vanaf de effectieve ingebruikneming van het eerste basisstation waardoor de heffing in vergelijking met de vorige regeling in de beginfase hoger zal zijn. Indien alle stations in gebruik worden genomen zou de verzoekende partij evenwel minder dan de helft moeten betalen in vergelijking met de heffingen die vereist waren door artikel 13bis, § 1, van het koninklijk besluit van 22 juni 1998.

77. Het feit dat de verzoekende partij onder de oude regeling nog geen heffing had betaald, had minder te maken met de toepasselijke regelgeving, dan met het feit dat zij na 15 maanden na de toekenning van de vergunning nog geen enkel station in werking had gesteld. In het kandidatuur dossier werd gepland

om gedurende de eerste 2 jaar 51 basisstations in werking te stellen verdeeld over 50 verschillende gemeenten, wat niet is gebeurd. De vergunning voor 37 stations is hierdoor reeds verstreken.

78. Bovendien blijkt uit de consultatie omtrent het bestreden koninklijk besluit dat de meeste operatoren voorstander waren van een proportionele heffing berekend op het aantal MHz dat aan de operator is toegekend. Slechts 4 operatoren wensten een gelijkstelling te bekomen met de regeling inzake de GSM- en UMTS-vergunningen.

79. De verzoekende partij toont dan ook niet aan dat de berekeningswijze niet op een zorgvuldige, redelijke en proportionele manier tot stand is gekomen.

80. Ten slotte klaagt de verzoekende partij aan dat artikel 11 van het bestreden besluit voorziet in de mogelijkheid van intrekking van de gebruiksrechten zonder dat dit aanleiding kan geven tot schadevergoeding of een terugbetaling van (een deel van) de betaalde rechten.

81. Artikel 18, § 3, WEC kent aan het BIPT de bevoegdheid toe om het gebruiksrecht in te trekken, indien blijkt dat de operator de frequentie waarvoor een gebruiksrecht geldt, niet binnen een redelijke termijn heeft uitgeoefend:

“ § 3. Indien een frequentie waarvoor een gebruiksrecht werd verkregen, niet binnen een redelijke termijn in dienst wordt genomen, kan het Instituut, na de betrokkene gehoord te hebben, het gebruiksrecht intrekken.”

Artikel 11 van het bestreden besluit bepaalt dat de intrekking overeenkomstig artikel 18, § 3, WEC nooit aanleiding kan geven tot een schadeloosstelling noch terugbetaling van betaalde rechten:

“Een intrekking vanwege het Instituut van gebruiksrechten van een radiotoegangsoperator overeenkomstig artikel 18, § 3, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie geeft nooit aanleiding tot een

schadeloosstelling noch terugbetaling van het geheel of een deel van de rechten die eventueel betaald zijn overeenkomstig artikel 8 van dit besluit.”

In het verslag aan de Koning wordt gesteld dat overeenkomstig artikel 11 de schorsing of intrekking van de gebruiksrechten als sanctie aan een operator kan worden opgelegd wanneer hij zijn verplichtingen niet nakomt en dat ook tegemoet wordt gekomen aan het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State door in artikel 11 te verwijzen naar artikel 18, § 3, WEC; er kan geen terugbetaling van de betaalde rechten gebeuren omdat het onaanvaardbaar zou zijn dat een operator zich zou kunnen beroepen op zijn eigen tekortkomingen om daaruit een financiële compensatie te putten.

82. De verzoekende partij gaat eraan voorbij dat de intrekking waarvan sprake in artikel 11 van het bestreden besluit moet worden opgevat als een administratieve sanctie. De intrekking als sanctie kan enkel worden opgelegd indien de operator aan zijn verplichtingen tekort komt. Het is dan ook enkel wanneer de intrekking als administratieve sanctie wordt opgelegd dat de operator geen aanspraak maakt op een schadeloosstelling of terugbetaling van de rechten; indien de intrekking niet conform artikel 18, § 3, WEC gebeurt, kan de operator wel degelijk aanspraak maken op een schadeloosstelling of terugbetaling van de betaalde rechten.

83. De verzoekende partij heeft niet aangetoond dat het nieuwe tariefsysteem kennelijk onevenredig is. Evenmin blijkt dat een operator die geen tekortkoming geeft begaan en wiens gebruiksrechten zijn ingetrokken, geen schadevergoeding of terugbetaling van de rechten kan krijgen. De verzoekende partij kan dan ook niet voorhouden dat er een kennelijk onevenwicht bestaat, door ondanks de gewijzigde regelgeving, toch de verbintenissen die ten tijde van de indiening conform het kandidatuur dossier zijn aangegaan, verder te laten gelden.

84. Het tweede onderdeel van het eerste middel is niet gegrond.

C. Het derde onderdeel van het eerste middel

Standpunt van de partijen

85. De verzoekende partij ontleent het derde onderdeel van het eerste middel aan machtsoverschrijding wegens schending van de artikelen 40, 105, 108, 144 en 145 van de Grondwet. Zij voert aan dat door in artikel 23, § 2, 2°, van het bestreden besluit te bepalen dat wat de bestaande operatoren -de operatoren die overeenkomstig het koninklijk besluit van 22 juni 1998 een vergunning hebben verkregen- betreft “de verbintenissen” bedoeld in artikel 20 van het bestreden besluit, de verbintenissen zijn die “conform het kandidatuurdossier voor het verkrijgen van de vergunning om vaste lokale radioverbindingen te gebruiken”, de Koning zijn macht heeft overschreden wegens de schending van voornoemde grondwetsartikelen.

Zij zet uiteen dat zij niet begrijpt wat met “verbintenissen” wordt bedoeld en om welke verbintenissen het dan wel zou gaan. Gelet op het door haar in haar kandidaatstellingsdossier geformuleerde voorbehoud komt het de Koning niet toe om post factum in een reglementair besluit eenzijdig te bepalen of er door haar verbintenissen zijn aangegaan en welke de concrete inhoud en draagwijdte van deze verbintenissen dan wel is. De Koning beschikt overeenkomstig de artikelen 105 en 108 van de Grondwet enkel over een toegewezen uitvoeringsbevoegdheid en moet aldus steeds over een rechtsgrond beschikken. Noch de artikelen 18, 30 en 39, § 2, WEC -de rechtsgrond voor het thans bestreden besluit-, noch enige andere bepaling verlenen rechtstreeks of onrechtstreeks de bevoegdheid aan de Koning om bepaalde, concreet gestelde rechtshandelingen eenzijdig te kwalificeren als verbintenissen in de zin van het burgerlijk recht. Daarenboven kan een geschil omtrent het bestaan en de omvang van een verbintenis niet door de Koning worden beslecht, maar enkel door de hoven en rechtbanken overeenkomstig de artikelen 40, 144 en 145 van de Grondwet.

86. De verwerende partij antwoordt dat de verzoekende partij het begrip “verbintenissen” verkeerd interpreteert. In de Franstalige versie van het bestreden besluit wordt niet over “obligations”, maar over “engagements” gesproken. In de Franstalige versie van artikel 18, § 1, 7°, WEC komt de term “engagements” terug en in de Nederlandstalige versie wordt deze term vertaald als “toezeggingen”. Artikel 18, § 1, 7°, WEC, verleent de Koning de bevoegdheid om van de toezeggingen -of “verbintenissen”- die een operator in het kader van de selectieprocedure heeft gedaan, een voorwaarde van de vergunning te laten uitmaken en aldus vormt dit artikel wel degelijk de rechtsbasis voor artikel 20 juncto 23, § 2, 2°, van het bestreden besluit. Het spreekt voor zich dat een geïnteresseerde operator geen recht heeft op het verkrijgen van een vergunning, maar een selectieprocedure dient te doorlopen die inhoudt dat de overheid een keuze maakt op basis van een kandidatuur dossier waarin de kandidaat bepaalde toezeggingen of verbintenissen doet die hij, wanneer hij de begunstigde van de vergunning is, nadien evident moet uitvoeren. Voorts betwist de verwerende partij dat de gewone rechter zijn bevoegdheid wordt ontnomen nu een operator, wanneer een geschil ontstaat omtrent de verbintenissen die als voorwaarde in de vergunning zijn opgenomen, steeds de mogelijkheid heeft om beroep in te stellen conform 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.

87. De verzoekende partij repliceert dat artikel 18 WEC op geen enkele manier de bevoegdheid aan de verwerende partij verleent om de concrete rechtsfeiten en/of rechtshandelingen te kwalificeren als verbintenissen. De enige bevoegdheid die wordt verleend, bestaat in de mogelijkheid om de voorwaarden te bepalen die verband houden met toezeggingen die de operator die het gebruiksrecht heeft verkregen, in de loop van de selectieprocedure heeft gedaan.

Beoordeling

88. Artikel 18, § 1, 7^o, WEC verleent de Koning de bevoegdheid om de voorwaarden te regelen voor het verkrijgen en uitoefenen van gebruiksrechten voor radiofrequenties die geheel of gedeeltelijk gebruikt worden voor elektronische communicatiediensten die aan het publiek worden aangeboden, en die verband houden met “de toezeggingen die de operator die het gebruiksrecht inzake de radiofrequenties heeft verkregen, in de loop van de selectieprocedure heeft gedaan”.

89. Thans rijst de vraag of de verwerende partij met het bestreden besluit “de toezeggingen die de operator die het gebruiksrecht inzake de radiofrequenties heeft verkregen, in de loop van de selectieprocedure heeft gedaan” heeft willen kwalificeren als een verbintenis in de zin van een rechtsplicht waarbij de tegenpartij aanspraak kan maken op een welbepaalde gedraging van de andere persoon.

90. Artikel 20 van het bestreden besluit luidt:

“De lijst van de gemeenten waarvoor de gebruiksrechten gelden alsook de verbintenissen die de radiotoegangsoperator in het kader van zijn kandidaatstelling heeft aangegaan, maken deel uit van de gebruiksrechten.”

Voor de operatoren die overeenkomstig het koninklijk besluit van 22 juni 1998 een vergunning hebben, bepaalt artikel 23, § 2, 2^o, van het bestreden besluit dat “[...] de in artikel 20, vermelde verbintenissen [de verbintenissen zijn] conform het kandidatuur dossier voor het verkrijgen van de vergunning om vaste lokale radioverbindingen te gebruiken”.

91. Ofschoon het wenselijker ware geweest de term “toezeggingen” in plaats van “verbintenissen” te gebruiken -deze term stemt overeen met artikel 18, § 1, 7^o, WEC en sluit beter aan met de term “engagements” die wordt gebruikt in de Franstalige versie van het bestreden besluit- zijn voormelde

bepalingen niet van aard om bepaalde concreet gestelde rechtshandelingen eenzijdig te herkwalficeren als verbintenissen in de zin van het burgerlijk recht. Of een bepaalde handeling een verbintenis in de zin van obligatoire verhouding tussen de radiotoegangsoperator en de overheid doet ontstaan, hangt af van de betrokken partijen zelf en volgt niet uit deze bestreden bepalingen. Indien de radiotoegangsoperator -zoals in casu de verzoekende partij- een voorbehoud maakt bij de acties die zij zal ondernemen, dan wordt dit voorbehoud niet door de bestreden bepaling opgeheven, noch worden deze toezeggingen omgezet in een juridisch afdwingbare aanspraak te haren laste.

92. Aangezien de betrokken bepalingen zich niet uitspreken over de draagwijdte van de concrete toezeggingen, moet ook worden vastgesteld dat de Koning zich niet, zoals een rechter, uitspreekt over het bestaan en omvang van de concrete rechtshandelingen van de radiotoegangsoperator.

93. Het derde onderdeel van het eerste middel is niet gegrond.

94. Het eerste middel is in geen van zijn onderdelen gegrond.

D. Het eerste en het tweede onderdeel van het tweede middel

Standpunt van de partijen

95. De verzoekende partij voert de schending aan van “de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijke regelgeving, inzonderheid de schending van het zorgvuldigheidsbeginsel, daaronder mede begrepen het beginsel van de correcte bejegening van de burger en van de materiële motiveringsplicht”.

Zij zet uiteen dat de verwerende partij het BIPT verzocht heeft om een openbare consultatie ten aanzien van het ontwerp van het bestreden koninklijk besluit te houden zodat mogelijke belanghebbenden hun opmerkingen bij het ontwerp konden overmaken maar nadien, ofschoon zij tijdig haar

opmerkingen aan het BIPT heeft laten worden, het bestreden besluit heeft genomen zonder met de door haar geformuleerde bezwaren -in essentie met betrekking tot de verschuldigde heffingsrechten en de beperking van de duur van de gebruiksrechten- rekening te houden. Zij onderkent in deze handelwijze een schending van volgende beginselen van behoorlijk bestuur en behoorlijke regelgeving:

- het zorgvuldigheidsbeginsel -dat onder meer inhoudt dat de normerende overheid haar besluitvorming zorgvuldig dient voor te bereiden en moet steunen op een behoorlijke feitengaring, hetgeen impliceert dat wanneer de overheid beslist om tijdens het normerend proces het advies van de relevante marktspelers in te winnen, vervolgens ook met dat advies rekening houdt- doordat de verwerende partij bij het nemen van het bestreden besluit -dat op de rechtstoestand van de verzoekende partij een grievende impact heeft- met de door haar geformuleerde bezwaren geen rekening heeft gehouden en evenmin heeft aangegeven waarom bepaalde bezwaren werden gevolgd of verworpen. Op grond van het rechtszekerheids- en het vertrouwensbeginsel mocht de verzoekende partij er overigens van uitgaan dat met haar opmerkingen rekening zou worden gehouden.
- de motiveringsplicht doordat, nu noch het BIPT, noch de verwerende partij enig antwoord op de geformuleerde bezwaren heeft gegeven, de verzoekende partij in het ongewisse blijft aangaande de motieven die de normerende overheid ertoe gebracht hebben om geen rekening te houden met de aangehaalde bezwaren. Ook het dossier bevat wat dit betreft geen verduidelijking. Niettemin wordt met het bestreden besluit de rechtstoestand van de verzoekende partij op negatieve wijze gewijzigd. De verzoekende partij blijft zelfs in het ongewisse of haar bezwaren de normerende overheid wel hebben bereikt en zij vraagt in dat verband dat de Raad van State de verwerende partij zou bevelen om het wetgevingsdossier neer te leggen.
- de materiële motiveringsplicht doordat de verwerende partij weigert om de verzoekende partij inzicht te verschaffen in het beleid en de toepassing ervan dat zij middels het bestreden besluit wenst te voeren.

96. De verwerende partij antwoordt dat zij het BIPT verzocht heeft om een openbare raadpleging te houden, maar dat dergelijke openbare raadpleging -die louter tot doel heeft de overheid te informeren zodat ze met kennis van zaken een beslissing kan nemen- niet kan worden vergeleken met de hoorplicht, die enkel van toepassing is op besluiten met een individuele strekking en niet op reglementaire besluiten, zelfs wanneer deze een onmiddellijke weerslag op de rechtstoestand van de betrokkene hebben. Zelfs het beginsel van de hoorplicht, dat te dezen niet van toepassing is, gaat bovendien niet zo ver dat elk schriftelijk bezwaar moet worden weerlegd. Zij benadrukt dat zij wel degelijk kennis heeft genomen van de opmerkingen van de verzoekende partij en dat zij het ontwerp van het bestreden besluit naar aanleiding van de geformuleerde opmerkingen op diverse punten heeft aangepast en gewijzigd en bespreekt vervolgens één voor één de verschillende wijzigingen die aan het ontwerp zijn doorgevoerd naar aanleiding van de openbare raadpleging. Zij besluit dat het bestreden besluit wel degelijk zorgvuldig werd voorbereid en gesteund is op een correcte feitenvinding zodat er van een schending van het zorgvuldigheidsbeginsel geen sprake is. Waar de verzoekende partij aanvoert dat de motiveringsplicht geschonden is doordat niet wordt aangegeven waarom niet aan de bezwaren van de verzoekende partij werd tegemoetgekomen, merkt de verwerende partij op dat de motiveringsplicht geenszins impliceert dat het bestuur bij het nemen van een reglementair besluit de redenen moet aangeven waarom niet aan de bezwaren van de betrokkene werd tegemoet gekomen, maar dat het integendeel volstaat dat uit het administratief dossier blijkt dat het bestuur van deze bezwaren kennis heeft genomen bij het nemen van de beslissing, hetgeen te dezen het geval is. Waar de verzoekende partij ten slotte opmerkt dat de materiële motiveringsplicht geschonden is doordat verzuimd wordt om inzicht te verschaffen in het beleid dat de verwerende partij met het bestreden besluit nastreeft, verwijst de verwerende partij naar de weerlegging van het tweede onderdeel van het eerste middel waaruit blijkt dat de vroegere tarifieringswijze niet succesvol bleek aangezien een aantal operatoren hun basisstations nooit in werking hebben gesteld. Het beleid van het bestreden besluit heeft juist tot doel om de vergunningsgerechtigden aan te zetten tot een meer effectief gebruik van hun vergunning.

97. De verzoekende partij repliceert dat de verwerende partij niet post factum kan beweren dat het ontwerp van het bestreden besluit, rekening houdend met de door haar geformuleerde opmerkingen, op bepaalde punten is gewijzigd, aangezien dit in de periode vóór de totstandkoming van het bestreden besluit op geen enkele wijze is gebleken. Het loutere feit dat het bestreden besluit enkele wijzigingen bevat die toevallig ook in de door haar gemaakte opmerkingen waren vermeld, doet daaraan geen afbreuk en doet niets af van het feit dat de verzoekende partij niet correct is bejegend doordat zij in het ongewisse is gelaten omtrent de motieven die aan het bestreden besluit ten grondslag liggen en niet werd tegemoetgekomen aan haar rechtmatige verwachting dat met haar opmerkingen rekening zou worden gehouden.

98. In haar laatste memorie benadrukt de verzoekende partij dat nergens blijkt dat de met het bestreden besluit aangebrachte wijzigingen inzake de duurtijd van de gebruiksrechten en de verschuldigde heffing, feitelijk zijn onderbouwd. Er wordt geen studie bijgebracht omtrent de betrokken markt, enkel wordt verwezen naar meerderheidsstandpunten van respondenten op een algemene consultatie, waarbij geen rekening gehouden wordt met het feit dat slechts twee van die respondenten een vergunning op de betrokken markt hebben. De verwerende partij kan dan ook niet volstaan met een loutere optelling van de verschillende standpunten naar aanleiding van de consultatie, maar had specifiek rekening moeten houden met de opmerkingen van de twee vergunninghoudende partijen en die aan een nadere analyse moeten onderwerpen. De verzoekende partij zet voorts uiteen dat de WEC onder meer tot doel heeft de markt verder te liberaliseren en de concurrentie te vergroten en dat de verwerende partij niet aantoont dat door een beperking van de duur van de gebruiksrechten en een onmiddellijke inning van de heffingen de markttoegang is vergroot. Zij stelt dat een onmiddellijke inning integendeel de grote marktpelers bevoordeelt en de toegang tot de markt voor haar ernstig bemoeilijkt, zoniet onmogelijk maakt. In elk geval zijn de feitelijke gevolgen inzake de duur en heffing voor de betrokken markt niet bestudeerd. Dat de verwerende partij mogelijk rekening heeft gehouden met

andere opmerkingen van de verzoekende partij doet hier geen afbreuk aan, vermits vooral haar opmerkingen inzake duurtijd van de gebruiksrechten en heffing essentieel waren.

Beoordeling

99. De materiële motiveringplicht, die ook van toepassing is op reglementaire besluiten, houdt in dat iedere administratieve rechtshandeling moet steunen op motieven waarvan het feitelijk bestaan naar behoren is bewezen en die in rechte ter verantwoording van die handeling in aanmerking kunnen worden genomen, met name in redelijkheid aanvaardbaar zijn. Die motieven kunnen niet alleen blijken uit de overwegingen van het besluit zelf, maar ook uit de stukken van het dossier. Een reglementair besluit is daarentegen niet onderworpen aan de formele motiveringsplicht, zoals onder meer blijkt uit de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen.

100. De verplichting tot consultatie van een belangengroep is geen ongeschreven beginsel dat het bestuur op grond van zijn verplichting tot behoorlijke regelgeving moet naleven. Er is evenmin een wettelijke bepaling die de verwerende partij oplegt om bij de totstandkoming van de bestreden regeling de belangengroepen te betrekken. Artikel 18, § 1, WEC bepaalt enkel dat het koninklijk besluit moet worden “genomen na advies van het Instituut en vastgesteld na overleg in de Ministerraad”. Het organiseren van een openbare consultatie zonder daartoe verplicht te zijn kadert in een zorgvuldige voorbereiding van het te nemen besluit.

101. Uit de door de verzoekende partij ingeroepen beginselen van behoorlijk bestuur kan geen verplichting worden afgeleid waarbij de overheid na de openbare consultatie bij het treffen van het bestreden reglementair besluit aan de operatoren had moeten meedelen aan welke opmerking al dan niet gevolg wordt gegeven en waarom. De overheid dient geen individuele verduidelijking te geven aan elk van de belanghebbenden die haar hun opmerkingen hebben overgemaakt.

102. Daarnaast blijkt dat de verwerende partij wel degelijk rekening heeft gehouden met bepaalde opmerkingen die door de verschillende operatoren -waaronder de verzoekende partij- werden meegedeeld en dat het ontwerpbesluit als gevolg van de publieke consultatie op tal van punten werd gewijzigd. Dat geen rekening werd gehouden met de opmerkingen van de verzoekende partij inzake de beperkte duurtijd van de gebruiksrechten en de verschuldigde heffing doet hier geen afbreuk aan.

103. Het eerste en tweede onderdeel van het tweede middel zijn niet gegrond.

E. Het derde onderdeel van het tweede middel

Standpunt van de partijen

104. De verzoekende partij voert de schending aan van artikel 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State en van het parallellisme van de vormen. Zij laat gelden dat het bestreden besluit niet is voorafgegaan door een verslag aan de Koning, noch door het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State. Nochtans wordt haar rechtstoestand met het bestreden besluit in negatieve zin gewijzigd en is de voorgaande regeling -vervat in het koninklijk besluit van 22 juni 1998- wel voorafgegaan door een verslag aan de Koning en wel onderworpen aan het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State.

105. De verwerende partij antwoordt dat het bestreden besluit wel degelijk is voorafgegaan door een verslag aan de Koning en dat ook het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State ingewonnen is, waardoor het aan de wettelijk gestelde vormvereisten voldoet. Tevens merkt zij op dat het bestreden besluit is voorafgegaan door het advies van het BIPT, dat gegeven werd op 24 september 2008 conform artikel 18, § 1, 1e alinea, WEC, en het advies van de inspecteur van Financiën, gegeven op 30 september en 14 november 2008.

106. De verzoekende partij repliceert dat bij de bekendmaking van het bestreden besluit noch het verslag aan de Koning, noch het advies van de afdeling Wetgeving van de Raad van State werd gepubliceerd, terwijl dit wel het geval was voor het koninklijk besluit van 22 juni 1998.

Beoordeling

107. Artikel 3, § 1, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State luidt:

“Buiten het met bijzondere redenen omklede geval van hoogdringendheid en de ontwerpen betreffende begrotingen, rekeningen, leningen, domeinverrichtingen en het legercontingent uitgezonderd, onderwerpen de Ministers, de leden van de gemeenschaps- of gewestregeringen, de leden van het College van de Franse Gemeenschapscommissie en de leden van het Verenigd College respectievelijk bedoeld in het derde en het vierde lid van artikel 60 van de bijzondere wet van 12 januari 1989 met betrekking tot de Brusselse instellingen, ieder wat hem betreft, aan het met redenen omkleed advies van de afdeling wetgeving de tekst van alle voorontwerpen van wet, decreet, ordonnantie of van ontwerpen van reglementaire besluiten. De adviesaanvraag vermeldt de naam van de gemachtigde of van de ambtenaar die de minister aanwijst om de afdeling wetgeving de dienstige toelichtingen te verstrekken. Het advies en het voorontwerp worden gehecht aan de memorie van toelichting van de ontwerpen van wet, decreet of ordonnantie. Het advies wordt gehecht aan de verslagen aan de Koning, aan de Regering, aan het College van de Franse Gemeenschapscommissie en aan het Verenigd College.

Aan het advies van de afdeling wetgeving worden niet onderworpen, de ontwerpen van reglementen en besluiten van de Brusselse Hoofdstedelijke Regering of van het Verenigd College die betrekking hebben op de bevoegdheden van de Brusselse agglomeratie en op de bevoegdheden van de Vlaamse of de Franse Gemeenschapscommissie.

Wat het College van de Franse Gemeenschapscommissie betreft, wordt het advies van de afdeling wetgeving alleen gevraagd voor de besluiten die betrekking hebben op aangelegenheden die met toepassing van artikel 138 van de Grondwet zijn overgeheveld.”

108. Het parallellisme van de vormen houdt in dat de overheid die bevoegd is om een administratieve beslissing te nemen, bij ontstentenis van een

andersluidende bepaling ook de overheid is die bevoegd is om een einde te maken aan de gevolgen van die beslissing en dat zij daarbij een soortgelijke procedure moet volgen als die welke gevolgd is om de beslissing te nemen. Op basis van het principe van het parallellisme der vormen en de zogenaamde “regel van de tegengestelde akte” is de wijziging van een reglementair besluit, behoudens andersluidende bepaling, onderworpen aan dezelfde vormvereisten als de totstandkoming van het besluit zelf. Wanneer het substantiële vormvereisten betreft kan de niet-naleving ervan grond opleveren tot vernietiging door de Raad van State.

109. Uit het administratief dossier blijkt dat voor het bestreden besluit wel degelijk een verslag aan de Koning is opgesteld en een advies verleend door de afdeling Wetgeving van de Raad van State zodat het middel op dat punt faalt in feite.

110. In haar memorie van wederantwoord merkt de verzoekende partij terecht op dat noch het verslag aan de Koning, noch het advies van de afdeling Wetgeving voor het bestreden besluit in het Belgisch Staatsblad zijn bekendgemaakt, terwijl dit wel is gebeurd voor het koninklijk besluit van 22 juni 1998. Dit gebrek aan bekendmaking is evenwel geen tekortkoming aan een substantiële vormvereiste waarvan de niet-naleving een grond kan opleveren tot vernietiging door de Raad van State. Deze vormvereiste wordt immers niet door de wet opgelegd. Artikel 18, § 1, WEC bepaalt enkel dat bij de uitoefening van de door de wet aan de Koning toegekende bevoegdheid, het besluit moet worden “genomen na advies van het Instituut en vastgesteld na overleg in de Ministerraad”. Evenmin blijkt dat het verzuim van de substantiële vorm, in feite, op de inhoud van de gewraakte beslissing invloed heeft gehad.

111. Het derde onderdeel van het tweede middel is niet gegrond

112. Het tweede middel is in geen van zijn onderdelen gegrond.

F. Het door de verzoekende partij in haar laatste memorie opgeworpen nieuw middel

Standpunt van de partijen

113. In haar laatste memorie voert de verzoekende partij een nieuw middel aan dat zij ontleent aan de schending van de artikelen 18, § 1, 30, § 2 en 39, § 2, WEC en de onbevoegdheid van de Koning en dat volgens haar van openbare orde is. Zij ontwikkelt het middel als volgt: de voormelde artikelen, die de rechtsgrond van het bestreden besluit vormen stellen de verplichting in om het advies van het BIPT in te winnen, dit advies vormt een substantiële vormvereiste waarvan het ontbreken op zich de openbare orde raakt en leidt tot de onbevoegdheid van de Koning om het bestreden besluit te nemen. Zij steunt deze stelling op het arrest nr. 165.926 van 13 december 2006 inzake REMS-WERK CHRISTIAN FÖLL UND SÖHNE GMBH & CO. KG, en verwijst voorts naar de rol van het BIPT zoals omschreven in artikel 18, § 4, WEC en naar de doelstellingen die het BIPT in het licht van het recht van Europese Unie moet nastreven. Zij besluit dat gelet op de cruciale rol van het BIPT, de Koning geen beslissingen kan nemen die, zoals te dezen, betrekking hebben op de markttoegang en de daarop van toepassing zijnde voorwaarden zonder vooraf het advies van het BIPT in te winnen. Vermits te dezen geen advies van het BIPT voorligt was de Koning niet bevoegd om het bestreden besluit te nemen. Zij voegt daaraan toe dat in de aanhef van het bestreden besluit weliswaar verwezen wordt naar een advies van het BIPT, gegeven op 24 september 2008, maar dergelijk advies bestaat niet, minstens is het niet rechtsgeldig. In dat verband wijst de verzoekende partij erop dat het administratief dossier geen advies van 24 september 2008 bevat. Wel worden twee documenten “advies van het BIPT” -waarvan niet wordt aangetoond dat het regelmatig tot stand gekomen is- genoemd, voorgelegd terwijl het gaat om enerzijds een ontwerpdocument en anderzijds een niet gedateerd ondertekend stuk waarin zelfs niet verwezen wordt naar artikel 18, § 1, WEC maar enkel naar artikel 30, § 2, WEC.

114. De verwerende partij verduidelijkt in haar “memorie in antwoord op het nieuw middel van verzoekende partij” dat de twee in het administratief dossier neergelegde stukken respectievelijk een niet-ondertekend ontwerpadvies van het BIPT dat met een schrijven van 23 juni 2008 aan de minister is verstuurd -bijlage 2 van stuk 4- en een ontwerpadvies dat door bepaalde leden van de Raad van het BIPT werd geparafeerd -stuk 5- betreffen. Volgens haar werd de definitieve versie van het advies van het BIPT per vergissing niet bijgevoegd en heeft zij die vergissing goedge maakt met de overlegging van het behoorlijk gedagtekend en ondertekend advies.

De verwerende partij betwist ook dat het advies van het BIPT een substantiële vormvereiste zou uitmaken waarvan het ontbreken op zich de onbevoegdheid van de Koning tot gevolg zou hebben. Zij wijst erop dat niet elke substantiële vormvereiste waarvan de niet-naleving kan worden ingeroepen van openbare orde is. Weliswaar is een middel dat verband houdt met de bevoegdheid van de steller van de akte van openbare orde, maar het voorliggende beroep verschilt fundamenteel van de zaak Rems-werk, waar de verzoekende partij naar verwijst aangezien in die zaak de problematiek ging over de bevoegdheid van de Koning tot bekrachtiging van normen die door het BIN waren uitgevaardigd zodat de beslissing van het BIN om de normen al dan niet voor bekrachtiging voor te leggen een essentiële en fundamentele stap vormde binnen het bekrachtigingsproces. In de voorliggende zaak is de bevoegdheid tot het bepalen van de voorwaarden voor het verkrijgen en uitoefenen van de gebruiksrechten voor radiofrequenties voor elektronische communicatie evenwel volledig toegekend aan de Koning en niet aan het BIPT. Het advies van het BIPT kan dan ook niet beschouwd worden als een substantiële vormvereiste die de bevoegdheid van de Koning bepaalt of beïnvloedt. Het ontbreken van het advies heeft dan ook niet voor gevolg dat de Koning onbevoegd zou worden tot het nemen van een besluit inzake de vaststelling van voorwaarden betreffende het verkrijgen van gebruiksrechten op radiofrequenties. Het advies van het BIPT is dan ook geen substantiële vormvereiste die de openbare orde raakt.

Voorts benadrukt de verwerende partij dat wel degelijk een advies bij het BIPT werd ingewonnen. Zij verwijst desbetreffend naar het door haar neergelegde stuk 11bis van het administratief dossier en betoogt dat dit advies volledig regelmatig is en niet kan leiden tot de onwettigheid van de beslissing die er mede op gesteund is.

Beoordeling

115. Een middel dat niet in het verzoekschrift maar in een later procedurestuk wordt uiteengezet kan slechts ontvankelijk bij het onderzoek van de zaak betrokken worden wanneer de verzoeker aantoont dat hij het middel niet eerder kon aanvoeren of wanneer het een middel van openbare orde is dat ambtshalve in elk stadium van de procedure door de organen van de Raad van State zelf moet onderzocht worden.

116. Van de feitelijke gegevens waarop de verzoekende partij het middel steunt, heeft zij kennis kunnen nemen door de neerlegging van het administratief dossier. Zij toont niet aan dat het haar onmogelijk was het middel reeds bij het indienen van haar memorie van wederantwoord aan te voeren. Het middel is derhalve laattijdig aangevoerd. De Raad van State kan het slechts onderzoeken wanneer hij het middel van openbare orde acht.

117. Het middel betreft de onbevoegdheid van de Koning om het bestreden besluit te treffen. Hij zou onbevoegd zijn omdat hij, in strijd met de toepasselijke regelgeving, het bestreden besluit getroffen heeft zonder daarvoor te beschikken over een regelmatig advies van het BIPT.

Dergelijk middel houdt evenwel geen verband met de institutionele bevoegdheid van de Koning om het bestreden besluit te treffen -hetgeen een ambtshalve onderzoek vereist-, maar kan hoogstens leiden tot de vaststelling dat de Koning zijn bevoegdheid op onregelmatige wijze uitgeoefend heeft.

118. De aangevoerde onregelmatigheid kan niet leiden tot de vaststelling dat de Koning niet bevoegd was om het bestreden besluit te treffen. Aldus bezien is het middel niet van openbare orde.

119. De miskennis van een substantiële vorm is, algemeen genomen, geen middel dat ambtshalve in de debatten wordt gebracht. En het bestaan van een adviesverplichting betekent nog niet dat de Raad van State onregelmatigheden op dat vlak ambtshalve en zonder tijdige aanzet van de verzoekende partij in het geding moet brengen.

120. Het middel is niet ontvankelijk.

BESLISSING

1. De Raad van State verwierpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op 175 euro.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van 19 september 2011, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

André Vandendriessche,

kamervoorzitter,

Daniël Moons,

staatsraad,

Bert Thys,

staatsraad,

bijgestaan door

Vera Wauters,

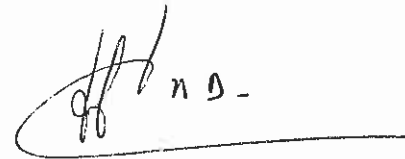
griffier.

De griffier

De voorzitter



Vera Wauters



André Vandendriessche