

# VERZOEKSCHRIFT

Ogv Art. 2 van de wet van 17 januari 2003

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

VERZOEKSTER;

Vertegenwoordigd door Mtr. Gerrit Vandendriessche, gerrit.vandendriessche@altius.com, advocaat te 1000 Brussel, Havenlaan 86C, bus 414;

**TEGEN:** Het BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN EN TELECOMMUNICATIE, «BIPT», waarvan zetel gevestigd te 1000 BRUSSEL, Albert II-laan, 1000 BRUSSEL, Ellipse Building, 35, Gebouw C,

VERWEERSTER;

**DATUM:** 23 mei 2017

**BESLISSING WAARTEGEN BEROEP WORDT INGESTELD:**

Besluit van de raad van het BIPT van 21 maart 2017 betreffende de verlenging van de gebruiksrechten van Broadband Belgium.

**PLAATS, DAG EN UUR VAN VERSCHIJNING:**

---

## INHOUDSTAFEL

I.	FEITEN .....	3
II.	MIDDELEN .....	5
A.	EERSTE MIDDEL: SCHENDING VAN ARTIKEL 21 VAN HET KB VAN 24 MAART 2009.....	5
B.	TWEEDE MIDDEL: SCHENDING VAN DE ARTIKELEN 13, DERDE LID, 18, 20 EN 21 VAN DE WET VAN 13 JUNI 2005.....	6
C.	DERDE MIDDEL: SCHENDING VAN ARTIKEL 3§1 VAN HET KB VAN 24 MAART 2009, VAN ARTIKEL 19 VAN WET VAN 17 JANUARI 2003 EN VAN HET PRINCIPE VAN DE HOORPLICHT .....	9
III.	DRAAGWIJDTE VAN HET HOGER BEROEP.....	10



## I. FEITEN

1. Verzoekster is houder van gebruiksrechten die het BIPT haar op 7 mei 2015 heeft toegekend in de frequentieband 3,5 GHz (*Besluit van 7 mei 2015 betreffende de toekenning aan Citymesh van gebruiksrechten in de 3,5 GHz-frequentieband voor de verstrekking van elektronische communicatiediensten op het Belgisch grondgebied*).

De aan verzoekster toegekende gebruiksrechten gelden voor de gemeenten Gent, Antwerpen, Brugge, Brussel, De Panne, Koksijde, Nieuwpoort, Middelkerke, Oostende, Bredene, De Haan, Blankenberge, Knokke-Heist, en dit tot voor een initiële termijn van 10 jaar tot 6 mei 2025.

De gebruiksrechten zijn verlengbaar overeenkomstig artikel 3 van het KB van 24 maart 2009 en uitbreidbaar overeenkomstig artikel 21 van datzelfde KB.

2. Op 30 mei 2016 heeft Broadband Belgium aan het BIPT gevraagd om zijn gebruiksrechten te verlengen met 5 jaar op grond van artikel 3§1 van het KB van 24 maart 2009, namelijk van 25 april 2019 tot 25 april 2024.
3. Op 1 augustus 2016 heeft het BIPT hierover een openbare raadpleging gehouden die liep tot 11 september 2016.
4. Op 21 maart 2017 nam het BIPT het besluit betreffende de verlenging van de gebruiksrechten van Broadband Belgium (hierna het "Aangevochten Besluit").
5. Op 24 maart 2017 werd het Aangevochten Besluit op de website van het BIPT gepubliceerd.
6. Het Aangevochten Besluit bepaalt onder meer:

Pagina 5:

*"Als overgangsmaatregel is een afstemming van de einddatum van de gebruiksrechten van Broadband Belgium, Citymesh en Gridmax op 7 mei 2025 denkbaar. Dat wordt echter niet toegestaan door het huidige wettelijke kader, het koninklijk besluit van 24 maart 2009 (zie deel 2). Die tekst staat immers verlengingen van de gebruiksrechten per perioden van vijf jaar toe. In elk geval is het BIPT niet van plan om deze gebruiksrechten tot na 7 mei 2025 te verlengen."*

Pagina 7:

*"De bestaande gebruiksrechten van Broadband Belgium, Citymesh en Gridmax zijn verleend krachtens het koninklijk besluit van 24 maart 2009 betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 3410-3500/3510-3600 MHz en 10150-10300/10500-10650 MHz. Het BIPT heeft niet langer het voornemen om nieuwe toewijzingsprocedures overeenkomstig het koninklijk besluit van 24 maart 2009 te lanceren<sup>11</sup>. Gelet op de recente ontwikkelingen wat betreft de invoering van 5G in de 3400-3800 MHz-band en de sterk toegenomen belangstelling voor die band is het BIPT immers van oordeel dat er een beter aangepast koninklijk besluit moet worden aangenomen om de gehele 3400-3800 MHz-band ter beschikking te stellen. Dit houdt in dat het verkieslijk is om de huidige situatie inzake vergunningen ongewijzigd te laten in afwachting van een nieuw*



regelgevingskader dat door de Koning zal kunnen worden opgesteld in voorkomend geval.

Er zullen dus geen nieuwe gebruiksrechten meer worden verleend krachtens het koninklijk besluit van 24 maart 2009. Het BIPT is van oordeel dat de toekomstige rechten voor de periode tot in 2040 zouden moeten worden verleend op grond van een nieuw uit te werken koninklijk besluit. Aangezien de 5G-eindapparatuur allicht niet onmiddellijk beschikbaar zal zijn, vormt deze overgangperiode geen onoverbrugbare moeilijkheid voor de eventuele kandidaatvergunninghouders. Het is verkieslijk dat de introductie van 5G goed wordt geregeld, volgens een aangepast kader, in plaats van overhaast een koninklijk besluit toe te passen dat inmiddels achterhaald is.

Artikel 21 van het koninklijk besluit van 24 maart 2009 bepaalt dat een operator aan het BIPT mag vragen om de lijst van de gemeenten die onder zijn gebruiksrechten vallen, te wijzigen. Wanneer er gemeenten aan de lijst worden toegevoegd, bepaalt het BIPT of er een nieuwe procedure moet worden gestart dan wel of de lijst onmiddellijk kan worden gewijzigd. Zoals reeds vermeld, heeft het BIPT niet langer het voornemen om nieuwe toewijzingsprocedures overeenkomstig het koninklijk besluit van 24 maart 2009 te lanceren.

Voor de 3400-3600 MHz-band heeft het BIPT altijd voorzien in een beschermingsafstand van minstens 15 km tussen de dienstzones van twee operatoren die dezelfde frequenties gebruiken. In geval van een nieuwe toewijzingsprocedure konden kandidaten die nog geen gebruiksrechten hadden, dus maar gebruiksrechten krijgen voor gemeenten die verder dan 15 km verwijderd zijn van alle gemeenten waarvoor reeds een vergunning is afgegeven. De toevoeging van een gemeente die meer dan 15 km verwijderd is van al die laatste gemeenten, aan de lijst van de gemeenten die onder de bestaande gebruiksrechten vallen, beperkt geenszins de mogelijkheden voor een potentiële andere kandidaat en kan dus worden aanvaard zonder een nieuwe toewijzingsprocedure.

...

Concreet zouden in geval van een toekomstige aanvraag van Broadband Belgium respectievelijk 26 nieuwe gemeenten<sup>12</sup> en 98 nieuwe gemeenten<sup>13</sup> kunnen worden toegevoegd voor de frequentieblokken 3450-3475/3550-3575 MHz (blok 3) en 3475-3500/3575-3600 MHz (blok 4). Aanvragen voor schrapping zouden automatisch worden aanvaard. Figuur 2 illustreert de situatie."

Pagina 9:

"Zoals reeds vermeld in deel 8, heeft het BIPT niet het voornemen om de bestaande gebruiksrechten van Broadband Belgium, Citymesh en Gridmax te verlengen tot na 7 mei 2025."

7. De gevolgen van de inhoud van de hiervoor geciteerde paragrafen, wordt vervolgens door het BIPT concreet en gedetailleerd uitgewerkt in hoofdstuk 8.4 van het Aangevochten Besluit waar de voorwaarden, de procedure en de timing voor een 5G veiling worden uiteengezet.



## II. MIDDELEN

### A. EERSTE MIDDEL: SCHENDING VAN ARTIKEL 21 VAN HET KB VAN 24 MAART 2009

8. Artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 bepaalt dat:

*“Art. 21. Een radiotoegangsoperator kan het Instituut verzoeken om de lijst van gemeenten die in zijn gebruiksrechten zijn opgenomen, te wijzigen. Wanneer er gemeenten aan de lijst worden toegevoegd, bepaalt het Instituut of er een nieuwe procedure moet worden gestart dan wel of de lijst onmiddellijk kan worden gewijzigd.”*

In de praktijk konden nieuwe gemeenten worden toegevoegd aan de lijst van een vergunde operator, indien deze gemeenten meer dan 15 km verwijderd waren van alle gemeenten waarvoor eerder een vergunning werd afgeleverd.

9. In het Aangevochten Besluit stelt het BIPT onomwonden dat ze artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 niet meer zal toepassen door geen wijzigingen meer toe te kennen qua gemeenten:

*“Wanneer er gemeenten aan de lijst worden toegevoegd, bepaalt het BIPT of er een nieuwe procedure moet worden gestart dan wel of de lijst onmiddellijk kan worden gewijzigd. Zoals reeds vermeld, heeft het BIPT niet langer het voornemen om nieuwe toewijzingsprocedures overeenkomstig het koninklijk besluit van 24 maart 2009 te lanceren.”*

Het gegeven dat het BIPT ééenzijdig beslist, tegen het KB van 24 maart 2009 in, dat ze de lijst van gemeenten voor houders van gebruiksrechten in de 3,5 GHz band (waaronder verzoekster), niet meer zal wijzigen, schendt artikel 21 van dat KB.

Het BIPT heeft geen bevoegdheid om de toepassing van het bestaande KB van 24 maart 2009 feitelijk te schorsen in afwachting van de eventuele komst van een nieuw KB, waarvan de timing, inhoud en uitwerking nog onzeker is.

Door also de uitbreidbaarheid van toegekende gebruiksrechten onder het KB van 24 maart 2009 buiten spel te zetten, zet het BIPT de rechtmatige rechten van verzoekster onder de reeds aan haar toegekende gebruiksrechten, eveneens buiten spel. Het BIPT bevriest aldus de gebruiksrechten van verzoekster tot de initieel toegekende gemeenten, en ontnemt verzoekster elke mogelijkheid om de reeds door haar gedane aanzienlijke investeringen, te doen renderen via de in het KB van 24 maart 2009 verankerde mogelijkheid tot uitbreiding naar andere gemeenten.

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

Gebruiksrechten toekennen voor 10 jaar met een wettelijk verankerde mogelijkheid tot uitbreiding van de gemeenten, om vervolgens na 2 jaar de wettelijke



uitbreidingsmogelijkheid met een individueel besluit gericht aan een andere operator a priori onmogelijk maken, is een aanfluiting van de rechtszekerheid en in strijd met artikel 21 van het KB van 24 maart 2009.

Verzoekster kan via het Aangevochten Besluit door het BIPT niet worden verhinderd om de haar toegekende gebruiksrechten uit te breiden naar andere gemeenten overeenkomstig artikel 21 van het KB van 24 maart 2009.

10. De uitsluiting door het BIPT van de mogelijkheid voor verzoekster om de lijst van gemeenten waarvoor ze gebruiksrechten kreeg toegewezen uit te breiden, schendt artikel 21 van het KB van 24 maart 2009.

**B. TWEEDE MIDDEL: SCHENDING VAN DE ARTIKELEN 13, DERDE LID, 18, 20 EN 21 VAN DE WET VAN 13 JUNI 2005**

11. De wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie belast het BIPT met het spectrumbeheer. Het BIPT dient dit beheer uit te oefenen binnen de voorschriften en beperkingen van de wet van 13 juni 2005.

Zo bepaalt artikel 18 van de wet van 13 juni 2005 dat de voorwaarden voor het *verkrijgen en uitoefenen* van gebruiksrechten voor radiofrequenties door de Koning worden vastgelegd:

*“Art. 18.5 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, ...”*

De rol die het BIPT toegewezen krijgt de spectrumtoewijzing, moet uitgeoefend worden op basis van objectieve, transparante, niet-discriminerende en proportionele criteria (artikel 13, 3<sup>de</sup> lid van de wet van 13 juni 2005):

*“Het Instituut draagt er zorg voor dat de spectrumtoewijzing gebaseerd is op objectieve, transparante, niet-discriminerende en proportionele criteria.”*

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

*“Art. 20.5 1. Het Instituut beperkt het aantal te verlenen gebruiksrechten voor radiofrequenties die geheel of gedeeltelijk gebruikt worden voor elektronische-communicatiediensten die aan het publiek worden aangeboden, niet tenzij :*



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

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

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

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

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

..."

Indien er al een beperking gebeurt van de gebruikrechten voor spectrum, dient deze luidens artikel 21 van de wet van 13 juni 2005 tenslotte te gebeuren op basis van objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige selectiecriteria:

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

Tenslotte kan het BIPT de gebruiksrechten van de houders van gebruiksrechten niet beperken of intrekken:

"Art. 24/1. Het Instituut beperkt gebruiksrechten voor radiofrequenties niet of trekt ze niet in vóór het verstrijken van de periode waarvoor zij verleend zijn, behalve in met redenen omklede gevallen."

12. Middels het Aangevochten Besluit legt het BIPT een dubbele beperking op de gebruiksrechten van verzoekster: enerzijds sluit het BIPT a priori elke verdere verlenging van de gebruiksrechten van verzoekster uit na 2025 (uitsluiting van verlengbaarheid), anderzijds beperkt het BIPT elke verdere uitbreiding van de lijst van gemeenten (uitsluiting van uitbreidbaarheid).

Uitsluiting van verlengbaarheid:

"In elk geval is het BIPT niet van plan om deze gebruiksrechten tot na 7 mei 2025 te verlengen.

...

Er zullen dus geen nieuwe gebruiksrechten meer worden verleend krachtens het koninklijk besluit van 24 maart 2009. Het BIPT is van oordeel dat de toekomstige rechten voor de periode tot in 2040 zouden moeten worden verleend op grond van een nieuw uit te werken koninklijk besluit."

Uitsluiting van uitbreidbaarheid:

"Wanneer er gemeenten aan de lijst worden toegevoegd, bepaalt het BIPT of er een nieuwe procedure moet worden gestart dan wel of de lijst onmiddellijk kan worden gewijzigd. Zoals reeds vermeld, heeft het BIPT niet langer het voornemen om



*nieuwe toewijzingsprocedures overeenkomstig het koninklijk besluit van 24 maart 2009 te lanceren."*

In het Aangevochten Besluit zegt het BIPT letterlijk dat de gebruiksrechten van alle vergunde operatoren in de 3,5 GHz band, waaronder verzoekster, niet meer verlengd noch uitgebreid kunnen worden onder het toepasselijke KB van 24 maart 2009, en dit in afwachting van een nieuw KB.

13. Het BIPT overschrijdt hiermee zijn bevoegdheid: de voorwaarden voor het verkrijgen, verlengen of beperken van gebruiksrechten voor spectrum in de 3,5 GHz band worden bepaald door de Koning (namelijk het KB van 24 maart 2009), en kunnen niet door het BIPT zelf worden ingevuld in afwijking van een bestaand KB. Het BIPT stelt zich hier in de plaats van de Koning, hetgeen uiteraard niet kan.

Artikel 20 van het KB van 24 maart 2009 verbiedt het BIPT uitdrukkelijk om gebruiksrechten aangaande frequenties te beperken, hetgeen het BIPT via de uitsluiting van de verlengbaarheid en uitbreidbaarheid in het Aangevochten Besluit net wel doet.

14. Zelfs indien het BIPT beperkingen kon opleggen middels het Aangevochten Besluit aan alle vergunde operatoren in de 3,5 GHz band - *quod non* - dan heeft het BIPT dat in ieder geval niet gedaan op basis van objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige selectiecriteria, en heeft ze bovendien ook geen raadpleging gehouden zoals nochtans voorgeschreven door artikel 20 van de wet van 13 juni 2005.

Het feit dat de mogelijkheid van uitbreiding en verlenging van de *bestaande* gebruiksrechten op spectrum in de 3,5 GHz wordt uitgesloten op basis van een *mogelijke toekomstige* veiling voor de gevestigde mobiele operatoren, is verre van transparant, objectief en evenredig. Het BIPT geeft hierbij ook voorrang aan de gevestigde mobiele operatoren ten nadele van de operatoren die reeds vergund zijn in de 3,5 GHz band, hetgeen discriminatie uitmaakt.

15. De raadpleging die het Aangevochten Besluit voorafging, was de "*Raadpleging inzake ontwerpbesluit van de raad van het BIPT betreffende de verlenging van de gebruiksrechten van Broadband Belgium (ref CONSULT-2016-C4)*" van 1 augustus 2016.

Deze raadpleging vermeldde op geen enkele wijze de beperkingen op verlengbaarheid en uitbreidbaarheid van de gebruiksrechten van de vergunde operatoren in de 3,5 GHz band, waaronder verzoekster. Deze beperkingen werden pas voor het eerst vermeld in het Aangevochten Besluit. Dat is ook de reden waarom het Aangevochten Besluit 11 pagina's telt (zonder bijlagen), terwijl de ontwerp versie van het Aangevochten Besluit die bij wijze van raadpleging werd gepubliceerd op 1 augustus 2016, slechts 5 bladzijden telt.

De handelwijze van het BIPT heeft dus als gevolg dat ernstige beperkingen op de gebruiksrechten in de volledige 3,5 GHz band werden doorgevoerd voor alle houders van gebruiksrechten (waaronder verzoekster) via een besluit dat eigenlijk betrekking had op de verlenging van de gebruiksrechten van één enkele operator (Broadband Belgium), en dit op basis van de overweging dat er *mogelijk* een nieuw KB zou worden genomen voor de toewijzing van 5G rechten in gans de 3400-3600 MHz band aan de bestaande mobiele operatoren, waarvan niet met zekerheid vaststaat of en hoeveel 5G spectrum deze operatoren zullen wensen toegekend te krijgen.



16. Gebruiksrechten toekennen voor 10 jaar met een wettelijk verankerde mogelijkheid tot uitbreiding van de gemeenten en verlenging, om vervolgens na 2 jaar de wettelijke uitbreidings- en verlengingsmogelijkheid met een individueel besluit gericht aan een andere operator a priori onmogelijk maken, is een aanfluiting van de rechtszekerheid en in strijd met de wet van 13 juni 2005.
17. De uitsluiting, door het BIPT, van mogelijke verlengingen en mogelijke uitbreiding van de gebruiksrechten toegekend in de 3,5 GHz band middels het Aangevochten Besluit, maken een niet geoorloofde beperking van reeds toegekende gebruiksrechten uit en tesamen met het gebrek aan openbare raadpleging over deze beperking, schendt het BIPT hierdoor de artikelen 13, derde lid, 18, 20 en 21 van de wet van 13 juni 2005.

**C.** DERDE MIDDEL: SCHENDING VAN ARTIKEL 351 VAN HET KB VAN 24 MAART 2009, VAN ARTIKEL 19 VAN WET VAN 17 JANUARI 2003 EN VAN HET PRINCIPE VAN DE HOORPLICHT

18. Uit de hiervoor geciteerde passages uit het Aangevochten Besluit, in samenlezing met hoofdstuk 8.4 van het Aangevochten Besluit, besliste het BIPT in wezen ook dat de gebruiksrechten toegekend aan verzoekster op 7 mei 2015, niet zullen worden verlengd na 6 mei 2025.
19. Nochtans diende verzoekster hierover door het BIPT voorafgaandelijk gehoord te worden, en in kennis gesteld te worden van het Aangevochten Besluit, hetgeen niet gebeurde.

Zo schrijft artikel 3 van het Koninklijk besluit van 24 maart 2009 betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 3410-3500/3510-3600 MHz en 10150-10300/10500-10650 MHz voor dat verzoekster aangaande een eventuele niet-verlenging van haar gebruiksrechten moet worden gehoord:

*“Na afloop van die eerste periode kan het Instituut de gebruiksrechten voor telkens vijf jaar verlengen. Indien het Instituut de gebruiksrechten niet verlengt, neemt het daartoe een gemotiveerde beslissing na de betrokken operator te hebben gehoord.”*

Ook artikel 19 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector bepaalt dat verzoekster als rechtstreeks en persoonlijk betrokken partij vooraf gehoord diende te worden en dat de besluiten moesten worden meegedeeld aan verzoekster als rechtstreeks en persoonlijk betrokken partij:

*“Art. 19. De Raad biedt elke persoon die rechtstreeks en persoonlijk bij een besluit betrokken is, de gelegenheid om vooraf gehoord te worden. De besluiten van de Raad worden aan de personen die rechtstreeks en persoonlijk betrokken zijn en aan de minister meegedeeld.”*

Deze twee regels worden geschraagd door het algemene principe van de hoorplicht, een door de Raad van State erkend algemeen rechtsbeginsel dat inhoudt dat een bestuur geen maatregel mag nemen die verzoekster een meer dan gering nadeel zou berokkenen, zonder verzoekster eerst de gelegenheid te geven haar zienswijze aangaande de voorgenomen maatregel naar voor te brengen.



20. Alhoewel het BIPT een beslissing nam over de niet-verlenging van de gebruiksrechten van verzoekster, minstens een besluit heeft genomen waarbij verzoekster rechtstreeks en persoonlijk betrokken was, heeft zij verzoekster aangaande deze niet-verlenging niet (vooraf) gehoord, noch heeft zij het Aangevochten Besluit meegedeeld aan verzoekster.

Het Aangevochten Besluit schendt daardoor artikel 351 van het KB van 24 maart 2009, het artikel 19 van de wet van 17 januari 2003 en het algemeen principe van de hoorplicht.

### III. DRAAGWIJDTE VAN HET HOGER BEROEP

21. Verzoekster tekent beroep aan tegen het Aangevochten Besluit in de mate dat het andere besluiten neemt dan de verlenging van de gebruiksrechten van Broadband Belgium, met name:
- (i) de uitsluiting van elke verlengingsmogelijkheid van de reeds toegewezen gebruiksrechten in de 3,5 GHz band,
  - (ii) de uitsluiting van de mogelijkheid om de lijst van de gemeenten waarvoor de aan verzoekster toegewezen gebruiksrechten gelden, te wijzigen, en
  - (iii) de voorwaarden, timing en procedure van de toekomstige 5G veiling, zoals beschreven in de hoofdstukken 7, 8.2 en 8.4 van het Aangevochten Besluit.
22. Verzoekster vraagt het hof alvorens recht te doen om de tenuitvoerlegging van het Aangevochten Besluit gedeeltelijk te schorsen, namelijk in de mate dat het andere besluiten neemt dan de verlenging van de gebruiksrechten van Broadband Belgium zoals hiervoor beschreven.

De gedeeltelijke schorsing van de tenuitvoerlegging het Aangevochten Besluit dringt zich op omwille van de volgende redenen.

De middelen die verzoekster aanvoert voor de vernietiging zijn talrijk en ernstig. Ze tonen aan dat het BIPT in strijd handelt met de gebruiksrechten toegekend aan verzoekster, met het KB van 24 maart 2009, met de wet van 13 juni 2005 en met de wet van 17 januari 2003. Het BIPT doet op niet-transparante, niet-evenredige en discriminerende wijze afbreuk aan de toegekende gebruiksrechten en rechtmatige investeringen van verzoekster, en wenst op dezelfde gebrekkige wijze het nieuwe kader voor de 5G veiling te bepalen.

Deze wetsschendingen hebben een ernstig en moeilijk te herstellen nadeel tot gevolg voor verzoekster. Ze hollen de bestaande aan verzoekster toegekende gebruiksrechten uit, hypothekeren de door haar gemaakte aanzienlijke investeringen en fnuiken de kansen op een verdere succesvolle uitrol van de diensten van verzoekster.

Dit nadeel is des groter, vermits de aan verzoekster toegekende gebruiksrechten haar verplichten om capaciteit gradueel uit te breiden zoals voorgeschreven door Bijlage 2 van het besluit van 7 mei 2015 dat de gebruiksrechten toekent aan verzoekster. Met andere woorden: aan de ene kant verplicht het BIPT verzoekster frequentie te benutten en haar diensten uit te breiden op straffe van financiële sancties, aan de andere kant sluit het



BIPT elke verdere uitbreiding of verlenging van de aan verzoekster toegekende rechten, definitief uit via een individueel besluit gericht aan één andere operator, zonder voorafgaande publieke consultatie en zonder mededeling van het Aangevochten Besluit aan alle betrokken operatoren.

Dergelijke politiek resulteert in ernstige en onherstelbare gevolgen voor verzoekster: verlies van de mogelijkheid om haar diensten verder uit te breiden, verlies van klanten, verlies van investeringen en betaling van financiële boetes aan het BIPT.

Het BIPT bereikt hiermee het omgekeerde van hetgeen ze in het Aangevochten Besluit zelf vooropstelt, namelijk het beschermen van de investeringen gemaakt door reeds vergunde operatoren in de 3,5GHz band (p. 6 van het Aangevochten Besluit).

Indien uw Hof het Aangevochten Besluit niet schorst of nietig verklaart, zal het effect van het Aangevochten Besluit een verlies aan concurrentie en investeringen met zich brengen.

23. Ten gronde vraagt verzoekster het hof het Aangevochten Besluit gedeeltelijk te vernietigen, namelijk in de mate dat het andere besluiten neemt dan de verlenging van de gebruiksrechten van Broadband Belgium, zoals hiervoor beschreven onder randnummer 21.

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

Het hoger beroep van verzoekster ontvankelijk en gegrond te verklaren en vervolgens,

*Alvorens recht te doen*

De tenuitvoerlegging van het besluit van de raad van het BIPT van 21 maart 2017 betreffende de verlenging van de gebruiksrechten van Broadband Belgium, gedeeltelijk te schorsen, met name in de mate dat het Aangevochten Besluit:

- (i) elke verlengingsmogelijkheid van de reeds toegewezen gebruiksrechten in de 3,5 GHz band definitief uitsluit,
- (ii) de mogelijkheid om de lijst van de gemeenten waarvoor de aan verzoekster toegewezen gebruiksrechten gelden, te wijzigen, definitief uitsluit, en
- (iii) de voorwaarden, timing en procedure van de toekomstige 5G veiling bepaalt, zoals beschreven in de hoofdstukken 7, 8.2 en 8.4 van het Aangevochten Besluit.

*Ten gronde*

Het besluit van de raad van het BIPT van 21 maart 2017 betreffende de verlenging van de gebruiksrechten van Broadband Belgium, gedeeltelijk te vernietigen, met name in de mate dat het Aangevochten Besluit:



- (i) elke verlengingsmogelijkheid van de reeds toegewezen gebruiksrechten in de 3,5 GHz band definitief uitsluit,
- (ii) de mogelijkheid om de lijst van de gemeenten waarvoor de aan verzoekster toegewezen gebruiksrechten gelden, te wijzigen, definitief uitsluit, en
- (iii) de voorwaarden, timing en procedure van de toekomstige 5G veiling bepaalt, zoals beschreven in de hoofdstukken 7, 8.2 en 8.4 van het Aangevochten Besluit.

*In elk geval*

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

Brussel, 23 mei 2017

Voor Citymesh NV,  
Haar raadsman,

Advocaat  
Lawianne Thuyens

lco

Gerrit Vandendriessche

---

