

**Het HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL,
18 KAMER,**

Nr.: M77

Rep.nr.: 2008/6669

na beraad, wijst volgend arrest :

A.R. Nr. 2008/AR/3257

IN ZAKE VAN :

DE NV MOBISTAR, met maatschappelijke zetel te 1030 BRUSSEL, Reyerslaan 70, ingeschreven in de Kruispuntbank der Ondernemingen onder het nummer 0456.810.810, verzoekster, woonstkeuze doende op het kantoor van Mr. ARTS Dirk, met kantoor te 1050 BRUSSEL, Tervurenlaan 268 A

vertegenwoordigd door Mr. ARTS Dirk en Tom ✓ DE CORDIER, advocaten te 1050 BRUSSEL, Tervurenlaan 268 A;

TEGEN :

HET BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN EN TELECOMMUNICATIE (afgekort B.I.P.T.), met zetel te 1030 BRUSSEL, Koning Albert II-laan 35, Ellipse Building - verweerster,

vertegenwoordigd door Mr. DEPRE Sebastien en Kamain MAN, advocaten te 1050 BRUSSEL, Louizalaan en Mr. Hans VAN DE CAUTER, ✓ advocaat te 1000 BRUSSEL, Koningsstraat 15;

Kamer 18

Zitting van

22 -09- 2009
eindarrest

QAT 81 v 82 EEG

TUSSENKOMENDE PARTIJ :

DE NV BASE, met maatschappelijke zetel te 1200 BRUSSEL, Neerveldstraat 105, ingeschreven in de Kruispuntbank der Ondernemingen onder het nummer 0462.925.669;

Vrijwillig tussenkomende partij,

- ✓ Vertegenwoordigd door Mr. Yvan DESMEDT, advocaat te 1200 BRUSSEL, Brand Whitlocklaan 165;

Gelet op het Besluit van de Raad van het BIPT van 25 november 2008 met betrekking tot het afzien van de stilzwijgende verlenging van de vergunningen voor het opzetten en exploiteren van de 2 GSM- mobilofonienetten (MOBISTAR en PROXIMUS) en het net van de DCS1800-operator (BASE) (hierna "het bestreden besluit").

Gelet op het verzoekschrift tot nietigverklaring en schorsing neergelegd door MOBISTAR op de griffie van het hof op 24 december 2008.

Gelet op het verzoekschrift tot vrijwillige tussenkomst neergelegd op de griffie van het hof op 19 maart 2009 door BASE.

Gelet op de besluiten van partijen en de door hen neergelegde stukken.

Gehoord partijen bij monde van hun raadslieden op de openbare terechtzittingen.

I. DE VORDERINGEN EN HET BESTREDEN BESLUIT

1. Het geschil heeft als voorwerp het Besluit van de Raad van het BIPT van 25 november 2008 waarbij het BIPT tegelijkertijd afziet van de stilzwijgende

verlenging van de vergunningen van de drie mobiele GSM operatoren BELGACOM MOBILE, MOBISTAR en BASE. Op dezelfde datum bevestigt de Minister voor Economische zaken en Administratieve Vereenvoudiging “voor zover als nodig” het bestreden besluit bij afzonderlijk schrijven.

Het bestreden besluit waarbij afgezien wordt van een stilzwijgende verlenging van de drie operatoren is met name gesteund op de noodzaak van eenerschikking van de spectrumverdeling teneinde de ontplooiing van UMTS¹ (vnl. 2200 MHz) diensten van de derde generatie en de toetreding tot de markt van een vierde operator te kunnen bevorderen.

2. De drie mobiele operatoren verzetten zich tegen het bestreden besluit en vragen in hun respectievelijke beroepen de nietigverklaring ervan.

De huidige procedure heeft het beroep van MOBISTAR tot voorwerp. MOBISTAR vordert in haar verzoekschrift de nietigverklaring van het bestreden besluit alsmede de schorsing van de tenuitvoerlegging ervan in afwachting van een uitspraak ten gronde. Tijdens de pleidooien verklaart MOBISTAR niet langer de schorsing te vragen.

3. De vrijwillige tussenkomst van BASE heeft tot voorwerp het beroep van MOBISTAR ongegrond te verklaren en subsidiair het bestreden besluit nietig te verklaren in de mate het afziet van de stilzwijgende verlenging van de vergunning van BASE.

4. MOBISTAR heeft tijdens de openbare terechtzitting meegedeeld dat ze de ontvankelijkheid van de tussenkomst van BASE niet langer betwist. Zij blijft de gegrondheid betwisten.

¹ Universal Mobile Telecommunication Systems. UMTS moet het dankzij aanzienlijk hogere verbindingssnelheden mogelijk maken om naast spraak een veelheid aan datacommunicatietoepassingen mobiel toegankelijk te maken zoals internettoegang, e-mail, fax, videotelefonie en amusementsdiensten als muziek en video.

5. MOBISTAR vraagt tenslotte alvorens recht te doen de toevoeging van bepaalde stukken aan het administratieve dossier en betwist het vertrouwelijk karakter van sommige stukken van het BIPT dossier.

6. Het BIPT vraagt om de vorderingen van MOBISTAR ongegrond te verklaren.

7. Bij brief van 21 augustus 2009 heeft de raadsman van MOBISTAR een mededeling gedaan in functie van het gegeven dat het hof op 20 juli 2009 een arrest heeft uitgesproken in de zaak waarbij BELGACOM MOBILE de vernietiging vorderde van de beslissing van het BIPT inzake de niet stilzwijgende verlening van de gsm-vergunning wat haar betreft.

Het hof beschouwt deze brief niet als een verzoek tot heropening van het debat en weert het geschrift verder uit het beraad.

II. BEKNOPTE WEERGAVE VAN DE FEITELIJKE CONTEXT

8. Op 27 november 1995 wordt aan MOBISTAR op basis van het Koninklijk Besluit van 7 maart 1995 met betrekking tot de GSM netwerken in de 900 MHz frequentieband (hierna het "KB 1995") een vergunning verleend door de Ministerraad voor het opzetten en uitbaten van een GSM-telefonienet in België in de 900 MHz frequentieband (hierna de "MOBISTAR vergunning").

9. BELGACOM MOBILE ontvangt haar GSM vergunning op 2 juli 1996 eveneens op basis van voormeld KB (hierna de "BELGACOM vergunning").

BASE bekommt een vergunning op 2 juli 1998 (hierna de "BASE vergunning") op basis van het Koninklijk Besluit van 24 oktober 1997 met betrekking tot de DCS-1800 mobilofonienetwerken (hierna het "KB 1997").

10. De drie onderscheiden GSM vergunningen die behoren tot de zogenaamde 'tweede generatie' worden toegekend voor een initiële periode van 15 jaar en hebben dus uiteenlopende einddata.

In 2001 werd een UMTS of 3G vergunning toegekend aan de drie GSM operatoren. Voor de vierde vergunning bestond toen geen belangstelling.

11. Om historische redenen gebruiken BELGACOM MOBILE en MOBISTAR voor hun GSM netwerk hoofdzakelijk de 900 MHz frequentieband terwijl aan BASE als laatste vergunde operator aanvankelijk enkel nog 1800 MHz frequenties konden worden toegekend. De 1800 MHz band wordt door BASE als minder performant beschouwd (mindere reikwijdte en meer masten) en als een handicap in vergelijking met haar concurrenten. Het BIPT heeft getracht aan deze ongelijke spectrumverdeling te verhelpen met name door bijkomende kanalen in de 900 MHz frequentieband toe te kennen aan BASE en 1800 Mhz frequentiebanden aan BELGACOM MOBILE en MOBISTAR. Een volledig gelijke verdeling is evenwel nog niet bereikt.

12. Het BIPT verwacht dat de GSM-technologie (tweede generatie of 2G) in de toekomst geleidelijk aan zal worden vervangen door derde generatie (3G-technologie of UMTS) en dat er minder behoefte zal bestaan aan het spectrum in de 900 MHz-band ten behoeve van GSM gebruik. Daar staat tegenover dat de behoefte aan spectrum voor 3G/UMTS zal stijgen door het toenemende gebruik ervan. Bovendien zal de behoefte aan spectrum in lagere frequentiebanden dan de oorspronkelijke UMTS banden toenemen, om dekking te realiseren in gebieden waar een geringere capaciteit nodig is. Ook dekking binnenshuis zal met deze frequenties in de 900 MHz-band op eenvoudiger en economischer wijze kunnen worden gerealiseerd. Er is kennelijk een behoefte om het gebruik van 900 Mhz kanalen op te stellen voor de derde generatie netwerken.

13. Relevant is verder nog de hernieuwde belangstelling voor een vierde UMTS vergunning.

III. HET REGLEMENTAIR KADER

14. Op Europees vlak zijn er de richtlijnen van 7 maart 2002 die ten grondslag liggen aan de nieuwe sectorregulering, die in het nationale recht omgezet is bij Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (WEC): Toegangsrichtlijn 2002/19/EG, Machtigingsrichtlijn 2002/20/EG, Kaderrichtlijn 2002/21/EG, en Universele-dienstrichtlijn 2002/22/EG.

15. Naast de reeds genoemde WEC werden in deze materie verschillende Koninklijke Besluiten uitgevaardigd waaronder het Koninklijk Besluit van 7 maart 1995 betreffende het opzetten en de exploitatie van GSM-mobilofonienetten (KB 1995), gewijzigd door het Koninklijk Besluit van 24 oktober 1997 en in verband met DCS1800 het Koninklijk Besluit van 24 oktober 1997 betreffende het opzetten en de exploitatie van DCS-1800-mobilofonienetten (KB 1997).

Inzake UMTS is er het Koninklijk Besluit van 18 januari 2001 tot vaststelling van het bestek en van de procedure tot toekenning van vergunningen voor de mobiele telecommunicatiesystemen van de derde generatie en het Koninklijk Besluit van 28 maart 2007 dat dit KB wijzigt.

Betreffende de herverdeling van frequenties is er het Koninklijk Besluit van 2 februari 2005 tot wijziging van het Koninklijk Besluit van 7 maart 1995 betreffende het opzetten en de exploitatie van GSM-mobilofonnetten en van het Koninklijk Besluit van 24 oktober 1997 betreffende het opzetten en de exploitatie van DCS-1800-mobilofonienetten.

16. Bovendien dient rekening gehouden te worden met een op handen zijnde herziening van het reglementaire kader. Naast de goedgekeurde maar nog in

werking te treden en in nationaal recht om te zetten herziening van de GSM Richtlijn² is er een ontwerp van Koninklijk Besluit relevant in het kader van onderhavig geschil (het Ontwerp KB). Dit laatste beoogt met name een verlenging van de looptijden van de GSM vergunningen van de drie 2G-operatoren³.

IV. ONTVANKELIJKHEID VAN DE VORDERINGEN

17. De ontvankelijkheid van de vordering van MOBISTAR wordt niet betwist.

18. MOBISTAR meent in haar verzoekschrift evenwel dat de vrijwillige tussenkomst van BASE niet ontvankelijk is wegens (1) gebrek aan belang en (2) laattijdigheid. Tijdens de pleidooien verklaarde MOBISTAR niet langer de ontvankelijkheid van de vrijwillige tussenkomst van BASE te betwisten (cfr. randnr. 4).

19. De vrijwillige tussenkomst van BASE is evenwel slechts ontvankelijk voorzover BASE geen afzonderlijke vorderingen instelt of andere middelen tot vernietiging aanvoert dan de oorspronkelijke verzoekster. De vordering van MOBISTAR beoogt enkel de vernietiging van het bestreden besluit ten aanzien van de niet-stilzwijgende verlenging van haar eigen vergunning. BASE kan in het kader van onderhavige vrijwillige tussenkomst de vernietiging van het bestreden besluit ten aanzien van haarzelf dus niet vorderen.

² Voorstel voor een richtlijn van het Europees Parlement en de Raad tot wijziging van Richtlijn 87/372/EEG van de Raad inzake de voor een gecoördineerde invoering van openbare pan-Europese digitale cellulaire mobiele communicatie te land in de Gemeenschap beschikbaar te stellen frequentiebanden (COM(2008)0762 – C6-0452/2008 – 2008/0214(COD)).

Goedgekeurd door de telecomunicatieministers van de EU op 27 juli 2009.

³ Zie raadpleging van 24 april 2009 het BIPT betreffende het ontwerp van koninklijk besluit tot wijziging van het koninklijk besluit van 7 maart 1995 betreffende het opzetten en de exploitatie van GSM-mobilofonienetten, het koninklijk besluit van 24 oktober 1997 betreffende het opzetten en de exploitatie van DCS-1800-mobilofonienetten en het koninklijk besluit van 18 januari 2001 tot vaststelling van het bestek en van de procedure tot toekenning van vergunningen voor de mobiele telecommunicatiesystemen van de derde generatie. Goedgekeurd in tweede lezing door de Ministerraad op 17 juli 2009.

20. De tussenkomst van BASE is ontvankelijk voorzover ze zich beperkt tot een standpunt betreffende de middelen die door MOBISTAR worden aangevoerd.

V. BETREFFENDE HET VERTROUWELIJK KARAKTER VAN BEPAALDE STUKKEN EN DE ONVOLLEDIGHEID VAN HET ADMINISTRATIEVE DOSSIER

21. In haar besluiten vordert MOBISTAR de toevoeging van bepaalde stukken aan het dossier van het BIPT. Tijdens de pleidooien identificeert MOBISTAR via haar raadsman deze ontbrekende stukken. Het BIPT verzette zich niet langer tegen de mededeling van stuk 2.

22. Het hof stelde de zaak in voortzetting op de openbare terechtzitting van 11 mei 2009 teneinde het BIPT toe te laten de overige stukken ter inzage aan het hof voor te leggen. Deze stukken werden aan het hof overgemaakt op 6 mei 2009.

23. Na onderzoek van deze stukken is het hof van oordeel dat ze ofwel door hun aard een vertrouwelijk karakter bezitten zoals de correspondentie met de raadsman van het BIPT (stuk 14) ofwel louter interne documenten zijn die bijgevolg geen deel uitmaken van het administratief dossier (stuk 1 en 10) ofwel loutere preliminaire handelingen vormen of standpunten bevatten waarop het bestreden besluit kennelijk niet is gesteund en/of die niet relevant zijn voor de oplossing van onderhavig geschil (stuk 6, 13, 15 en 16) en waarvan de mededeling niet vereist is met het oog op de rechten van de verdediging. De vordering tot mededeling van deze stukken wordt dan ook afgewezen.

24. Verder verzoekt MOBISTAR het hof om zich uit te spreken over de al dan niet vertrouwelijkheid van bepaalde stukken in het gerechtelijk en administratief dossier van het BIPT en het BIPT desgevallend te bevelen een

niet-vertrouwelijke versie mee te delen aan MOBISTAR. Dit verzoek kan niet ingewilligd worden nu MOBISTAR voor elk van deze stukken niet specifiek aangeeft waarom zij hiertoe toegang zou moeten hebben.

VI. MIDDELEN TEN GRONDE

25. MOBISTAR voert diverse middelen aan op basis waarvan het bestreden besluit moet geacht worden onwettig te zijn. MOBISTAR betoogt in haar grieven dat het BIPT:

- (i) onbevoegd was om het bestreden besluit te nemen (schending van artikel 3 §2 KB 1995 en van artikel 3 §2 KB 1997);
- (ii) zijn beslissing niet afdoende heeft gemotiveerd (schending van artikel 3 §2 KB 1995 en van artikel 3 §2 KB 1997 en van de materiële motiveringsplicht);
- (iii) zijn beslissing ten aanzien van de niet-stilzwijgende verlenging van de vergunning van BELGACOM MOBILE te laat heeft genomen en MOBISTAR bijgevolg gediscrimineerd wordt ten aanzien van BELGACOM MOBILE (schending van het gelijkheidsbeginsel en artikel 9 §1 Kaderrichtlijn);
- (iv) bij zijn beslissing zijn discretionaire appreciatiemarge te buiten is gegaan en dus kennelijk onredelijk is opgetreden ten aanzien van MOBISTAR (schending van artikel 3 §2 KB 1995 en van artikel 3 §2 KB 1997, van het evenredigheidsbeginsel, het redelijkheidsbeginsel en het rechtzekerheidsbeginsel);
- (v) geen behoorlijk overleg heeft gepleegd met de gemeenschapsregulators door hen een onredelijk korte antwoordtermijn op te leggen (schending ondermeer van het Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 en van artikel 14 § 2, 5° lid van de Wet van 17 januari 2003 m.b.t. het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatie sector) ;
- (vi) MOBISTAR niet afdoende gehoord heeft alvorens zijn beslissing te nemen (schending ondermeer van de hoorplicht als beginsel van behoorlijk bestuur en artikel 19 van de wet van 17 januari 2003 m.b.t. het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector);
- (vii) zo de 1800 Mhz vergunning van MOBISTAR een aparte vergunning

uitmaakt de aflooptermijn van beide afzonderlijke vergunningen niet kon gelijkschakelen (schending van artikel 1 van het KB van 5 december 2000 houdende de toekenning van de vergunning aan MOBISTAR NV voor het opzetten en exploiteren van een GSM 1800-mobilofonienetwerk *juncto* artikel 3 §2 van het KB 1997, artikel 16 Grondwet, het rechtszekerheidsbeginsel, artikel 1 aanvullend protocol bij het EVRM en artikel 14.2 van de Machtigingsrichtlijn).

26. In haar tweede middel bekritiseert MOBISTAR de inhoudelijke motivering van het bestreden besluit. Het BIPT zou niet preciseren welke rechtvaardigingsgrond uit artikel 3 §2 van KB 1995 en KB 1997 aan de grondslag ligt van zijn besluit en het bestaan daarvan ook niet aantonen. Deze rechtvaardigingsgronden betreffen met name de wijze waarop een operator zijn vergunning naleeft en de ontwikkelingen in de sector.

27. Het BIPT specificeert in zijn conclusies uitdrukkelijk dat de niet-stilzwijgende verlenging geen uitstaans heeft met de naleving van de vergunningen maar enkel een overgangmaatregel vormt die de overheid moet toelaten het frequentiespectrum te herschikken en dat het besluit nodig is opdat de bestaande GSM vergunningen gelijktijdig zouden aflopen (met name 2 juli 2013, zijnde de datum waarop de GSM vergunning van BASE afloopt) om ze gelijktijdig vanaf die datum te kunnen verlengen en de operatoren op gelijke voet te behandelen.

28. MOBISTAR betwist dat het aanbieden van UMTS een reorganisatie van het radiofrequentiespectrum (*refarming*) in de 900 Mhz noodzakelijk zou maken en dat het hiertoe nodig zou zijn om de GSM vergunningen van alle operatoren gelijktijdig te laten aflopen. Verder betwist MOBISTAR het bestaan van een daadwerkelijke interesse voor een vierde UMTS vergunning en de noodzaak om daartoe het spectrum te herschikken.

29. Het BIPT beschikt inzake spectrumfrequentiebeheer over een ruime beoordelingsmarge bij het bepalen van de motieven die aanleiding kunnen geven tot het afzien van de stilzwijgende verlenging indien die niet manifest onjuist zijn en in het verlengde liggen van de motieven vervat in artikel 3 §2 van het KB 1995 en KB 1997. MOBISTAR voert geen elementen aan waaruit een manifeste beoordelingsfout of machtsafwendings van het BIPT zou blijken. MOBISTAR toont met name niet aan dat het BIPT de vooropgestelde legitieme doelstellingen even gemakkelijk zou kunnen bereiken zonder een herschikking van het frequentiespectrum en zonder de bestaande vergunningen gelijktijdig te laten aflopen of dat de lasten hierdoor op MOBISTAR gelegd onevenredig groot zouden zijn.

Niettemin moet vastgesteld worden dat een fundamentele doelstelling van het bestreden besluit er juist in bestond de drie vergunningen gelijktijdig te laten aflopen. Nu ten aanzien van BELGACOM MOBILE de beslissing van het BIPT tot stilzwijgende verlenging werd vernietigd ('s hofs arrest van 20 juli 2009) en het dus niet meer mogelijk is dit objectief te bereiken door middel van het bestreden besluit, vervalt een wezenlijk motief van het bestreden besluit.

Het motief van het gelijktijdig aflopen van de drie GSM vergunningen is dan ook niet langer dienstig om het afzien van de niet-stilzwijgende verlenging van de vergunning van MOBISTAR te kunnen verantwoorden. Het BIPT motiveert ook niet in zijn besluiten op welke andere gronden het bestreden besluit om de vergunning van MOBISTAR niet stilzwijgend te verlengen nog gerechtvaardigd zou zijn nu het niet meer mogelijk is langs deze weg alle drie GSM vergunningen gelijktijdig te laten aflopen.

Een essentieel motief van de bestreden beslissing is bijgevolg ten aanzien van MOBISTAR niet langer aanwezig.

Het tweede middel is gegrond.

30. De overige middelen van MOBISTAR die hierna ten overvloede onderzocht worden kunnen niet tot een ruimere vernietiging leiden.

31. Wat het vijfde middel betreft, met name de schending van de samenwerkingsplicht van het BIPT ten aanzien van de gemeenschapsregulatoren oordeelt het hof (zie in dezelfde zin 's hofs arrest van 20 juli 2009 in de zaak 2008/AR/3162) dat het BIPT zich niet heeft gehouden aan de geldende overlegprocedure nu het bij zijn schrijven van 24 november 2008 deze regulatoren slechts 24 uren de tijd had gegeven om te reageren op het bijgevoegde Ontwerp KB. Met name de Vlaamse regulator (VRM) liet aan het BIPT weten op 25 november 2008 binnen de "onredelijk krappe termijn" haar toegemeten, geen opmerkingen te kunnen formuleren. Het hof oordeelt dienaangaande verder dat (i) het antwoord van de VRM niet kon beschouwd worden als een (stilzwijgende) aanvaarding van de uiterst korte termijn door het BIPT opgelegd of van het ontwerp-besluit van het BIPT zelf en (ii) het opleggen van deze uiterst korte termijn ook niet kon verantwoord worden door de gegeven omstandigheden met name de noodzaak van een garantie van een verlenging van de GSM vergunningen door de regering. Het BIPT had immers zijn besluit in ontwerpvorm in een vroeger stadium reeds kunnen medelen aan de gemeenschapsregulatoren, desgevallend onder voorbehoud van het bekomen van die garantie.

32. Het bestreden besluit, voorzover het betrekking heeft op de GSM vergunning van MOBISTAR, dient bijgevolg eveneens nietig te worden verklaard wegens schending van artikel 3 van het Samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 dat uitvoering geeft aan de regels inzake bevoegdheidsverdeling tussen de verschillende regeringen van het land in de telecomsector en die van openbare orde zijn. Het BIPT schendt deze regels door zonder afdoende verantwoording een uiterst korte antwoordtermijn op te leggen aan de gemeenschapsregulatoren waardoor deze of één van hen in

de onmogelijkheid verkeren met voldoende kennis van zaken een advies uit te brengen over het betreffende ontwerp-besluit van het BIPT.

Het vijfde middel is dus eveneens gegrond.

33. MOBISTAR betoogt in haar eerste middel dat niet het BIPT maar de Minister uitsluitend bevoegd is om te beslissen af te zien van de stilzwijgende verlenging van de in toepassing van KB 1995 en KB 1997 toegekende GSM vergunningen zolang de Koning geen procedure heeft vastgesteld volgens dewelke het BIPT hiertoe zou kunnen beslissen.

34. Wat het eerste middel betreft oordeelt het hof dat het BIPT principieel bevoegd is op grond van artikel 18 §2 WEC om gebruiksrechten op het radiofrequentiespectrum toe te kennen of in te trekken. Op grond van artikel 18 §1 WEC kan het BIPT evenwel slechts gebruiksrechten toekennen of intrekken indien vooraf bij Koninklijk Besluit een procedure en uitvoeringsmodaliteiten worden vastgelegd zoals de maximale duurtijd van de vergunning. De onder §1 van voormeld artikel verleende habilitatie aan de Koning vermeldt evenwel niet de bevoegdheid om een procedure of de voorwaarden vast te leggen waaronder het BIPT kan afzien van een stilzwijgende verlenging. Enkel het bepalen van de maximale duurtijd van de vergunning behoort tot de bevoegdheid van de Koning (artikel 18 §1, 4°).

Het BIPT kon zich ook steunen op artikel 13 van de WEC aangezien het bestreden besluit een loutere daad van beheer van het radiofrequentiespectrum uitmaakt. Door het bestreden besluit worden er immers geen gebruiksrechten toegekend of ingetrokken maar enkel een mogelijke stilzwijgende verlenging voorkomen. Aangezien de vereiste van een voorafgaand KB van artikel 18 §1 WEC niet van toepassing is in het geval van het afzien door het BIPT van een stilzwijgende verlenging kon het BIPT optreden zonder voorafgaand Koninklijk Besluit tot regeling van de procedure.

35. Wat het derde middel betreft aangaande de schending van het gelijkheidsbeginsel meent MOBISTAR dat zij zich in dezelfde positie bevindt als BELGACOM MOBILE. Beide operatoren beschikken immers over GSM vergunningen met betrekking tot kanalen in de 900 en 1800 Mhz frequentieband. Nu evenwel de beslissing door het BIPT om af te zien van de stilzwijgende verlenging van de GSM vergunning ten aanzien van BELGACOM MOBILE laatijdig werd genomen en bij hypothese de vergunning van BELGACOM MOBILE is verlengd met een bijkomende periode van 5 jaar en de GSM vergunning van MOBISTAR niet zou verlengd worden meent MOBISTAR ongelijk behandeld te worden in strijd met het gelijkheids- en het niet-discriminatiebeginsel.

Het hof is van oordeel dat het gelijkheidsbeginsel en het verbod van discriminatie zich in casu niet principiëlel verzetten tegen een verschillende behandeling van de drie operatoren wanneer die zich in objectief verschillende situaties bevinden.

Het feit dat door één enkel besluit van het BIPT wordt afgezien van de stilzwijgende verlenging van de drie GSM vergunning staat niet in de weg dat (i) het om drie afzonderlijke vergunningen gaat met onderscheiden startdata en (ii) de situatie van elke afzonderlijke operator door het BIPT in aanmerking dient te worden genomen. De vernietiging van het besluit ten aanzien van één operator en de daaruit voortvloeiende stilzwijgende verlenging van de GSM vergunning van die operator hoeft niet automatisch voor gevolg te hebben dat de andere operatoren op eenzelfde stilzwijgende verlenging aanspraak kunnen maken.

De stilzwijgende verlenging van de vergunning is daarenboven geen vaststaand recht in hoofde van de operatoren maar enkel een faculteit waaraan het BIPT in bepaalde omstandigheden en onder bepaalde voorwaarden kan afzien.

Het feit dat het bestreden besluit niet langer afdoende gemotiveerd is nu blijkt dat deze doelstelling niet meer kan gerealiseerd worden (zie hiervoor) doet geen afbreuk aan het feit dat de grief in dit middel verwoord, feitelijke grondslag mist.

MOBISTAR kan tenslotte ook niet gevolgd worden in haar argumentatie dat de toetreding van een vierde operator onwaarschijnlijk is en zij ook geen enkele zekerheid heeft over haar toekomstige gebruiksrechten in de 900 Mhz frequentieband nu de regering op 27 maart 2009 op beide vlakken een principiebeslissing heeft genomen en ondertussen een Koninklijk Besluit terzake werd goedgekeurd door de Ministerraad van 7 juli 2009 (zie o.a. stuk 30 BIPT) waarin een mogelijke verlenging van de bestaande vergunningen tot 2030 wordt voorzien (artikel 1 en artikel 5) en dat uitdrukkelijk tot doel heeft de toegang van een vierde operator op de markt te vergemakkelijken.

Het vierde middel is niet gerond.

37. In het zesde middel voert MOBISTAR aan dat het BIPT haar hoorrecht heeft geschonden.

Het hof stelt weliswaar tekortkomingen vast op het vlak van de consultatie van de operatoren door het BIPT over het ontwerp-besluit in strijd met het bepaalde van de eerste alinea van artikel 19 van de Wet van 17 januari 2003 m.b.t. het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector maar oordeelt dat deze gebreken niet van aard zijn de vernietiging van het bestreden besluit met zich mee te brengen (zie in dezelfde zin 's hofs arrest van 20 juli 2009).

38. Noch de consultatie georganiseerd door het BIPT in 2005 (wegens afwezigheid van een ontwerp-besluit) noch deze van 2008 (betreffende een sterk afwijkend ontwerp-besluit van 5 maart 2008 met onduidelijke motieven)

boden MOBISTAR een afdoende mogelijkheid om haar standpunt met kennis van zaken te verwoorden omtrent het ontwerp-besluit dat uiteindelijk door het BIPT werd goedgekeurd. Dit maakt een manifeste schending uit van artikel 19 van de WEC.

Deze schending van artikel 19 van de Wet van 17 januari 2003 vormt echter geen voldoende grondslag voor de vernietiging van het bestreden besluit nu MOBISTAR in het kader van onderhavige procedure voor het hof immers gehoord werd en alle betwistingen inzake manifeste beoordelingsfouten aan het hof, oordelend in volle rechtsmacht, ter appreciatie kon voorleggen. Wat de afwezigheid van toegang tot bepaalde stukken betreft wordt verwezen naar wat hiervoor is uiteengezet onder randnr. 21-24.

Het zesde middel is dus ongegrond omdat de grieven die eraan ten grondslag liggen niet tot vernietiging aanleiding geven.

39. Het zevende middel gaat ten onrechte uit van de hypothese dat de later toegekende DCS 1800 vergunning van MOBISTAR een aparte vergunning zou uitmaken en dus een andere looptijd zou hebben dan de GSM vergunning van MOBISTAR.

Deze bijkomende vergunning staat evenwel niet los van de hoofdvergunning toegekend aan MOBISTAR op 27 november 1995. Het betreft enkel een uitbreiding van de oorspronkelijke vergunning tot enkele kanalen in de 1800 Mhz frequentieband in het kader van een herverdeling van de beschikbare kanalen tussen de drie GSM operatoren. Artikel 1 van het KB van 5 december 2000 bepaalt uitdrukkelijk dat het om een aanvullende vergunning gaat. Dezelfde exploitatievoorwaarden en termijnen zoals vermeld in het KB 1995 zijn van toepassing. Dit impliceert dat de DCS vergunning eenzelfde duurtijd heeft als de oorspronkelijke GSM vergunning van MOBISTAR, zijnde 15 jaar vanaf 27 november 1995.

Het middel is niet gerond.

40. Mobistar vordert toekenning van een rechtsplegingsvergoeding van 10.000 EUR als partij die in het gelijk gesteld wordt. Ze verwijst beknopt naar de complexiteit en de omvang van het geschil.

In beginsel geldt voor een vordering die niet op geld waardeerbaar is, dat een basisbedrag van 1.200 EUR wordt toegekend.

In het voorliggende geval moet worden aangenomen dat de graad van techniciteit van het geschil het gemiddelde beduidend overtreft en dat zulks een evenredige weerslag heeft op de kosten die verbonden zijn aan de bijstand van een advocaat. Er bestaan dan ook redenen om een hoger bedrag toe te kennen dan het basisbedrag van 1.200 EUR.

Rekening houdend met alle gegevens van de zaak wordt de passende rechtsplegingsvergoeding begroot op 3.500 EUR.

**OM DIE REDENEN
HET HOF**

Rechtsprekend op tegenspraak.

In acht genomen artikel 24 van de wet van 15 juni 1935 op het taalgebruik in gerechtszaken.

Verklaart het verzoek van MOBISTAR ontvankelijk en gegrond.

Verklaart de vrijwillige tussenkomst van BASE enkel ontvankelijk in zoverre ze de middelen van Mobistar ondersteunt of bestrijdt en verwerpt ze voor het overige.

Verwerpt de tussenvordering van MOBISTAR met betrekking tot de overlegging van stukken.

Vernietigt het beroepen besluit van 25 november 2008.

Veroordeelt het BIPT tot de gerechtskosten, inbegrepen de rechtsplegingsvergoeding begroot op 3.500 EUR in hoofde van MOBISTAR, op 3.686 EUR..

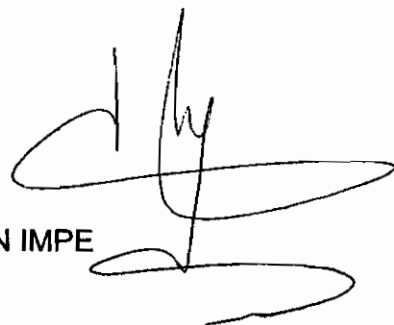
Aldus gevonnist en uitgesproken in openbare burgerlijke terechtzitting van de kamer 18 van het Hof van Beroep te Brussel op 22-09-2009

Waar aanwezig waren :

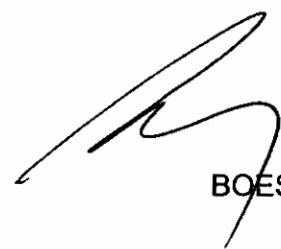
-dhr. P. BLONDEEL,
-dhr. E. BODSON,
-dhr. M. BOES,
-mevr. D. VAN IMPE,

kamervoorzitter,
raadsheer,
plaatsvervangend raadsheer,
griffier.

VAN IMPE



BOES



BODSON



BLONDEEL

