

Hof van beroep te Brussel

Burgerlijke & fiscale griffie - dienst verzoekschriften (verdieping 01)

Justitiepaleis, Poelaertplein, 1000 Brussel

☎ 02 508 66 67

☎ 02 519 84 25

☎ 02 519 81 72

Kennisgeving – art. 1056 Ger.W.

2019/AR/1579, Kamer 19A, 23 oktober 2019 09:00

BIPT

Ellipse Building Gebouw C

AlbertII-laan 35

1030 SCHAARBEEK

uw kenmerk/advocaat/referentie

Mr.

ons kenmerk: 2019/AR/1579

inzake: CITYMESH N.V./BIPT

Brussel

15 oktober 2019

bijlage(n)

1

Mevrouw, Mijnheer,

Meester,

Hierbij wordt U het verzoekschrift, neergelegd ter griffie van dit Hof, ter kennis gebracht.

Met de meeste hoogachting,

M. MELKENBEECK
Afgevaardigd Griffier

Neergelegd ter griffie van het
Hof van Beroep te Brussel
op

de griffier

14-10-2019
djo.
Melkenbeek



VERZOEKSCHRIFT

Op grond van artikel 2 van de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector

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

VERZOEKSTER;

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

TEGEN: HET BELGISCH INSTITUUT VOOR POSTDIENSTEN EN TELECOMMUNICATIE "BIPT", waarvan de zetel gevestigd is te 1030 Brussel, Albert II-laan 35, Ellipse Building, Gebouw C,

VERWEERSTER;

DATUM: 14 oktober 2019

BESLISSING WAARTEGEN BEROEP WORDT INGESTELD:

Besluit van de raad van het BIPT van 17 september 2019 met betrekking tot de vraag tot uitbreiding met de gemeente Kortrijk van gebruiksrechten van Citymesh in de 3,5 GHz-frequentieband voor de verstrekking van elektronische communicatiediensten op het Belgische grondgebied

PLAATS, DAG EN UUR VAN VERSCHIJNING:

23 oktober 2019, 3 uur, zaal 1.32

I. FEITEN

A. ACTIVITEITEN VERZOEKSTER

1. Verzoekster is gespecialiseerd in de uitbouw en beheer van grootschalige draadloze netwerken op basis van een brede waaier aan technologieën.

Naast een uitgebreide Wi-Fi & Internet of Things (Internet der Dingen) expertise, beschikt verzoekster als Belgische operator over een 5G-licentie in diverse steden. Verzoekster is een pionier in het realiseren van slimme communicatie en data platformen binnen diverse sectoren. Zo ondersteunt verzoekster meer dan 50 steden, tientallen expohallen, de Belgische spoorwegen en meer dan 200 events in het realiseren van een smart-infrastructuur bestaande uit een combinatie van Wi-Fi, 5G, sensoren en data visualisatie.

Binnen de sterk groeiende markt van kritische zakelijke communicatie bouwt Citymesh unieke private 5G netwerken ter ondersteuning van de automatisering in (lucht)havens, gezondheidszorg, opslagplaatsen, logistiek en andere industriële sectoren. Naast het uitrollen van een infrastructuur in opdracht van de klant, investeert Citymesh ook in de uitrol van eigen netwerken in nichemarkten zoals windmolenparken in zee, communicatie met drones tijdens de vlucht en slimme stedelijke 5G toepassingen.

2. Verzoekster levert momenteel diensten in een honderdtal vakantieparken en provinciale domeinen (bv. Zilvermeer Mol, De Gavers, Puyenbroeck en heel wat campinggebieden aan de Belgische kust, ...), jachthavens (bv. Blankenberge, Oostende, ...) en beheert de volledige telecominfrastructuur van ongeveer 10 Belgische beurshallen (bv. Kortrijk Xpo, Flanders Expo, Antwerp Expo, Nekkerhal Mechelen, Beurshal Bergen, Elisabethzaal, ...). Verder bouwt verzoekster jaarlijks op meer dan 70 evenementen een tijdelijke telecominfrastructuur (bv. Gentse Feesten, Jazz Middelheim, Knokke Hippique, Studio 100, Belgisch paviljoen wereldtentoonstelling, ...) en is ze verantwoordelijk voor de WiFi- platformen in alle Belgische treinstations van de NMBS en alle Europese complexen van de Kinopolis groep. Verzoekster is tevens een pionier in het uitrollen van 'Smart City-netwerken' ('slimme stad' netwerken) in meer dan 30 Belgische gemeentes (Antwerpen, Brugge, Sint-Niklaas, Oostende, Beveren, Blankenberge, Knokke, ...).

Om snel en kostenbewust alle punten met elkaar en met het centrale platform te kunnen verbinden, was er nood aan een betrouwbaar, onafhankelijk en flexibel draadloos communicatienetwerk. Verzoekster vroeg en verkreeg hiervoor in 2015 een licentie in de frequentieband 3,5 GHz.

3. Verzoekster levert via deze frequentieband tevens oplossingen voor de industrie. Zo bouwt ze private 4G en 5G netwerken op grote industriële sites zoals (lucht)havens, ziekenhuizen, assemblage lijnen, container-terminals en windmolenparken. Door een bedrijf te voorzien van een eigen 4G/5G-netwerk, is het in staat om automatisatie door te voeren op manieren die voorheen ondenkbaar waren. 5G zorgt voor een snelle en betrouwbare dataoverdracht, waardoor het van op afstand aansturen van machines zoals vrachtwagens, heftrucks, kranen mogelijk wordt. Naast de veelbelovende standaard eigenschappen van 5G (lage latentie en hoge bandbreedtes) biedt een privaat 4G/5G-



netwerk enkele duidelijke industriële voordelen. Vooral op het vlak van veiligheid en dataverbruik is de keuze voor een industriële speler snel gemaakt. Alle data blijft, in tegenstelling tot de netwerken van de publieke mobiele operatoren, binnen het eigen bedrijfsnetwerk. De klant hoeft niet te betalen per verbruikte MegaByte en, met oog op de toekomst, worden ook Internet of Things-protocollen (Internet der Dingen) ondersteund. Verzoekster speelt hiermee in op de communicatienoden van de industrie van de toekomst.

B. REROACTEN EN ACHTERGROND VAN HET GESCHIL

B.1. INITIËLE GEBRUIKSRECHTEN VAN VERZOEKSTER

4. Verzoekster is houder van gebruiksrechten die het BIPT haar op 7 mei 2015 heeft toegekend in de frequentieband 3,5 GHz op grond van het 24 maart 2009 betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 3410-3500/3510-3600 MHz en 10150-10300/10500-10650 MHz (hierna: “KB van 24 maart 2009”) (stuk 1).
5. De aan verzoekster initieel toegekende gebruiksrechten golden voor 13 gemeenten (Gent, Antwerpen, Brugge, Brussel, De Panne, Koksijde, Nieuwpoort, Middelkerke, Oostende, Bredene, De Haan, Blankenberge, Knokke-Heist) voor een initiële termijn van 10 jaar, hetzij tot 6 mei 2025.
6. In 2015 was verzoekster, na de oproep tot kandidaatstelling door het BIPT, de enige operator die gebruiksrechten in de 3,5 GHz band wenste te bekomen. Twee andere operatoren hadden toen al gebruiksrechten in de 3,5 GHz band: Gridmax en Broadband Belgium. De gebruiksrechten van deze laatsten stopten in 2017, waardoor Gridmax en verzoekster vandaag de enige operatoren zijn die actief zijn in de 3,5 GHz band.

B.2. BEROEP VAN VERZOEKSTER TEGEN BESLUIT BIPT NAAR AANLEIDING VAN DE VERLENGING VAN DE GEBRUIKSRECHTEN VAN BROADBAND BELGIUM

7. Op 30 mei 2016 vroeg Broadband Belgium aan BIPT om haar gebruiksrechten te verlengen met 5 jaar op grond van het KB van 24 maart 2009.
8. Op 21 maart 2017 kende het BIPT deze verlenging toe (stuk 2.a), doch bepaalde in hetzelfde besluit dat de gebruiksrechten van verzoekster niet meer zouden worden gewijzigd en dus zouden worden bevrozen (eigen onderlijning):

“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. 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. [...]

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.

9. Omdat de inhoud van het besluit over de verlenging van de gebruiksrechten van Broadband Belgium de gebruiksrechten van verzoekster onder het KB van 24 maart 2009 schond, stelde verzoekster beroep tot nietigverklaring in bij uw Hof op 16 juni 2017.
10. Hangende het beroep voor uw Zetel trok BIPT het bewuste besluit volledig terug (stuk 2.b). Vermits het beroep van verzoekster daardoor zonder voorwerp viel, deed zij afstand van geding en gaf uw Hof hiervan akte per arrest van 28 juni 2017 (stuk 2.c).

B.3. WEIGERING DOOR BIPT VAN UITBREIDING NAAR WERCHTER EN DRANOUTER

11. Op 25 september 2017 verzocht verzoekster het BIPT om haar gebruiksrechten uit te breiden tot de gemeenten Werchter en Dranouter (stuk 3.a).
12. Ondanks het feit dat het BIPT het Broadband Belgium Besluit (waarin ze te kennen had gegeven dat ze de gebruiksrechten van verzoekster niet meer zou verlengen of uitbreiden) had ingetrokken, weigerde het BIPT op 2 februari 2018 uitbreiding tot Werchter en Dranouter (zie stuk 3.b).

B.4. WEIGERING DOOR BIPT VAN UITBREIDING NAAR AALTER

13. Op 1 juni 2018 verzocht verzoekster het BIPT om haar gebruiksrechten uit te breiden tot de gemeente Aalter. Verzoekster verzocht het BIPT formeel te antwoorden uiterlijk eind juni 2018. (stuk 4.a).

Op 24 juli 2018 verstuurde verzoekster een aanmaning verstuurd naar het BIPT (stuk 4.b) om tot een beslissing over te gaan.

14. Op 7 augustus 2018 weigerde het BIPT dit verzoek tot uitbreiding (zie stuk 4.c). In dezelfde brief weigerde het BIPT ook de uitbreiding naar Beveren (zie infra, randnrs. 17-18).

B.5. ARREST VAN HET MARKTENHOF OVER DE WEIGERING VAN DE UITBREIDING NAAR WERCHTER, DRANOUTER EN AALTER



15. Verzoekster stelde op 11 juni 2018 een beroep tot nietigverklaring in bij uw Hof tegen de weigering door het BIPT van de uitbreiding naar Werchter en Dranouter.

Bij conclusie breidde verzoekster het beroep uit tot de weigering van de uitbreiding naar Aalst.

16. Het initiële beroep in verband met Werchter en Dranouter werd als nietig afgewezen op grond van de laattijdigheid van het beroep. De uitbreiding naar Aalter werd als onontvankelijk afgewezen omdat het initiële beroep nietig was (stuk 5).

B.6. WEIGERING DOOR BIPT VAN UITBREIDING NAAR BEVEREN

17. Op 26 juli 2018 verzocht verzoekster het BIPT om haar gebruiksrechten uit te breiden tot de gemeente Beveren. Verzoekster verzocht het BIPT formeel te antwoorden uiterlijk eind juli 2018 (stuk 6.a).

18. Op 7 augustus 2018 weigerde het BIPT dit verzoek tot uitbreiding (zie stuk 6.b). In dezelfde brief weigerde het BIPT ook de uitbreiding voor Aalter (zie infra, randnr. 13-14).

B.7. UITBREIDING NAAR ZELZATE EN BEVEREN

19. Op 19 november 2018 verzocht verzoekster het BIPT om haar gebruiksrechten uit te breiden tot de gemeenten Zelzate en - voor een tweede maal - Beveren (stuk 7.a).

20. Na een herinnering op 13 maart 2019 (stuk 7.b) besloot het BIPT op 3 april 2019 de uitbreiding tot Zelzate en Beveren toe te kennen (stuk 7.c). Wat betreft Beveren, kwam het BIPT dus 8 maanden na een eerste weigering van de uitbreiding naar Beveren, terug op haar weigering en kende ze alsnog de uitbreiding naar Beveren toe.

B.8. WEIGERING DOOR BIPT VAN UITBREIDING NAAR KORTRIJK

21. Op 25 februari 2019 verzocht verzoekster het BIPT om haar gebruiksrechten uit te breiden tot de gemeente Kortrijk (stuk 8.a).

22. Op 17 september 2019 weigerde het BIPT dit verzoek tot uitbreiding naar Kortrijk (zie stuk 8.i). Dit is de beslissing die het voorwerp uitmaakt van het beroep tot nietigverklaring (het "Aangevochten Besluit").

B.9. WEIGERING DOOR BIPT VAN VERLENGING VAN GEBRUIKSRECHTEN

23. Op 18 april 2019 verzocht verzoekster het BIPT om haar gebruiksrechten te verlengen conform artikel 351 van het KB van 24 maart 2009 (stuk 9.a).



24. Op 15 mei 2019 antwoordde het BIPT hierop dat het te vroeg en niet opportuun was om over een eventuele verlenging al een uitspraak te doen (zie stuk 9.b).

B.10. VERZOEK UITBREIDING NAAR ZAVENTEM

25. Op 7 oktober 2019 verzocht verzoekster het BIPT om haar gebruiksrechten uit te breiden tot de gemeente Zaventem (stuk 10).
26. Hierop kwam nog geen antwoord van het BIPT.

C. FEITEN DIE AANLEIDING GAVEN TOT HUIDIG BEROEP

27. Op grond van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 kan een radiotoegangsoperator het BIPT verzoeken om bestaande gebruiksrechten territoriaal uit te breiden. In zulk geval verzoekt een radiotoegangsoperator het BIPT om de lijst van gemeenten die in zijn gebruiksrechten zijn opgenomen, te wijzigen. Indien de radiotoegangsoperator verzoekt om gemeenten toe te voegen, dan moet het BIPT beslissen of er een nieuwe toewijzingsprocedure moet worden gestart dan wel of de lijst van gemeenten onmiddellijk kan worden gewijzigd.
28. Op 25 februari 2019 heeft verzoekster een aanvraag ingediend bij het BIPT tot het bekomen van een licentie voor de 3,5 GHz frequentieband voor de gemeente Kortrijk, binnen hetzelfde frequentieblok als de huidige licentie van verzoekster (stuk 8.a).
29. BIPT antwoordde op 8 maart 2019 dat het niet mogelijk was te antwoorden tegen 18 maart 2019, zoals gevraagd door verzoekster (stuk 8.b). Na herhaaldelijk aandringen van verzoekster, op 13 maart 2019 (stuk 8.c) en 18 april 2019 (stuk 8.d), informeerde het BIPT verzoekster op 8 mei 2019 dat het een openbare raadpleging met een ontwerp van besluit zou publiceren (stuk 8.e).
30. Op 14 mei 2019 heeft het BIPT een openbare raadpleging met ontwerpbesluit gepubliceerd (stuk 8.f) en bepaalde het BIPT een antwoordtermijn tot 14 juni 2019. In dit ontwerpbesluit oordeelde het BIPT dat het de lijst van de gemeenten van Citymesh niet onmiddellijk kan wijzigen en evenmin een nieuwe toewijzingsprocedure kan starten op basis van het KB van 24 maart 2009.
31. Na deze openbare raadpleging werd het terug ijzig stil langs de kant van het BIPT, zodat verzoekster op 19 augustus 2019 het BIPT een laatste maal rappelleerde (stuk 8.g).
32. Op 23 augustus 2019 antwoordde het BIPT dat ze naar aanleiding van de reacties op de openbare raadpleging de ontwerpbeslissing had aangepast en had voorgelegd aan de gemeenschapsregulators (stuk 8.h).
33. Uiteindelijk heeft het BIPT op 17 september 2019 haar beslissing tot weigering genomen (hierna: "Aangevochten Besluit" - stuk 8.i).



34. Verzoekster is het niet eens met het Aangevochten Besluit en stelt daarom middels onderhavig verzoekschrift een beroep tot nietigverklaring in tegen het Aangevochten Besluit.

II. IN RECHTE - TEN GRONDE

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

A.1. IN HOOFDORDE: BIPT PAST HET ARTIKEL 21 VAN HET KB VAN 24 MAART 2009 NIET TOE

35. Naar aanleiding van een verzoek tot territoriale uitbreiding door een radiotoegangsoperator, voorziet artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 de beslissingsmogelijkheden van het BIPT: of een nieuwe toewijzingsprocedure opstarten, dan wel of de uitbreiding onmiddellijk toekennen:

“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.” (eigen onderlijning)

36. Het gebruik van de woorden “dan wel of” impliceert dat er slechts twee mogelijkheden zijn, en dat het BIPT tussen deze mogelijkheden moet kiezen: ofwel wijzigt het BIPT de lijst van gemeenten onmiddellijk, ofwel start het BIPT een nieuwe toewijzingsprocedure op. De wetgever laat het BIPT geen andere mogelijkheid. Het BIPT kan dus niet niets doen, noch kan het BIPT een derde alternatief beslissen.

37. Deze lezing wordt door het BIPT zelf bevestigd in het Aangevochten Besluit, waar zij stelt (stuk 8.i, randnr. 4):

In uitvoering van het KB van 24 maart 2009 mag een operator aan het BIPT 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 toewijzingsprocedure moet worden gestart dan wel of de lijst onmiddellijk kan worden gewijzigd.

38. Niettegenstaande de heldere formulering van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009, blijkt uit het Aangevochten Besluit dat het BIPT weigerde artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 toe te passen. Het BIPT besliste immers *noch* om de lijst van gemeenten onmiddellijk te wijzigen, *noch* om een nieuwe toewijzingsprocedure op te starten (stuk 8.i, randnummer 48):

“Overeenkomstig artikel 21 van het KB van 24 maart 2009, kan de lijst met gemeenten waarin de gebruiksrechten van Citymesh in de 3,5 GHz-frequentieband van toepassing zijn niet onmiddellijk worden uitgebreid met de gemeente Kortrijk en er kan ook geen nieuwe procedure worden gestart”



39. Dit komt in feite neer op een schorsing van de toepassing van het KB van 24 maart 2009. Het BIPT besliste bijgevolg, tegen de tekst van het KB van 24 maart 2009 in, dat ze de lijst van gemeenten voor verzoekster die reeds gebruiksrechten heeft in de 3,5 GHz band, niet meer zal wijzigen. Met andere woorden: BIPT legt artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 gewoon naast zich neer. Dit is een evidente en flagrante schending van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009.
40. In een eerder geschil tussen verzoekster en BIPT, oordeelde uw Zetel reeds dat een beslissing van het BIPT in het kader van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009, waarbij het BIPT *noch* de lijst van gemeenten aanpaste, *noch* een toewijzingsprocedure opstartte, neerkwam op een weigering en buiten werking stelling van het KB van 24 maart 2009 (stuk 5, p. 18):
- “Het eerste Aangevochten Besluit is namelijk een handeling waarmee het BIPT de toepassing van het KB van 24 maart 2009 weigert en (minstens tijdelijk) buiten werking stelt.”*
41. Verzoekster verkreeg gebruiksrechten voor 10 jaar met een wettelijk verankerde mogelijkheid tot uitbreiding van de vergunde gemeenten. De schending van het KB van 24 maart 2009 door het BIPT beviest de gebruiksrechten van verzoekster tot de initieel toegekende gemeenten, en ontnemt verzoekster elke mogelijkheid om de reeds door haar gedane investeringen te doen renderen via de in het KB van 24 maart 2009 verankerde mogelijkheid tot uitbreiding naar andere gemeenten. Door aldus de rechten van verzoekster als bestaande vergunde radiotoegangsoperator buiten spel te zetten, schendt het BIPT ook het rechtszekerheidsbeginsel.
42. 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.
43. Het loutere feit dat het BIPT niet tot *of* een aanpassing van de lijst komt, *of* een toewijzingsprocedure opstart, is op zich voldoende voor een vernietiging door uw Zetel, ongeacht de motieven die het BIPT hiervoor aanhaalt.
44. Deze schending van het KB van 24 maart 2009 is des te flagranter, nu blijkt dat het BIPT verzoekster (en uw Hof) in 2017 zand in de ogen heeft gestrooid.

BIPT durfde het in 2017 in conclusie te laten uitschijnen dat, ondanks de in het Broadband Belgium Besluit geuite intentie tot bevrozing van het KB van 24 maart 2009, verzoekster steeds uitbreidingen kon aanvragen en dat zij, indien het BIPT een uitbreiding “zou” weigeren, uiteraard beroep zou kunnen instellen (stuk 11, randnummer 34):

“De bedoeling van het BIPT - en nogmaals het gaat niet om een beslissing - is niet om operatoren die reeds over toegewezen frequenties beschikken, te verhinderen om te vragen om gemeenten toe te voegen aan hun lijst waarin ze hun gebruiksrechten kunnen uitoefenen overeenkomstig artikel 21 van het KB van 24 maart 2009.



De Bestreden Beslissing ontnemt niet de mogelijkheid aan Citymesh om een verzoek te formuleren om diens dekking uit te breiden naar andere gemeenten of om de bestaande dekking te verlenging.

Aldus, zelfs indien rekening zou gehouden worden met de niet beslissende motieven van de Bestreden Beslissing, dient te worden vastgesteld dat zelfs deze die bekritiseerd worden door Citymesh, het belang van deze laatste niet kunnen verantwoorden.

Trouwens, indien datgene wat Citymesh vreest zich zou voordoen omdat het BIPT een verzoek van Citymesh om de lijst van gemeenten waar zij actief is uit te breiden of de gebruiksrechten te verlengen, zou weigeren, zou Citymesh uiteraard een beroep kunnen instellen tegen deze beslissing.

Deze beslissing zou Citymesh werkelijk grieven.

In dit opzicht, is het beroep van Citymesh minstens voorbarig.”

Deze mooie principes waren holle woorden: BIPT wist toen reeds dat ze nooit uitbreidingen zou toekennen, en haar beweringen in de voorwaardelijke wijs waren vals. Het beroep wan verzoekster toen was niet voorbarig, maar zeer terecht.

Bovendien trok het BIPT het Broadband Belgium besluit terug in **(stuk 2.b)**, waardoor het BIPT in 2017 de indruk gaf dat ze artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 wèl zou respecteren. Achteraf is het tegendeel gebleken, nu het BIPT weigerde artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 toe te passen voor de verzoeken tot uitbreiding naar de gemeenten Werchter, Dranouter, Aalter, Beveren (eerst wel dan dan niet) en Kortrijk door verzoekster.

Het is dus duidelijk is geworden dat het BIPT, ondanks haar mooie beweringen in conclusie en de intrekking van het Broadband Belgium besluit in 2017, haar toen geuite intentie om het KB van 24 maart 2009 de facto te schorsen, in de praktijk steeds heeft toegepast.

45. Uit de hiervoor beschreven omstandigheden volgt dat de schending door het BIPT van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 intentioneel en te kwader trouw is.

A.2. IN ONDERGESCHIKTE ORDE: DE MOTIEVEN DIE HET BIPT AANHAALT OM ARTIKEL 21 VAN HET KB VAN 24 MAART 2009 NIET TOE TE PASSEN ZIJN ONGEGROND

46. Het loutere feit dat het BIPT niet tot of een aanpassing van de lijst komt, of een toewijzingsprocedure opstart, is op zich voldoende voor een vernietiging door uw Zetel, ongeacht de motieven van het BIPT.

47. Mocht uw Zetel oordelen dat toch moet gekeken worden naar de motieven die het BIPT aanhaalt om het KB niet toe te passen, dan zal verzoekster ondergeschikt hierna aantonen dat de twee motieven die het BIPT aanhaalt (beweerdelijke onmogelijkheid op basis van de 15km regel en beweerdelijke strijdigheid met de nieuwe Europese regels), ongegrond zijn.

A.2.1. Eerste motief van het BIPT: beweerdelijke onmogelijkheid op basis van de 15km regel



48. Het BIPT weigert in het Aangevochten Besluit om de onmiddellijke uitbreiding van de lijst van gemeenten van verzoekster toe te kennen op basis van de zogenaamde 15 km-regel (stuk 8.i, randnummer 5):

“Bij de beoordeling van de uitbreidingsaanvraag moet de bepaling opgenomen in punt C) van de bijlage bij het koninklijk besluit van 24 maart 2009 worden geëvalueerd. Voor de 3410-3600 MHz-band moet er een beschermingsafstand worden vastgelegd van ten minste 15 km tussen de dienstzones van twee operatoren die dezelfde frequenties gebruiken. De 15 km-beschermingsregel is van belang om schadelijke storingen in de 3410-3600 MHz-band te vermijden. Punt C) van de bijlage bij het koninklijk besluit van 24 maart 2009 voegt dan ook toe dat de basisstations van een radiotoegangsoperator geen spectrale vermogensfluxdichtheid van meer dan -110 dBW/m²/MHz. mogen voortbrengen op een hoogte van 10 m boven de grond, op een afstand van 15 km of meer buiten de zone waarvoor die operator over gebruiksrechten beschikt. Indien dat criterium van 15 km niet wordt nageleefd, kan niet meer gewaarborgd worden dat er geen storingen zullen optreden tussen twee operatoren die dezelfde frequenties gebruiken.

[...]

De gemeente Kortrijk valt in het blauwe gebied. De gemeente zou dus ook toegewezen kunnen worden aan een andere operator dan Citymesh. In geval van een nieuwe toewijzingsprocedure kunnen kandidaten die nog geen gebruiksrechten voor de 3410-3600 MHz-band hebben, slechts een vergunning voor dergelijke gebruiksrechten verkrijgen voor de gemeenten die verder dan 15 km verwijderd zijn van alle gemeenten waarvoor reeds een vergunning is afgeleverd. Indien de afstand immers kleiner zou zijn dan 15 km, kan niet meer worden gewaarborgd dat er geen storingen zouden optreden tussen de nieuwe en de bestaande operator die dezelfde frequenties gebruiken. De onmiddellijke toevoeging van Kortrijk aan de lijst van de gemeenten die onder de bestaande gebruiksrechten van Citymesh vallen, houdt dus een beperking in voor andere operatoren die potentieel kandidaat zijn om gebruiksrechten voor deze frequentieband in deze gemeente te verwerven. Het BIPT kan aldus niet overgaan tot een onmiddellijke opname.”

49. Het BIPT verwijst voor de 15km regel naar punt C van de bijlage van het KB van 24 maart 2009. Deze bijlage is gesteund op artikel 7, §2 van het KB van 24 maart 2009 dat stelt:

“§ 2. De radiotoegangsoperatoren komen de bijgevoegde technische verplichtingen na teneinde het naast elkaar bestaan van aangrenzende operatoren te garanderen.

De aangrenzende operatoren mogen overeenkomsten sluiten om minder beperkende technische parameters te hanteren. Dergelijke overeenkomsten worden aan het Instituut meegedeeld.”



50. De bijlage bij het KB van 24 maart 2009 is getiteld:

“Technische verplichtingen om het naast elkaar bestaan van aangrenzende operatoren te garanderen bij gebrek aan overeenkomsten”

Punt C van deze bijlage bepaalt:

“Er wordt een beschermingsafstand vastgelegd van ten minste 15 km tussen de dienstzones van twee operatoren die dezelfde frequenties gebruiken.”

51. De lezing en toepassing door het BIPT van de 15km regel uit het KB van 24 maart 2009 is in strijd met de bepalingen zelf van het KB, en dit omdat:

- het BIPT de 15km regel hanteert om de toekenning van gebruiksrechten voor nieuwe gemeenten te weigeren, terwijl de 15km regel geen weigeringsgrond inhoudt maar enkel een beperking is op het zendbereik van operatoren die dezelfde frequenties gebruiken en aangrenzende dienstzones hebben, en
- het BIPT de 15km regel toepast tussen bestaande operatoren en eventueel toekomstige operatoren, terwijl de 15km regel enkel geldt tussen bestaande operatoren die dezelfde frequenties gebruiken in aangrenzende dienstzones.

Weigeringsgrond versus beperking zendbereik

52. De 15km regel die volgt uit bijlage C van het KB van 24 maart 2009 bepaalt enkel dat, wanneer operatoren dezelfde frequentie gebruiken en actief zijn in aangrenzende dienstzones, er een “beschermingsafstand” van 15km moet worden gerespecteerd. Deze beschermingsafstand houdt in dat de operatoren *“geen spectrale vermogensfluxdichtheid van meer dan -110 dBW/m² /MHz [mogen] voortbrengen op een hoogte van 10 m boven de grond, op een afstand van 15 km of meer buiten de dienstzone van die operator.”*

De 15km regel houdt derhalve in dat, wanneer twee operatoren dezelfde frequenties gebruiken en actief zijn in aangrenzende dienstzones, er een beperking op het zendvermogen wordt opgelegd in een band van 15km tussen de aangrenzende dienstzones.

De 15km regel houdt derhalve niet in dat een bepaalde gemeente kan worden geweigerd aan een operator omdat de betrokken gemeente dichterbij ligt dan 15km bij een gemeente van een andere operator. Volgens het KB van 24 maart 2009 kunnen gemeenten die dichterbij liggen dan 15km van elkaar worden toegekend aan verschillende operatoren, op voorwaarde dat de betrokken operatoren in zulk geval de beschermingsafstand respecteren (*“geen spectrale vermogensfluxdichtheid van meer dan -110 dBW/m² /MHz voortbrengen op een hoogte van 10 m boven de grond, op een afstand van 15 km of meer buiten de dienstzone van die operator”*).

De 15km regel is met andere woorden geen grond tot weigering van toekenning van gebruiksrechten, maar een beperking van zendvermogen van operatoren met bestaande gebruiksrechten.



Dat het KB van 24 maart 2009 een situatie toelaat waarin operatoren gebruiksrechten krijgen met dezelfde frequentie voor aangrenzende dienstzones, wordt bevestigd door het KB van 24 maart 2009 zelf dat in de mogelijkheid voorziet voor aangrenzende operatoren om overeenkomsten te sluiten met “*minder beperkende technische parameters*” (zie art. 7 van het KB van 24 maart 2009). De door het KB van 24 maart 2009 opgelegde beschermingsafstand geldt dus enkel “*bij gebrek aan overeenkomsten tussen operatoren*” (zie punt C van de bijlage bij het KB van 24 maart 2009).

Indien de lezing van het BIPT van artikel 7 en bijlage C van het KB van 24 maart 2009 zou worden gevolgd, zouden dergelijke afwijkende overeenkomsten nooit mogelijk zijn omdat er volgens de (verkeerde) lezing van het KB door het BIPT nooit aangrenzende gemeenten zouden kunnen worden toegekend, en dus bestaan.

Dit bevestigt dat de lezing en toepassing door het BIPT van de 15km regel van het KB van 24 maart 2009 in strijd is met de tekst en de ratio van het KB.

Bestaande operatoren versus toekomstige operatoren

53. In het Aangevochten Besluit past het BIPT de 15-km regel uit punt C van de bijlage van het KB van 24 maart 2009 toe tussen bestaande radiotoegangsoperatoren (in casu verzoekster) en eventuele toekomstige radiotoegangsoperatoren om nieuwe gemeenten te weigeren aan verzoekster (stuk 8.i, randnummer 8):

“De gemeente Kortrijk valt in het blauwe gebied. De gemeente zou dus ook toegewezen kunnen worden aan een andere operator dan Citymesh. In geval van een nieuwe toewijzingsprocedure kunnen kandidaten die nog geen gebruiksrechten voor de 3410-3600 MHz-band hebben, slechts een vergunning voor dergelijke gebruiksrechten verkrijgen voor de gemeenten die verder dan 15 km verwijderd zijn van alle gemeenten waarvoor reeds een vergunning is afgeleverd. Indien de afstand immers kleiner zou zijn dan 15 km, kan niet meer worden gewaarborgd dat er geen storingen zouden optreden tussen de nieuwe en de bestaande operator die dezelfde frequenties gebruiken. De onmiddellijke toevoeging van Kortrijk aan de lijst van de gemeenten die onder de bestaande gebruiksrechten van Citymesh vallen, houdt dus een beperking in voor andere operatoren die potentieel kandidaat zijn om gebruiksrechten voor deze frequentieband in deze gemeente te verwerven.” (eigen onderlijning)

54. De toepassing door het BIPT van de 15 km regel tussen bestaande en toekomstige operatoren is foutief: de 15 km regel is enkel van toepassing tussen bestaande aangrenzende operatoren, en niet tussen bestaande en eventueel toekomstige aangrenzende operatoren.

Dit volgt uit de volgende tekstuele elementen:



- Artikel 752 van het KB van 24 maart 2009 stelt dat aangrenzende operatoren overeenkomsten mogen sluiten om minder beperkende technische parameters te hanteren.

Het spreekt voor zich dat enkel bestaande operatoren zulke overeenkomsten kunnen sluiten.

- De bijlage van het KB van 24 maart 2009 is getiteld “Technische verplichtingen om het naast elkaar bestaan van aangrenzende operatoren te garanderen bij gebrek aan overeenkomsten”.

Toekomstige operatoren kunnen geen aangrenzende operatoren zijn. Bovendien verwijst de titel opnieuw naar de mogelijkheid van afwijkende overeenkomsten, hetgeen bevestigt dat de bijlage enkel betrekking heeft op bestaande operatoren: enkel zij zijn in staat om overeenkomsten te sluiten.

- Punt C van diezelfde bijlage die in de 15 km regel voorziet, is getiteld “Operatoren die hetzelfde blok gebruiken in de frequentieband 3400-3600 MHz”.

Hieruit blijkt opnieuw dat de 15 km regel moet worden toegepast tussen operatoren die actief zijn in hetzelfde blok (“gebruiken”), en dus niet tussen bestaande en toekomstige operatoren.

- Punt C van diezelfde bijlage die in de 15 km regel voorziet, bepaalt dat “... een beschermingsafstand vastgelegd [wordt] van ten minste 15 km tussen de dienstzones van twee operatoren die dezelfde frequenties gebruiken”.

Ook deze bepaling wijst erop dat de 15 km regel geldt tussen operatoren die dezelfde frequentie “gebruiken”, en dus niet ten aanzien van operatoren die geen frequenties gebruiken, hetzij toekomstig operatoren.

55. De redenering van het BIPT dat de uitbreiding van gebruiksrechten van bestaande operatoren naar een nieuwe gemeente een beperking inhoudt voor andere operatoren die “*potentieel kandidaat zijn om gebruiksrechten voor deze frequentieband in deze gemeente te verwerven*” houdt overigens geen enkele steek: elke toekenning van gebruiksrechten aan elke operator houdt altijd een beperking in van rechten van andere operatoren die potentieel kandidaat zijn in de toekomst om ook rechten te verwerven.

De redenering van het BIPT zou tot gevolg hebben dat het BIPT geen enkel gebruiksrecht meer kan toekennen omdat er zich in de toekomst steeds andere operatoren zouden kunnen manifesteren die potentieel ook deze rechten zouden willen verwerven. Het spreekt voor zich dat de redenering van het BIPT zou leiden tot een totale bevrozing van alle gebruiksrechten, en dit in strijd met het KB van 24 maart 2009.

Het absurde van de redenering van het BIPT is des te groter, nu verzoekster de enige was die bij de laatste toewijzingsprocedure interesse had om gebruiksrechten te verwerven en vandaag de enige is die actief is in de 3,5 GHz frequentieband (naast de operator Gridmax die twee kleine gemeenten bezit in Wallonië). Het spectrum in de 3,5 GHz band is dus voor de rest volledig ongebruikt en leeg.



56. Tenslotte heeft het BIPT overigens zelf bevestigd dat de 15km regel enkel van toepassing is tussen bestaande operatoren:

“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.” (stuk 2)

“3.4 LIJST VAN DE GEMEENTEN WAARVOOR DE KANDIDATEN GEBRUIKSRECHTEN KUNNEN VRAGEN WAT BETREFT DE BLOKKEN 3 EN 4

Er wordt een beschermingsafstand vastgelegd van ten minste 15 km tussen de dienstzones van twee operatoren die dezelfde frequenties gebruiken. Als die beschermingsafstand van 15 km wordt toegepast, zouden 225 gemeenten kunnen worden gebruikt door een andere operator dan Clearwire wat betreft de frequentieblokken 3 en 4. Clearwire mag een uitbreiding van zijn gebruiksrechten vragen voor alle gemeenten die daar nog niet onder vallen, namelijk 545 gemeenten. De beschermingsafstand van 15 km is in het geval van Clearwire niet van toepassing. De beschermingsafstand van 15 km is immers enkel nodig tussen twee verschillende operatoren, en dus niet tussen Clearwire (bestaande gebruiksrechten) en Clearwire (verzoek om uitbreiding).” (stuk 12)

57. Hieruit blijkt dat het BIPT de 15 km regel verkeert interpreteert en toepast, en de toepassing ervan bovendien heeft gewijzigd, wat in strijd is met het KB van 24 maart 2009, ten nadele van de rechten van verzoekster.
58. Uit voorgaande besluit verzoekster dat de lijst van de gemeenten van verzoekster wèl onmiddellijk kon worden gewijzigd op grond van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009. Het BIPT kon en moest de gemeente Kortrijk toekennen aan verzoekster.

A.2.2. Tweede motief: beweerdelijke strijdigheid met nieuwe Europese regels

59. BIPT haalt twee Europese teksten aan waarvan de inhoud strijdig zou zijn met de organisatie van een nieuwe toewijzing: de EU richtlijn 2018/1972 en het uitvoeringsbesluit 2019/235 van de Europese Commissie van 24 januari 2019.
60. De beweerde strijdigheid is niet alleen een drogreden die het BIPT aanhaalt, de strijdigheid bestaat ook niet.
- (i) Beweerde strijdigheid met Europese regels is een drogreden
61. Het is belangrijk te onderstrepen dat de weigeringen van het BIPT om uitbreidingen van gemeenten toe te kennen aan verzoekster, reeds teruggaan tot 2017 en 2018: de uitbreiding naar Werchter en Dranouter werd geweigerd op 2 februari 2018 (zie stuk 3.b), Aalter werd geweigerd op 7 augustus 2018 (zie stuk 4.c).
62. De Europese teksten die het BIPT vandaag aanhaalt, bestonden niet op het moment van deze weigeringen. Toch weigerde het BIPT toen ook de aanvragen tot uitbreiding van verzoekster. Het BIPT stelde toen dat een nieuwe toewijzingsprocedure “niet opportuun” was.



63. Ook verwijst verzoekster naar het Broadband Belgium besluit van het BIPT van 21 maart 2017 (zie stuk 2.a), waarin het BIPT reeds naar intentie uitte om geen enkel nieuwe gemeente aan verzoekster toe te kennen en om geen nieuwe toewijzingsprocedure op te starten.
64. In het Aangevochten Besluit is er plots sprake van een onmogelijkheid omwille van een beweerdelijke strijdigheid met EU recht. De wisselende redenen die het BIPT sinds 2017 aanhaalt om de rechten van verzoekster onder het KB van 24 maart 2009 te schenden, tonen aan dat de beweerdelijke strijdigheid met het EU recht, een drogreden is.

(ii) Een bestaat geen strijdigheid

65. In de eerste plaats kan de toepassing van een regel van nationaal recht, die een omzetting betreft van een EU richtlijn, niet in strijd zijn met een richtlijn die nog moet worden omgezet. Verzoekster heeft gebruiksrechten op basis van een KB tot 6 mei 2025. De aangehaalde richtlijn moet pas worden omgezet tegen 21 december 2020. Een dergelijke richtlijn kan geen afbreuk doen aan deze bestaande rechten anno 2019.
66. Het BIPT, dat deel uitmaakt van de uitvoerende macht, kan tijdens de omzettingstermijn van een richtlijn de rechtstreekse werking van zulke richtlijn niet inroepen ten aanzien van een rechtsonderhorige.
67. Er is derhalve geen strijdigheid in rechte.
68. Indien al rekening gehouden moet worden met de richtlijn 2018/1972 (quod non), verantwoord de door het BIPT ingeroepen artikelen 49 en 54 van de richtlijn 2018/1972 geenszins om de bestaande gebruiksrechten van verzoekster onder het KB van 24 maart 2009 volledig te bevriezen.
69. In de eerste plaats stelt richtlijn 2018/1972 dat zij geen afbreuk doet aan de verplichtingen die gelden onder het nationale recht, in casu het KB van 24 maart 2009:

“3. Deze richtlijn doet geen afbreuk aan:

a)

verplichtingen die door het nationale recht in overeenstemming met het Unierecht of door het Unierecht zijn opgelegd met betrekking tot diensten die worden geleverd met behulp van elektronische communicatienetwerken en -diensten;”

70. Het BIPT kan dus perfect het KB van 24 maart 2009 toepassen, ongeacht de inhoud van richtlijn 2018/1972.
71. Verder is het door BIPT ingeroepen artikel 54 van de richtlijn 2018/1972 niet van toepassing. Dit artikel bepaalt:

“1. Voor terrestrische systemen die draadloze breedbanddiensten kunnen leveren, nemen de lidstaten, wanneer dit noodzakelijk is om de uitrol van 5G te vergemakkelijken, uiterlijk 31 december 2020 alle passende maatregelen om:



*a) het gebruik van voldoende grote blokken in de band van 3,4 tot 3,8 GHz te reorganiseren en toe te staan;
[...]"*

72. BIPT kan zich in casu niet beroepen op artikel 54: het artikel stelt dat enkel *lidstaten* passende maatregelen kunnen nemen, niet de *nationale regelgevende instantie* zoals het BIPT.

Bovendien kunnen de passende maatregelen enkel betrekking hebben op het gebruik van "*voldoende grote blokken in de band van 3,4 tot 3,8 GHz*". De frequentieblokken die het KB van 24 maart 2009 zowel als het ontwerp van nieuwe KB ter voorbereiding van de 5G veiling ter beschikking stellen (stuk 13), bedragen in beide teksten 10MHz. Het frequentieblok waarover verzoekster vandaag beschikt bedraagt 2x20 Mhz. Een nieuwe toewijzingsprocedure zou dus op geen enkele wijze een invloed kunnen hebben op de grootte van de frequentieblokken want deze zijn in het KB van 24 maart 2009 en het ontwerp 5G KB identiek.

De overwegingen van het BIPT over de 15-jarige duur van eventuele nieuwe rechten is niet terzake dienend omdat, nu de richtlijn nog niet werd omgezet, de bestaande regels van het KB van 24 maart 2019 onverkort gelden en kunnen worden toegepast zonder strijdigheid met de wet.

B. TWEEDE MIDDEL: SCHENDING VAN ARTIKEL 18 VAN DE WET VAN 13 JUNI 2005 DOOR ZELF DE VOORWAARDEN VOOR DE UITBREIDING VAN GEBRUIKSRECHTEN TE BEPALEN

73. De wet van 13 juni 2005 belast het BIPT met het spectrumbeheer. Het KB van 24 maart 2009 is genomen in uitvoering van deze wet. Het BIPT dient dit beheer derhalve uit te oefenen binnen de voorschriften en de beperkingen van de wet van 13 juni 2005.

74. Artikel 18, §1 van de wet van 13 juni 2005 bepaalt dat de voorwaarden voor het verkrijgen en uitoefenen van gebruiksrechten voor radiofrequenties door de Koning worden vastgelegd:

"Art. 18. § 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 [...]"

75. Een beperking van de verlening van de gebruiksrechten op frequenties kan enkel gebeuren via de voorwaarden bepaald door de Koning.

76. Middels het Aangevochten Besluit past het BIPT in verband met de verlening van gebruiksrechten voorwaarden toe die niet het KB van 24 maart 2009 terug te vinden zijn. Gelet op het feit dat het BIPT de vraag van verzoekster tot territoriale uitbreiding op basis van andere voorwaarden dan deze vermeld in artikel 21 van het KB van 24 maart



2009 heeft beoordeeld, betekent dit dat het BIPT "eigen" voorwaarden hanteerde om gebruiksrechten te verlenen, *in casu* te beperken, en dit terwijl de voorwaarden voor een dergelijke beperking door het KB van 24 maart 2004 zijn geregeld.

Hierdoor schendt het BIPT het artikel 18 van de wet van 13 juni 2005 door zichzelf de bevoegdheid toe te kennen om af te wijken van de mogelijkheden voorzien in artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 en zo zelf de voorwaarden voor de toekenning, verlening en beperking van gebruiksrechten vast te leggen.

77. Het BIPT overschrijdt hiermee haar bevoegdheid: de voorwaarden voor het verkrijgen en uitoefenen van gebruiksrechten voor spectrum in de 3,5 GHz band worden op grond van artikel 18 van de wet van 13 juni 2005 namelijk bepaald door de Koning (middels het KB van 24 maart 2009), en kunnen niet door het BIPT zelf worden ingevuld in afwijking van dit KB van 24 maart 2009. Het BIPT stelt zich hier in de plaats van de Koning.

C. DERDE MIDDEL: SCHENDING VAN ARTIKELEN 13, 3^E LID EN 21 VAN DE WET VAN 13 JUNI 2005 DOOR NIET TE HANDELEN OP BASIS VAN OBJECTIEVE, TRANSPARANTE, EVENREDIGE EN NIET-DISCRIMINERENDE CRITERIA

78. Het BIPT schendt tevens artikel 13, 3e lid en 21 van de wet van 13 juni 2005 door niet te handelen op basis van objectieve, transparante, evenredige en niet-discriminerende criteria.

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

"Art. 13. 3e lid. Het Instituut draagt er zorg voor dat de spectrumtoewijzing gebaseerd is op objectieve, transparante, niet-discriminerende en proportionele criteria."

80. Ook bij de beperking van gebruiksrechten door het BIPT moet het BIPT handelen op basis van objectieve, transparante, niet-discriminerende en proportionele criteria (artikel 21 van de wet van 13 juni 2005):

"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."

81. Zelfs indien het BIPT buiten het kader van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 zelf voorwaarden zou kunnen bepalen voor spectrumtoewijzing of gebruiksrechten zou kunnen beperken - *quod non* - dan heeft het BIPT dat in ieder geval niet gedaan op basis van objectieve, transparante, niet-discriminerende en evenredige selectiecriteria.



C.1.1. Het BIPT past de 15 km-regel toe op een wijze die onverzoenbaar is met KB van 24 maart 2009

82. Het BIPT past de 15km regel toe in strijd met de tekst van het KB van 24 maart 2009. Verder is de interpretatie van de 15km regel door het BIPT ook gewijzigd doorheen de jaren. Dit maakt de toepassing ervan niet transparant en arbitrair.

C.1.2. Het BIPT laat het lot van verzoekster afhangen van een eventuele toekomstige gebeurtenis waarvan de voorwaarden en modaliteiten nog niet bekend zijn

83. Het feit dat de mogelijkheid van uitbreiding en verlenging van de bestaande gebruiksrechten op spectrum in de 3,5 GHz band wordt uitgesloten op basis van een mogelijk nieuw koninklijk besluit en een mogelijke toekomstige veiling voor de gevestigde mobiele operatoren, is verre van transparant, objectief en evenredig.

84. Het BIPT laat het lot van een bestaande radiotoegangsoperator afhangen van een eventuele toekomstige gebeurtenis waarvan de voorwaarden en modaliteiten nog niet bekend zijn. Dat is niet transparant noch objectief. Dit betekent ook dat het BIPT voorrang geeft aan eventuele toekomstige nog te vergunnen radiotoegangsoperatoren, ten nadele van bestaande vergunde operatoren in de 3,5 GHz band. Dit maakt een ongelijke behandeling uit. Het BIPT schendt alzo artikelen 13, 3e lid en 21 van de wet van 13 juni 2005.

85. Dergelijke weigering is ook niet evenredig, daar er:

- Voorheen aan verschillende andere operatoren gebruiksrechten werden toegekend voor veel meer gemeenten dan verzoekster vandaag heeft en bijkomend wenst te verwerven - het aantal gemeenten waarvoor verzoekster na de uitbreiding gebruiksrechten zou hebben, kan daarom zeker niet te hoog zijn gelet op de gebruiksrechten toegekend in het verleden aan andere operatoren;
- Er nog zeer veel gemeenten overblijven: voor slechts 17 van de 581 gemeenten in België werden vandaag gebruiksrechten gegund aan verzoekster en Gridmax, er blijven dus nog 564 gemeenten over die volledig vrij zijn;
- Er voldoende spectrum beschikbaar is en zal zijn voor de nieuwe 5G veiling (nl. in totaal 400 MHz), waardoor het helemaal niet zeker is - en eerder onwaarschijnlijk - dat toekomstige operatoren dezelfde frequentieblokken zouden hebben als verzoekster.

C.1.3. Het BIPT laat het lot van bestaande gebruiksrechten afhangen van nog niet omgezette richtlijnen

86. Het BIPT verantwoordt de niet-toepassing van het KB van 24 maart 2009 door de bepalingen uit een nog niet omgezette richtlijn, waarvan de datum voor omzetting nog niet is verstreken. Hiermee loopt het BIPT vooruit op de wijze en het moment waarop de



wetgever een richtlijn zal omzetten, en weigert het BIPT het regime van het bestaande KB van 24 maart 2009 toe te passen.

87. Dergelijke handelwijze is niet-transparant en niet objectief.

D. VIERDE MIDDEL: SCHENDING VAN ARTIKEL 6, 4° VAN DE WET VAN 13 JUNI 2005 DOOR NIET TE ZORGEN VOOR EEN EFFICIËNT BEHEER VAN DE RADIOFREQUENTIES

88. Het BIPT moet aan efficiënt beheer van de radiofrequenties doen, aldus artikel 6 van de wet van 13 juni 2005:

“Bij de uitvoering van de taken die aan het Instituut krachtens deze wet zijn opgelegd, bevordert het de concurrentie bij de levering van elektronische communicatie-netwerken, van elektronische-communicatiediensten en van bijbehorende faciliteiten op de volgende wijze:

[...]

4° het bevordert efficiënt gebruik en zorgt voor een efficiënt beheer van de radiofrequenties en de nummervoorraad.”

89. Door de toevoeging van extra gemeentes te weigeren in het spectrum waarvoor verzoekster reeds gebruiksrechten tot 2025 heeft, zorgt het BIPT in feite niet voor een efficiënt beheer van de radiofrequenties.

90. Immers, zelfs indien er een nieuw regelgevend kader zou tussenkomen (wat niet zeker is), stelt zich de vraag of het Aangevochten Besluit noodzakelijk is in het licht van dat nieuwe kader. Het antwoord daarop is duidelijk negatief: verzoekster heeft een licentie tot en met 2025 en kan zonder enig nadeel voor een eventueel toekomstig nieuw regelgevend kader territoriaal uitbreiden vermits het BIPT zelf zegt dat het huidige kader tot 2025 blijft bestaan. Er is dus geen enkele noodzaak om de rechten van bestaande toegangsoperatoren voor 2025 te beperken.

91. Indien deze territoriale weigering gehandhaafd zou worden door het BIPT, zou dit in feite betekenen dat spectrum dat vandaag vrij is, niet zou worden toegekend. Het BIPT heeft in het verleden reeds verschillende keren gunningsprocedures gehouden voor de 3,5 GHz-band en verzoekster is vandaag, naast één andere operator die gebruiksrechten in slechts twee gemeenten heeft (Gridmax), de enige radiotoegangsoperator in de 3,5 GHz band:

- In 2000 werd een eerste gunningsprocedure georganiseerd en werden er vergunningen toegewezen aan Formus Communications Belgium en Winstar Communications. Die operatoren hebben echter nooit een netwerk uitgebouwd. Hun vergunningen werden dan ook ingetrokken.
- In 2004 organiseerde het BIPT een tweede gunningsprocedure. Clearwire Belgium en Mac Telecom verkregen vergunningen. Deze vergunningen werden in 2016 overgedragen aan Broadband Belgium. In 2017 heeft Broadband Belgium zijn vergunning ingeleverd.



- In 2010 werd een derde gunningsprocedure georganiseerd. ZapFi en Gigaweb verkregen vergunningen. De vergunning van ZapFi werd in 2013 ingetrokken, terwijl Gigaweb haar vergunning in 2016 heeft overgedragen aan Gridmax.
 - In 2015 werd een vierde gunningsprocedure georganiseerd. Alleen verzoekster dong mee, en verkreeg als enige gebruiksrechten.
92. Op heden hebben dus enkel verzoekster en Gridmax gebruiksrechten in de 3,5 GHz-band. Voor de rest is deze band volledig leeg.
93. Verzoekster wil haar gebruiksrechten uitbreiden, maar het BIPT weigert dit in strijd met alle toepasselijke bepalingen. Het BIPT zorgt er dus voor dat een groot deel van het vrije spectrum binnen de 3,5 GHz-band niet gebruikt kan worden.
94. Dit kan niet gekwalificeerd worden als een efficiënt beheer van radiofrequenties door het BIPT en maakt aldus een schending uit van artikel 6, 4° van de wet van 13 juni 2005.

E. TENSLOTTE: VOLLE RECHTSMACHT VAN HET MARKTENHOF

95. Op grond van artikel 251 van de wet van 17 januari 2003 heeft uw Zetel volheid van rechtsmacht bij de beoordeling van beroepen tegen de beslissingen van het BIPT. Uw Zetel kan dus niet alleen het Aangevochten Besluit vernietigen, maar ook met volheid van rechtsmacht de zaak beoordelen, waaronder een nieuwe beslissing nemen.
96. Verzoekster vordert niet alleen de vernietiging van het Aangevochten Besluit, maar vraagt uw Zetel op basis van haar volheid van rechtsmacht twee extra beslissingen te nemen.
97. Verzoekster vraagt uw Zetel om te zeggen voor recht dat het BIPT, binnen de 5 werkdagen na betekening van het tussen te komen arrest, de gemeente Kortrijk dient toe te kennen aan verzoekster op straffe van een dwangsom van 25.000 EUR per dag dat niet aan het arrest wordt voldaan.

De uitoefening van de volheid van rechtsmacht van uw Zetel op dat punt dringt zich op om de volgende redenen:

- Indien uw Zetel haar arrest zou beperken tot een vernietiging, zou verzoekster een nieuwe aanvraag voor Kortrijk moeten indienen bij het BIPT. Uit het verleden is gebleken dat het BIPT de aanvragen van verzoekster maanden laat liggen, onnodige en nutteloze openbare raadplegingen houdt, om dan uiteindelijk de uitbreiding te weigeren. Verzoekster zou zich dan opnieuw tot het marktenhof moeten wenden, hetgeen voor haar een onaanvaardbare aantasting van haar rechten zou betekenen, gelet op het feit dat haar vergunning afloopt in 2025.
- De mogelijkheid van een snelle tussenkomst via uw Zetel aan de hand van een vordering tot schorsing biedt geen oplossing voor verzoekster wegens de aard van de besluiten die het BIPT neemt: de meerwaarde voor verzoekster om een schorsing te bekomen van een weigering tot uitbreiding van de gebruiksrechten van verzoekster voor een bepaalde gemeente, is onbestaande. Een schorsing levert verzoekster in de praktijk niets op omdat het besluit van het BIPT een



negatief besluit is, het bestaat er juist in dat er *geen* gebruiksrechten worden toegekend. De schorsing bekomen van iets wat niet werd toegekend levert geen enkel praktisch nut op.

98. Opdat de beroepsmogelijkheid van verzoekster bij uw Hof effectief zou zijn, dient uw Zetel zich in de plaats te stellen van het BIPT en de gemeente Kortrijk toe te kennen.
99. Verzoekster vraagt uw Zetel voorts ook om te zeggen voor recht dat, wanneer verzoekster in de toekomst op grond van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 aan het BIPT een uitbreiding van haar gebruiksrechten vraagt voor één of meerdere gemeenten waar verzoekster nog geen gebruiksrechten heeft, het BIPT de lijst van de gemeenten van verzoekster moet wijzigen met de door verzoekster gevraagde gemeenten indien deze laatste gemeenten reeds niet aan een andere operator werden toegewezen, en dit binnen de 5 werkdagen na datum van aanvraag verzoek tot uitbreiding, op straffe van een dwangsom van 15.000 EUR per dag dat niet aan een dergelijk verzoek wordt voldaan.

De uitoefening van de volheid van bevoegdheid van uw Zetel op dat punt dringt zich op omdat uit het verleden is gebleken dat het BIPT bewust en herhaaldelijk de toepassing van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 naast zich neerlegt. Elke nieuwe aanvraag tot uitbreiding door verzoekster zou, na een getalm door het BIPT van een aantal maanden, derhalve botsen op een weigering van het BIPT. Verzoekster zou zich dan telkens opnieuw tot uw Zetel moeten wenden, hetgeen voor haar een onaanvaardbare aantasting van haar rechten zou betekenen, gelet op het feit dat haar vergunning afloopt in 2025.

Een dergelijke beslissing is ook perfect te verantwoorden en houdt geen onevenredige beperking van de rechten van derden, vermits (i) verzoekster momenteel (buiten Gridmax) de enige actieve operator is in de 3.5 GHz band, (ii) verzoekster bij de laatste toewijzingsprocedure in de 3.5 GHz band de enige operator was die gebruiksrechten wilde verwerven, en (iii) de ontwerp teksten voor de nieuwe 5G veiling reeds rekening houden met de bestaande rechten van verzoekster, zodat de uitbreiding van de gebruiksrechten van verzoekster naar nieuwe gemeenten, op geen enkele wijze de eventuele 5G veiling in het gedrang brengt.

100. De uitoefening van de volheid van bevoegdheid van uw Zetel aangaande de extra beslissingen die verzoekster uw Zetel verzoekt te nemen, is bovendien verantwoord door het totale gebrek aan tijdige, diligente, objectieve en transparante behandeling door het BIPT van de verzoeken tot uitbreiding van verzoekster.

Het overzicht van alle aanvragen tot uitbreiding van het BIPT is als volgt:



Aangevraagde gemeente	Datum van aanvraag tot uitbreiding door BIPT	Datum van beslissing door BIPT	Aantal dagen tussen aanvraag en beslissing	Openbare raadpleging	Aard beslissing
Werchter en Dranouter	25 september 2017	2 februari 2018	130	Neen	Weigering
Aalter	1 juni 2018	7 augustus 2018	67	Neen	Weigering
Beveren	26 juli 2018	7 augustus 2018	12	Neen	Weigering
Zelzate en Beveren	19 november 2018	3 april 2019	135	Ja	Aanvaarding
Kortrijk	25 februari 2019	17 september 2019	204	Ja	Weigering
Zaventem	7 oktober 2019	-	-	-	-

Uit voorgaande overzicht blijkt dat:

- De verzoeken tot uitbreiding zeer traag worden behandeld:
 - sinds 2017 heeft Citymesh in totaal 584 dagen (hetzij meer dan 1,5 jaar) moeten wachten op antwoorden van het BIPT;
 - sommige antwoordtermijnen van het BIPT lopen op tot bijna 200 dagen, hetzij meer dan een half jaar (Werchter en Dranouter);

Dit zijn onaanvaardbare lange termijnen, zeker in het licht van de totale duur van de duur van de gebruiksrechten van verzoekster (10 jaar).

- Een bepaalde gemeente (Beveren) werd eerst geweigerd (stuk 6.b), 8 maanden daarna aanvaard (stuk 7.c);
 - Aanvankelijk hield het BIPT geen openbare raadplegingen naar aanleiding van de verzoeken tot uitbreiding (Werchter, Dranouter, Aalter, Beveren). Vervolgens deed ze dat wel (Zelzate, Beveren, Kortrijk), en dit terwijl (i) het voorwerp van de verzoeken tot uitbreiding steeds hetzelfde was, en (ii) het houden van een dergelijke raadpleging niet wettelijk vereist was noch nuttig was, en (iii) het antwoord van het BIPT steeds hetzelfde was en reeds op voorhand vast lag. Hieruit volgt dat het BIPT nu bewust openbare raadplegingen houdt bij de behandeling van de uitbreidingen waarnaar verzoekster vraagt, en dit enkel om de behandeling met opzet te rekken.
101. Omdat het BIPT er niet in slaagt om het KB van 24 maart 2009 op een juiste, tijdige, diligente, objectieve en transparante wijze toe te passen, bovendien aankondigde dat ze het KB niet meer zal toepassen, en verzoekster hierdoor ernstig in haar rechten geschaad werd en nog zal worden, dient uw Zetel tussen te komen op basis van haar volheid van bevoegdheid conform het dispositief hieronder.



**OM DEZE REDENEN,
BEHAGE HET AAN HET MARKTENHOF,**

Om het hoger beroep van verzoekster ontvankelijk en gegrond te verklaren en vervolgens,

Het besluit van de raad van het BIPT van 17 september 2019 met betrekking tot de vraag tot uitbreiding met de gemeente Kortrijk van gebruiksrechten van Citymesh in de 3,5 GHz-frequentieband voor de verstrekking van elektronische communicatiediensten op het Belgische grondgebied, te vernietigen;

Opnieuw rechtdoende, te zeggen voor recht dat:

- het BIPT, binnen de 5 werkdagen na betekening van het tussen te komen arrest, de lijst van gemeenten waarin verzoekster gebruiksrechten heeft op grond van het KB van 24 maart 2009, moet uitbreiden naar Kortrijk op straffe van een dwangsom van 25.000 EUR per dag dat niet aan het arrest wordt voldaan;
- wanneer verzoekster in de toekomst op grond van artikel 21 van het KB van 24 maart 2009 aan het BIPT een uitbreiding vraagt van haar gebruiksrechten voor één of meerdere gemeenten waar verzoekster nog geen gebruiksrechten heeft, het BIPT de lijst van de gemeenten van verzoekster moet wijzigen met de door verzoekster gevraagde gemeente(n) indien deze laatste gemeente(n) reeds niet aan een andere operator werden toegewezen, en dit binnen de 5 werkdagen na datum van aanvraag van het verzoek tot uitbreiding, op straffe van een dwangsom van 25.000 EUR per dag dat niet aan een dergelijk verzoek wordt voldaan.

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

Brussel, 14 oktober 2019

Voor Citymesh NV,
Hun raadsman


Gerrit VANDENDRIESSCHE

