

## VERZOEKSCHRIFT HOGER BEROEP

de griffier

Aan het Hof van Beroep te Brussel

### 1. APPELLANT

De naamloze vennootschap **Telenet Tecteo Bidco** (hierna "**Bidco**"), met maatschappelijke zetel te 2800 Mechelen, Liersesteenweg 4 en met ondernemingsnummer 0835.821.779, vertegenwoordigd door de heer Luc Machtelinckx en de heer Renaat Berckmoes, bestuurders, in overeenstemming met de statuten.

Met als raadslieden meester Tom De Cordier en meester Heidi Waem, advocaten, met kantoor te 1150 Brussel, Tervurenlaan 268A.

### 2. GEÏNTIMEERDE

Het **Belgisch Instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie** (hierna "**BIPT**"), instelling van openbaar nut, met zetel te 1030 Brussel, Ellipse Building, Koning Albert-II laan 35 en ingeschreven met KBO-nummer 0243.405.860.

### 3. BESTREDEN BESLISSING

Het Besluit van de Raad van het BIPT van 5 april 2013 betreffende de weigering aan Telenet-Tecteo Bidco van uitstel voor het commerciële aanbod van de 3G-dienst uiterlijk 15 januari 2013 en van uitstel voor de dekkingsniveaus van de Belgische bevolking na 3, 4 en 5 jaar na de kennisgeving van de 3G-vergunning (hierna "**het Besluit**").

### 4. RECHTSMACHT IN BEROEP EN PLAATS EN TIJDSTIP VAN VERSCHIJNING

Het Hof van Beroep te Brussel, Poelaertplein, 1000 Brussel, kamer 1.8..., zetelend op 26 juni 2013, om .....9... u.

Appellant vraagt toewijzing van de zaak aan een kamer met drie raadsheren.

### 5. AARD VAN HET GESCHIL

Beroep tegen beslissing BIPT – code I.1.a (exclusieve bevoegdheden Brussel – BIPT)

### 6. GRIEVEN EN HUN TOELICHTING

#### 6.1 Inleiding en achtergrond

In 2001 heeft de federale regering een veiling georganiseerd voor het verlenen van gebruiksrechten in de 2.1 GHz frequentieband ("**2.1 GHz-vergunning**") voor het opzetten en exploiteren van mobiele telecommunicatiesystemen van de derde generatie. Er waren toen vier 2.1 GHz-vergunningen beschikbaar doch er hebben zich toen slechts drie operatoren kandidaat gesteld, m.n. Belgacom, Mobistar en KPN. Elk van deze operatoren heeft toen een 2.1 GHz-vergunning toegekend gekregen volgens de modaliteiten vastgelegd in 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<sup>1</sup> ("**KB 2.1 GHz**").

Het KB 2.1 GHz voorzag voor deze drie operatoren (hierna "**3 MNO's**") in de verplichting om via het vergunde spectrum de 3G-dienst commercieel aan te bieden binnen een welbepaalde termijn en om gradueel bepaalde dekkingsniveaus te bereiken.

<sup>1</sup> BS 20 januari 2001.

Oorspronkelijk dienden de operatoren de 3G-dienst commercieel aan te bieden binnen 18 maanden na kennisgeving van de vergunning. Bij Ministerieel Besluit van 13 maart 2002<sup>2</sup> werd deze termijn verlengd tot 30 maanden en bij Ministerieel Besluit van 19 december 2002<sup>3</sup> werd deze termijn uiteindelijk vastgelegd op 15 september 2003.

Wat de ontplooiing van het netwerk betreft, voorzag het KB 2.1 GHz oorspronkelijk in volgende dekkingsgraden:

- 30% van de bevolking in België na drie jaar;
- 40 % van de bevolking in België na vier jaar;
- 50% van de bevolking in België na vijf jaar.

Bij de hierboven vermelde Ministeriële Besluiten van 13 maart 2002 en 19 december 2002 werden de termijnen om aan de dekkingsniveaus te voldoen twee maal uitgesteld zodat de operatoren ongeveer twee jaar meer tijd kregen om aan hun dekkingsverplichtingen te voldoen.

Aangezien er oorspronkelijk vier 2.1 GHz-vergunningen beschikbaar waren en er in 2001 slechts 3 waren toegekend, bleef er één 2.1 GHz-vergunning onbenut.

In 2010 werd, met het oog op het organiseren van een nieuwe veiling om de vierde 2.1 GHz-vergunning alsnog toe te kennen, het KB 2.1 GHz gewijzigd door het Koninklijk Besluit van 22 december 2010 tot wijziging van het koninklijk besluit van 7 maart 1995 betreffende het opzetten en exploiteren van GSM-mobilfoonnetten, van het koninklijk besluit van 24 oktober 1997 betreffende het opzetten en de exploitatie van DCS1800-mobilofonienetten en van 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 ("**KB 22 december 2010**")<sup>4</sup>.

In het bijzonder werden volgende bepalingen toegevoegd:

- Verplichting om de dienst commercieel te lanceren binnen 18 maanden na de kennisgeving van de vergunning.

*"De dienst van een 3G-operator die op 1 januari 2010 nog geen 3G-operator was, wordt uiterlijk 18 maanden na de kennisgeving van de vergunning commercieel aangeboden."* (artikel 4 KB 2.1 GHz)

- Verplichting om bepaalde dekkingsniveaus te halen:

*"De ontplooiing van het radionetwerk van een 3G-operator die op 1 januari 2010 nog geen 3G-operator was, beantwoordt minstens aan de dekkingsniveaus van de Belgische bevolking, die gespecificeerd zijn in de onderstaande uiterste data, te rekenen vanaf de kennisgeving van de vergunning:*

*1° na 3 jaar: 30%*

*2° na 4 jaar: 40%*

*3° na 5 jaar: 50%*

---

<sup>2</sup> BS 15 juni 2002.

<sup>3</sup> BS 26 februari 2003.

<sup>4</sup> BS 25 januari 2011.

*Op het einde van het 6e jaar moet de 3G-operator die op 1 januari 2010 nog geen 3G-operator was de doelstelling van 85% bereiken overeenkomstig de bepalingen van het tweede lid." (artikel 3 §1, lid 3 KB 2.1 GHz)*

Voor de volledigheid wordt hier reeds vermeld dat het KB 2.1 GHz voorziet in de mogelijkheid voor het BIPT om zowel de termijn voor het commerciële aanbod als voor de ontplooiing van het netwerk te wijzigen in gevallen van overmacht (art. 3 §1, lid 5 en art. 4 §1, laatste zin KB 2.1 GHz).

Toen werd aangekondigd dat er een nieuwe veiling zou worden georganiseerd in 2011 heeft Bidco een groot aantal verschillende business cases overwogen om zelf een eigen (vierde) mobiel netwerk uit te bouwen<sup>5</sup>. Echter, geen enkele van deze business cases liet Bidco toe om een billijk rendement te behalen, zelfs niet indien men zich baseerde op de meest optimistische toekomstperspectieven m.b.t. de evolutie van de marktaandeelen op de Belgische mobiele markt.<sup>6</sup>

Alvorens haar bod uit te brengen op de vierde 2.1 GHz-vergunning en op verschillende tijdstippen daarna heeft Bidco steeds duidelijk gemaakt aan het BIPT dat de enige economisch haalbare strategie er voor Bidco in bestond om een samenwerking aan te gaan met één van de 3 MNO's welke samenwerking gebaseerd is op een hybride model waarbij een wholesale MVNO<sup>7</sup>-overeenkomst of een overeenkomst voor nationale roaming gecombineerd zou worden met het delen van het radio toegangsnetwerk (RAN)<sup>8</sup> van één van de 3 MNO's.

Om die reden heeft Bidco, alvorens een bod uit te brengen op de vierde 2.1 GHz-vergunning, de 3 MNO's uitgenodigd om onderhandelingen aan te knopen over een samenwerkingsovereenkomst gebaseerd op het hierboven vermelde hybride model.

Uiteindelijk heeft Bidco zich als enige kandidaat gesteld voor de vierde 2.1 GHz-vergunning en een bod uitgebracht. Deze vierde 2.1 GHz-vergunning werd bij besluit van het BIPT van 14 juli 2011 toegekend aan Bidco.

Kort daarna heeft de federale regering een veiling georganiseerd om gebruiksrechten in de 2.6 GHz frequentieband toe te kennen ("**2.6 GHz-vergunning**"). Overeenkomstig de modaliteiten vastgelegd in het Koninklijk Besluit betreffende radiotoegang in de frequentieband 2500-2690 MHz ("**KB 2.6 GHz**")<sup>9</sup>, hebben Belgacom, BUCD, KPN en Mobistar elk een 2.6 GHz-vergunning verworven.

Het KB 2.6 GHz voorziet niet in specifieke uitrolverplichtingen doch bepaalt enkel:

*"De operator brengt het publiek duidelijk en precies op de hoogte over de dekking die door zijn dienst wordt geboden. De verstrekte informatie stelt het publiek in staat om ondubbelzinnig vast te stellen waar zij van de betreffende dienst gebruik kunnen maken. De operator maakt bij zijn informatieverstrekking minstens het onderscheid tussen de dekking op autowegen, met name de verkeersaders met de letters E, A en R, en de overige dekking." (art. 10 KB 2.6 GHz)*

<sup>5</sup> Onder het uitbouwen van een eigen mobiel netwerk verstaat men het opzetten van een eigen fysieke infrastructuur voor mobiele telefonie.

<sup>6</sup> Dit is in lijn met de conclusie van Analysys Mason die zegt dat *"the business case for a new mobile operator appears to be very difficult"* ("Report for the BIPT - Future regulation of wireless access in the 790MHz-3400MHz spectrum bands 11 February 2010" beschikbaar op [www.bipt.be](http://www.bipt.be)).

Vrije vertaling: *"de business case voor een nieuwe mobiele operator blijkt heel moeilijk te zijn"*

<sup>7</sup> MVNO staat voor Mobile Virtual Network Operator. Een MVNO is een operator die niet over een eigen netwerk beschikt maar onder zijn eigen merk mobiele telefoniediensten aanbiedt via het netwerk van een andere operator.

<sup>8</sup> RAN staat voor Radio Access Network.

<sup>9</sup> BS 25 januari 2011.

Ondertussen bleek dat, ondanks alle inspanningen van Bidco om een RAN-sharing overeenkomst gebaseerd op een hybride model af te sluiten, de 3 MNO's niet bereid waren om toegang te verlenen tot hun RAN.

Gelet op het feit dat het uitbouwen van een eigen (vierde) 2.1 GHz-netwerk economisch niet haalbaar is en dat de 3 MNO's systematisch weigeren om hun mobiele netwerkinfrastructuur te delen, zag Bidco voor het activeren van haar spectrum geen andere mogelijkheid dan het BIPT te verzoeken om uitstel te verlenen voor de commerciële lancering en de uitrolverplichtingen.

Bidco heeft dan ook op 14 december 2012 een formeel verzoek gericht aan het BIPT om:

- de uiterste datum voor de commerciële lancering met minstens 18 maanden uit te stellen (dus geen verplichting tot commerciële lancering vóór 15 juli 2014); en
- de netwerkuitrolperiodes telkens met minstens 2 jaar uit te stellen (dus 30% bevolkingsdekking ten vroegste na 5 jaar, 40% bevolkingsdekking ten vroegste na 6 jaar, 50% bevolkingsdekking ten vroegste na 7 jaar).

Op 15 januari 2013 heeft het BIPT een ontwerpbesluit aangenomen waarin het verzoek van Bidco wordt afgewezen. Het BIPT argumenteert dat de door Bidco aangehaalde redenen, m.n. (i) de afwezigheid van een verantwoorde business case, (ii) de weigering van de mobiele operatoren om een RAN-overeenkomst met Bidco te sluiten en (iii) het bestaan van ongunstige wetgeving voor de uitrol van een mobiel netwerk, geen overmacht uitmaken.

Na ontvangst van de opmerkingen van Bidco op het ontwerpbesluit heeft het BIPT het Besluit aangenomen waarvan het dispositief als volgt luidt:

*"BidCo verzocht het BIPT om uitstel wegens overmacht voor het commerciële aanbod van de 3G-dienst uiterlijk 15 januari 2013 en voor de dekkingsniveaus van de Belgische bevolking na respectievelijk 3, 4 en 5 jaar na de kennisgeving van de 3G-vergunning toe te kennen.*

*De redenen die BidCo aanhaalt maken echter geen overmacht uit.*

*Derhalve kan het BIPT geen uitstel verlenen op de termijnen die in de artikelen 3, § 1 en 4, § 1 van het 3G-KB vermeld staan."*

Bij brief *d.d.* 8 april 2013 die eerst werd toegezonden per mail aan Bidco op 9 april 2013 werd het Besluit ter kennis gebracht van Bidco.

**6.2 Eerste middel: Schending van het non-discriminatie- en gelijkheidsbeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenhang gelezen met artikel 8.2 – zoals geïmplementeerd in Belgisch recht door artikel 6 van de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie –, artikel 8.5 – zoals geïmplementeerd in Belgisch recht door artikel 8/1 van de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie –, en artikel 9.2 Kaderrichtlijn<sup>10</sup> en artikel 6.1 Machtigingsrichtlijn<sup>11</sup>**

Het Besluit maakt toepassing van de artikelen 3 §1 en 4 §1 KB 2.1 GHz welke op een dubbele wijze strijdig zijn met het non-discriminatie- en gelijkheidsbeginsel, zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenhang gelezen met artikel 8.2 – zoals geïmplementeerd in Belgisch recht door artikel 6 van de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie ("WEC") –, artikel 8.5 – zoals

<sup>10</sup> Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten

<sup>11</sup> Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten.

geïmplementeerd in Belgisch recht door artikel 8/1 WEC –, en artikel 9.2 Kaderrichtlijn en artikel 6.1 Machtigingsrichtlijn, doordat:

- de artikelen 3 §1 en 4 §1 KB 2.1 GHz aan Bidco verplichtingen inzake commerciële lancering en netwerkdekking opleggen die niet gelden voor de 2.6 GHz-operatoren hoewel:
  - Bidco en de 2.6 GHz-operatoren zich in dezelfde situatie bevinden;
  - het criterium van onderscheid niet pertinent noch relevant is in het licht van het door de Koning nagestreefde doel; en
  - de maatregel niet evenredig is met het nagestreefde doel.

Dit vormt het eerste onderdeel van het eerste middel.

- de artikelen 3 §1 en 4 §1 KB 2.1 GHz verplichtingen inzake commerciële lancering en netwerkdekking opleggen aan Bidco die identiek zijn aan de verplichtingen die gelden voor de 3 MNO's hoewel Bidco zich in een geheel andere situatie bevindt dan de 3 MNO's.

Dit vormt het tweede onderdeel van het eerste middel.

**(a) Eerste onderdeel**

Bidco en de 2.6 GHz-operatoren zijn vergelijkbare categorieën van rechtsonderhorigen aangezien:

- zij allen titularis zijn van spectrumgebruiksrechten in de frequentieband tussen 2GHz en 3 GHz;
- zij met dit spectrum mobiele elektronische communicatiediensten aan het publiek dienen aan te bieden;
- de bewuste gebruiksrechten aan hen werden toegekend in een tijdspanne van slechts enkele maanden.

Niettemin verplichten de artikelen 3 §1 en 4 §1 KB 2.1 GHz Bidco om binnen de 18 maanden een commerciële dienst aan te bieden via haar 2.1 GHz-spectrum<sup>12</sup> en om haar 2.1 GHz-netwerk uit te rollen volgens een strakke timing (30% van de Belgische bevolking na 3 jaar, 40% na 4 jaar, 50% na 5 jaar)<sup>13</sup> terwijl de 2.6 GHz-operatoren geen verplichtingen opgelegd krijgen inzake commerciële lancering of netwerkdekking doch louter verplicht worden het publiek tweemaal per jaar te informeren over de dekking die door hun dienst wordt bereikt.<sup>14</sup>

Uit het Verslag aan de Koning bij het KB 2.6 GHz valt af te leiden dat de Koning dit verschil in behandeling tracht te rechtvaardigen op de volgende gronden<sup>15</sup>:

- Sinds 2001 (jaar waarin de 3 MNO's elk een 2.1 GHz-vergunning toegewezen kregen) is de marktsituatie ingrijpend gewijzigd. De 3 MNO's hebben elk een aanzienlijk marktaandeel verworven en beschikken thans over een fijnmazig mobiel netwerk dat zowat de ganse Belgische bevolking dekt;

---

<sup>12</sup> Art. 4 §1 KB 2.1 GHz.

<sup>13</sup> Art. 3 §1 KB 2.1 GHz.

<sup>14</sup> Art. 10 KB 2.6 GHz.

<sup>15</sup> Zie *BS* 25 januari 2011 pag. 7032.

- De Koning sloot niet uit dat nieuwkomers die gebruiksrechten in het 2.6-GHz spectrum zouden verwerven niet zozeer de markt voor het grote publiek zouden viseren, doch eerder de professionele markt;
- De 2.6 GHz-frequenties liggen hoger (dan de 2.1 GHz-frequenties) waardoor de propagatie slechter zou zijn en de antennes dus dichterbij elkaar zouden moeten staan hetgeen een substantieel grotere investering zou vergen.

De Koning komt dan ook tot het volgende besluit:

*"Gelet op voorgaande lijkt het duidelijk dat de bijzondere omstandigheden waarbinnen de toewijzing van de 2.6 GHz-frequenties tegenwoordig plaatsvindt dermate zijn dat een verschillende behandeling ten opzichte van de toewijzingsvoorwaarden voor de vergunningen voor GSM, DCS1800 of UMTS verantwoord en evenredig is"* (eigen onderlijning).

Het gemaakte onderscheid in behandeling (tussen Bidco en de 2.6 GHz-operatoren) is echter niet pertinent noch relevant in het licht van deze drie gronden:

- Bidco heeft als nieuwkomer op de mobiele markt geen eigen mobiel netwerk, noch een marktaandeel dat vergelijkbaar is met dat van de 3 MNO's. Met andere woorden, aangezien zowel Bidco als de 2.6 GHz-operatoren hun gebruiksrechten in het 2.1 GHz-spectrum resp. het 2.6 GHz-spectrum toegewezen kregen in ongeveer dezelfde periode (tweede helft van het jaar 2011) is het verschil in marktomstandigheden (in vergelijking met de marktomstandigheden in 2001 en dus t.o.v. de 3 MNO's) even groot voor Bidco als voor de 2.6 GHz operatoren (en in het bijzonder voor de 2.6GHz-operatoren die nieuwkomer zijn op de mobiele markt). Deze grond is dus volstrekt irrelevant voor het verschil in behandeling.
- Er was geen enkele reden om er vanuit te gaan dat de kandidaten voor de vierde 2.1 GHz-vergunning niet eveneens de professionele markt zouden viseren. Met andere woorden, er is geen enkele reden om ervan uit te gaan dat de professionele markt enkel zou worden geviserd door nieuwkomers-kandidaten voor het 2.6 GHz-spectrum en niet door de kandidaten voor de vierde 2.1 GHz-vergunning.
- Hoewel er een licht verschil is in propagatie tussen het 2.1 GHz-spectrum en het 2.6 GHz-spectrum, is de propagatie in beide gevallen ongeveer even zwak. Wel bestaat er een groot verschil in propagatie tussen enerzijds het 2.1/2.6 GHz spectrum en anderzijds het 800/900/1800 MHz spectrum.

Dit blijkt duidelijk uit de voorbereidende werkzaamheden (Verslag aan de Koning, adviezen van de Raad van State Afdeling wetgeving) bij het KB 22 december 2010:

*"Het is aangewezen dat de nieuwe 3G-operator zo snel mogelijk toegang te bieden tot de 900 MHz-band. De omstandigheden voor propagatie in de 900 MHz band zijn veel gunstiger dan in de 2.1 GHz-band. Voor identieke dekking zijn dus veel meer sites nodig in de 2.1 GHz-banden dan in de 900 MHz-band."* (p. 6994)

Dit blijkt tevens uit de studie gedateerd 31 oktober 2012 die Aetha Consulting Limited en Nera Consulting Limited hebben uitgevoerd voor het BIPT ("**Aetha & Nera studie**"):

*"Our valuation modelling also showed very limited value for 2.6 GHz spectrum for existing operators given the availability of 1800 MHz as a substitute band. It should also be noted that the 1800 MHz band offers better propagation characteristics (...)" (p. 31).<sup>16</sup>*

*"Given the propagation characteristics of the 2.6 GHz spectrum it is simply too costly to deploy a network without suitable complementary low-frequency spectrum." (p. 31).<sup>17</sup>*

Mocht het verschil in propagatie tussen het 2.1 GHz spectrum en het 2.6 GHz spectrum significant geweest zijn dan zou de Aetha & Nera studie naar de 2.1 GHz frequentieband hebben verwezen in plaats van de 1800 MHz band aan te bevelen als complementair spectrum.

Mocht Uw Hof van oordeel zijn dat het verschil in behandeling toch pertinent en relevant zou zijn in het licht van deze drie gronden (*quod non*), dan nog moet worden vastgesteld dat het gemaakte onderscheid niet in redelijke verhouding staat tot deze gronden. Zo is het verschil in behandeling veel te ingrijpend in het licht van het beperkte verschil in propagatie tussen het 2.1 GHz spectrum en het 2.6 GHz spectrum (en dus het beperkte verschil in investeringskost naargelang een mobiel netwerk wordt uitgerold in 2.1 GHz-spectrum dan wel in 2.6 GHz-spectrum).

De artikelen 3 §1 en 4 §1 KB 2.1 GHz zijn derhalve strijdig met het non-discriminatie- en gelijkheidsbeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenhang gelezen met artikel 8.2 – zoals geïmplementeerd in Belgisch recht door artikel 6 WEC –, artikel 8.5 – zoals geïmplementeerd in Belgisch recht door artikel 8/1 WEC –, en artikel 9.2 Kaderrichtlijn en artikel 6.1 Machtigingsrichtlijn.

Doordat het BIPT in haar Besluit toepassing maakt van normen die strijdig zijn met het Unierecht, de Grondwet en de WEC, schendt het Besluit eveneens het Unierecht, de Grondwet en de WEC en dient het derhalve te worden vernietigd.

**In ondergeschikte orde.** Ondergeschikt, voor zover Uw Hof dit nodig acht, en alvorens recht te doen, past het om volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof:

*"Schenden artikel 3 §1 en artikel 4 §1 van 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 het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenhang gelezen met artikel 8.2 – zoals geïmplementeerd in Belgisch recht door artikel 6 van de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie –, artikel 8.5 – zoals geïmplementeerd in Belgisch recht door artikel 8/1 van de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie –, en artikel 9.2 Kaderrichtlijn en artikel 6.1 Machtigingsrichtlijn doordat ze aan de 3G-operator die op 1 januari 2010 nog geen 3G-operator was de verplichting opleggen om (i) de 3G-dienst commercieel aan te bieden uiterlijk 18 maanden na de kennisgeving van de vergunning en (ii) bepaalde dekkingsniveaus te behalen binnen bepaalde termijnen terwijl de verkrijgers van de gebruiksrechten die zijn toegekend overeenkomstig het Koninklijk Besluit betreffende radiotoegang in de frequentieband 2500-2690 MHz dergelijke verplichtingen niet opgelegd krijgen?"*

---

<sup>16</sup> Vrije vertaling: "Ons waarderingsmodel toonde voor het 2.6 GHz-spectrum een erg beperkte waarde voor bestaande operatoren gezien de beschikbaarheid van 1800 MHz als plaatsvervangende band. Verder moet worden opgemerkt dat de 1800 MHz band betere verspreidings eigenschappen heeft (...)."

<sup>17</sup> Vrije vertaling: "Gezien de propagatiekenmerken van het 2.6 GHz spectrum is het eenvoudigweg te duur om een netwerk op te zetten zonder een geschikt complementair spectrum in de lage frequentiebanden."

**(b) Tweede onderdeel**

Zoals hierboven uiteengezet voorziet het KB 2.1 GHz in verplichtingen voor Bidco inzake commerciële lancering en netwerkdekking. In het Verslag aan de Koning bij het KB 2.6 GHz staat te lezen dat deze verplichtingen worden opgelegd aan de vierde 2.1 GHz-operator "*omwille van de gelijke behandeling van de 3G-operatoren*"<sup>18</sup>. De redenering is dat, aangezien de 2.1 GHz-operatoren die in 2001 een 2.1 GHz-vergunning verworven hebben gebonden waren door uitrolverplichtingen, het gerechtvaardigd is gelijkaardige uitrolverplichtingen op te leggen aan de nieuwe 2.1 GHz-operator.

Echter, ten aanzien van de bestaande 2.1 GHz-operatoren bevindt Bidco zich in een volledig verschillende situatie.

Op het ogenblik dat Mobistar, KPN en Belgacom hun 2.1 GHz-vergunning verwierven was de markt van de mobiele telefonie nog onderontwikkeld en was er niet voldoende geschikte infrastructuur aanwezig. De situatie is nu geheel anders. Echter, doordat Bidco, die zich in een fundamenteel andere situatie bevindt dan de bestaande 2.1 GHz-operatoren, op dezelfde manier wordt behandeld als de bestaande 2.1 GHz-operatoren, wordt zij gediscrimineerd.

Dat Bidco zich in een verschillende situatie bevindt dan de 3 MNO's die in 2001 een 2.1 GHz-vergunning verwierven blijkt uit volgende elementen:

- In het Verslag aan de Koning bij het ontwerp van Koninklijk Besluit betreffende radiotoegang in de frequentieband 790-862 MHz (p. 16) wordt erkend dat Bidco zich in een andere situatie bevindt dan de 3 MNO's doordat de 3 MNO's al beschikken "*over frequenties en een netwerk in de 900 MHz-band (optimale band voor dekking met GSM/EDGE en UMTS/HSPA) en in de 1800 MHz-band (beste band voor het invoeren van LTE-technologie naast de 800 MHz-band)*". Tevens wordt in dit Verslag vermeld dat "*de operatoren die niet beschikken over frequenties in de 900 MHz-band benadeeld [zijn] voor de dekking van de grote gebieden omdat de kwaliteit van de verspreiding van de radiogolven lager ligt in de hogere frequentiebanden.*" (p. 15)
- Uit de Aetha & Nera studie blijkt dat dekkingsverplichtingen veel moeilijker na te leven zijn voor operatoren die niet beschikken over een netwerk in de lage frequentiebanden: "*(...) the license conditions should take into account differences between applicants to ensure a level playing field. The fact that this coverage obligation is more difficult to achieve for applicants without an existing low frequency network grid should therefore be reflected in the coverage obligation. We thus recommend increasing the time allowed to meet the coverage obligation in light of the required investments and operational constraints for licensees without an existing low-frequency grid.*"<sup>19</sup> (p. 36)
- In de voorbereidende werkzaamheden bij het KB 22 december 2010 staat het volgende te lezen:

*"De UMTS-frequenties werden toegekend in 2001. (...) Zij (lees: de 3 MNO's) verbonden zich tot bepaalde dekkingsverplichtingen die inmiddels, op vraag van deze operatoren werden afgezwakt.*

*De marktsituatie is inmiddels danig gewijzigd: de twee dominante mobiele operatoren hebben een solide klantenbestand weten op te bouwen en de markt van mobiele toepassingen is door hen*

<sup>18</sup> BS 25 januari 2011, p. 7035.

<sup>19</sup> Vrije vertaling: "*(...) de licentievooraarden zouden moeten rekening houden met de verschillen tussen de aanvragers om een "level playing field" (gelijke situatie) te waarborgen. Het feit dat deze dekkingsverplichting moeilijker te bereiken is voor kandidaten zonder een bestaand netwerk in de lage frequentiebanden zou daarom moeten worden gereflecteerd in de dekkingsverplichting. Daarom raden we aan meer tijd te geven om te voldoen aan de dekkingsverplichting in het licht van de vereiste investeringen en operationele beperkingen voor licentiehouders zonder een netwerk in de lage frequentiebanden*".

*ingenomen. Bovendien hebben de bestaande mobiele spelers reeds veel frequenties in verschillende banden ter beschikking. Een nieuwkomer op deze markt begint dus in een minder gunstige positie.*

*Bovendien ligt de problematiek van de plaatsing van antennes nog gevoeliger dan vijf of tien jaar geleden. Een nieuwkomer op de markt zal hoe dan ook antennes moeten plaatsen en dus daartoe vergunningen bekomen en/of contracten afsluiten. Met lokale overheden en privé-personen die steeds argwanender staan tegenover antennesites, is dit aanzienlijk moeilijker dan destijds." (BS 25 januari 2011 p. 7012)*

- De 2.1 GHz-vergunning van Bidco is slechts geldig tot 15 maart 2021, d.i. minder dan 10 jaar, terwijl de duurtijd van de 2.1 GHz-vergunning voor de 3 MNO's 20 jaar is.

De artikelen 3 §1 en 4 §1 KB 2.1 GHz zijn derhalve strijdig met het non-discriminatie- en gelijkheidsbeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenhang gelezen met artikel 8.2 – zoals geïmplementeerd in Belgisch recht door artikel 6 WEC –, artikel 8.5 – zoals geïmplementeerd in Belgisch recht door artikel 8/1 WEC –, en artikel 9.2 Kaderrichtlijn en artikel 6.1 Machtigingsrichtlijn.

Doordat het BIPT in haar Besluit toepassing maakt van normen die strijdig zijn met het Unierecht, de Grondwet en de WEC, schendt het Besluit eveneens het Unierecht, de Grondwet en de WEC en dient het derhalve te worden vernietigd.

**In ondergeschikte orde.** Ondergeschikt, voor zover Uw Hof dit nodig acht, en alvorens recht te doen, past het om volgende prejudiciële vraag te stellen aan het Grondwettelijk Hof:

*"Schenden artikel 3§1 en artikel 4 §1 van 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 het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenhang gelezen met artikel 8.2 – zoals geïmplementeerd in Belgisch recht door artikel 6 van de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie –, artikel 8.5 – zoals geïmplementeerd in Belgisch recht door artikel 8/1 van de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie –, en artikel 9.2 Kaderrichtlijn en artikel 6.1 Machtigingsrichtlijn doordat ze aan de 3G-operator, die op 1 januari 2010 nog geen 3G-operator was en die op het ogenblik dat hem de gebruiksrechten in de 2.1 GHz frequentieband werden toegewezen niet beschikte over een mobiel netwerk, identieke uitrolverplichtingen opleggen als aan de operatoren aan wie reeds tien jaar eerder gebruiksrechten in de 2.1 GHz frequentieband werden toegewezen en die op 1 januari 2010 reeds beschikten over een uitgebreid marktaandeel en over een 3G netwerk dat het grootste deel van de Belgische bevolking dekte?"*

**6.3 Tweede middel: Schending van het non-discriminatie- en gelijkheidsbeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenhang gelezen met artikel 8.5 van de Kaderrichtlijn zoals geïmplementeerd in Belgisch recht door artikel 8/1 WEC, en van het rechtszekerheidsbeginsel**

Het Besluit schendt het non-discriminatie- en het gelijkheidsbeginsel zoals vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenhang gelezen met artikel 8.5 van de Kaderrichtlijn zoals geïmplementeerd in Belgisch recht door artikel 8/1 WEC, evenals het rechtszekerheidsbeginsel doordat het de figuur van overmacht toepast op een wijze die substantieel strikter en zwaarder is dan de wijze waarop de Minister en het BIPT dit begrip in 2002 hebben toegepast op de 3 MNO's waardoor Bidco wordt gediscrimineerd t.o.v. de 3 MNO's.

In het Besluit voert het BIPT aan dat de omstandigheden zoals beschreven in Bidco's verzoek tot uitstel niet voldoen aan de voorwaarden van overmacht. Deze conclusie is gebaseerd op een zeer strikte toepassing van

de theorie van de ontoerekenbare onmogelijkheid. Volgens deze theorie moet de schuldenaar van een verbintenis bewijzen dat de niet-nakoming van zijn verbintenis het gevolg is van een omstandigheid:

- die zowel onvoorzienbaar als onvoorspelbaar is (onvoorzienbaarheids criterium); en
- die vreemd is aan de wil van de schuldenaar van de verbintenis (ontoerekenbaarheids criterium); en
- die de uitvoering van de verbintenis absoluut onmogelijk/onoverkomelijk maakt (onmogelijkheids criterium).

Op basis van deze theorie van de ontoerekenbare onmogelijkheid stelt het BIPT dat:

- de afwezigheid van een economisch verantwoorde business case niet onvoorspelbaar was op het ogenblik dat Bidco haar bod heeft uitgebracht op de 2.1 GHz-vergunning (cfr. onvoorzienbaarheids criterium);
- de weigering van de mobiele operatoren om een RAN-overeenkomst af te sluiten met Bidco geen geval van overmacht vormt aangezien het niet-uitbouwen van een eigen (vierde) netwerk niet aan de mobiele operatoren te wijten zou zijn maar enkel aan de wil van Bidco (cfr. ontoerekenbaarheids criterium);
- het bestaan van ongunstige wetgeving voor de uitbouw van een eigen (vierde) mobiel netwerk niet onvoorspelbaar was op het ogenblik dat Bidco haar bod heeft uitgebracht op de 2.1 GHz vergunning (cfr. onvoorzienbaarheids criterium).

Echter, de manier waarop het BIPT de figuur van overmacht toepast in het Besluit wijkt substantieel af van de manier waarop de Minister en het BIPT diezelfde figuur hebben toegepast toen de Minister in 2002 door de 3 MNO's werd verzocht om de deadlines voor de lancering van een commercieel aanbod en de uitrolverplichtingen te verlengen. Hierdoor wordt Bidco gediscrimineerd ten opzicht van de andere 3 MNO's.

In 2002 hadden Belgacom, Mobistar en KPN vastgesteld dat het niet mogelijk zou zijn om de deadlines voor het commercieel aanbod en de uitrolverplichtingen na te komen omdat zij geconfronteerd werden met de volgende problemen:

- vertragingen bij de levering van materiaal en software voor het uitbouwen van de netwerkinfrastructuur en van mobiele toestellen.
- moeilijkheden bij het verkrijgen van bouwvergunningen voor het bouwen van basisstations.

De 3 MNO's hadden toen aangevoerd dat deze omstandigheden overmacht uitmaakten in de zin van de artikelen 3 en 4 KB 2.1 GHz en dat de Minister daarom uitstel moest verlenen. Alhoewel strikt genomen niet voldaan was aan de hierboven vermelde criteria van overmacht (m.n. onvoorzienbaarheids criterium, ontoerekenbaarheids criterium en onmogelijkheids criterium), hebben de Minister en het BIPT de redenering van de MNO's gevolgd en hebben ze aan alle MNO's uitstel verleend voor de deadline voor het lanceren van een commercieel aanbod en voor de deadlines voor de uitrolverplichtingen.<sup>20</sup>

Meer nog, uit het advies van het BIPT aan de Minister van 19 februari 2002 blijkt dat het BIPT en de Minister -terecht- van oordeel waren dat het ongunstige financieel-economische klimaat waarin de telecomsector zich toen bevond eveneens een reden was om te besluiten dat de drie operatoren zich in een situatie van overmacht bevonden:

---

<sup>20</sup> Zie het Ministerieel Besluit van 13 maart 2002 en het Ministerieel Besluit van 19 december 2002.

"In die kwestie van de mobiele-communicatiesystemen van de derde generatie lijkt het meer en meer duidelijk dat de internationale gemeenschap van de financiële analisten de mogelijkheden en de marktvrage op dat gebied ruimschoots heeft overschat en de technische moeilijkheden heeft onderschat voor de ontwikkeling van een dergelijke technologie die Internet en mobiliteit met elkaar verbindt (in het bijzonder wat betreft de complexe processen voor de verwerking van de signalen, het kleiner maken en de integratie van de elektronische circuits en de prestaties van de batterijen). De internationale telecommunicatie-industrie, zowel de operatoren en de leveranciers van diensten, als de constructeurs van apparatuur, zijn het slachtoffer geworden van een meezuigend effect van het "hype"-type in de tendens tot collectieve overwaardering van de "nieuwe economie" in 1999-2000. Die fenomenale beoordelingsfouten hebben een aantal kanjers uit die industrie in een zeer netelige financiële situatie doen belanden en zelfs tot aan de rand van het faillissement gebracht.

De duidelijke overschatting van de financiële leefbaarheid van de mobiele systemen van de 3e generatie wordt vertaald in de meer en meer duidelijke kritiek op de "business models" die destijds aan de investeerders zijn voorgesteld om hen te overtuigen van de gunstige gelegenheid om UMTS-vergunningen te kopen tegen dikwijls buitensporige prijzen. Zo stond in de editie van 2 februari laatsleden van de Herald Tribune nog het volgende te lezen: "There is considerable uncertainty about the business models" en "Analysts say viable commercial services most likely will not be in place until 2004 or 2005".<sup>21</sup>

Dit blijkt tevens uit de nota van het BIPT aan de Minister van Telecommunicatie van 30 september 2002:

*"Le contexte actuel du secteur des télécommunications reste extrêmement défavorable car pratiquement toutes les entreprises de télécommunications, tant les opérateurs et fournisseurs de services que les équipementiers, se trouvent dans une situation financière alarmante (...)"<sup>22</sup>*

Echter, dit uitstel zou dus niet verleend geweest zijn indien de Minister en het BIPT in 2002 de figuur van overmacht op dezelfde, strikte manier hadden toegepast als de manier waarop het BIPT deze figuur nu toepast op Bidco.

#### (a) Het onvoorzienbaarheids criterium was niet vervuld in 2002

De problemen waarmee de 3 MNO's in 2002 te kampen hadden waren noch onvoorzienbaar noch onvoorspelbaar aangezien deze al publiek bekend waren op het ogenblik dat de 3 MNO's besloten om deel te nemen aan de 2.1 GHz-veiling georganiseerd door het BIPT. Dit blijkt uit het volgende:

- Reeds in december 2000, geruime tijd voordat de 3 MNO's zich kandidaat stelden voor de 2.1 GHz-veiling, schreef de Europese Commissie in haar zesde implementatierapport: "*It is not clear whether the 3G systems will be operational by 2002, due to the late licensing procedure, but also to a possible lack of equipment anticipated by the Belgian authorities*"<sup>23</sup>. (eigen onderlijning)

<sup>21</sup> Advies van 19 februari 2002 van het BIPT met betrekking tot de nadere regels voor de commerciële openstelling van de mobiele-communicatiesystemen van de 3e generatie, pagina 4.  
Vrije vertaling: "Er is grote onzekerheid over de zakelijke modellen" en "Analisten beweren dat leefbare commerciële diensten waarschijnlijk nog tot 2004 of 2005 op zich laten wachten".

<sup>22</sup> Nota van 30 september 2002 van het BIPT aan de Minister van Telecommunicatie, pag. 3.  
Vrije vertaling: "De huidige situatie van de telecommunicatiesector blijft uitermate ongunstig omdat vrijwel alle telecommunicatiebedrijven, zowel de operatoren als de dienstenleveranciers en de producenten van de uitrustingen zich in een alarmerende financiële situatie bevinden."

<sup>23</sup> Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's. Zesde Verslag over de tenuitvoerlegging van het pakket telecommunicatiereggeving. 7 December 2000 COM(2000)814, p 108.  
Vrije vertaling: "Het is niet duidelijk of de 2.1 GHz-systemen operationeel zullen zijn tegen 2002. Dit is te wijten aan de laattijdige vergunningsprocedure, maar ook aan een mogelijk gebrek aan apparatuur dat de Belgische overheid voorziet."

- De wet van 2 januari 2001 houdende sociale, budgettaire en andere bepalingen<sup>24</sup> voegde artikel 92quinquies m.b.t. het delen van antennesites in in de Wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven<sup>25</sup>. Dit artikel werd ingevoegd om een antwoord te bieden op de moeilijkheden waarmee operatoren geconfronteerd werden bij het verkrijgen van de nodige bouwvergunningen voor het bouwen van basisstations: "*Naar aanleiding van de invoering van de procedure tot het verlenen van de vergunningen voor de mobiele telecommunicatiesystemen van de derde generatie wenst de regering een stap verder te gaan. Inderdaad, de inplanting van het sterk toegenomen aantal sites heeft geleid tot aanzienlijke problemen voor de operatoren*".<sup>26</sup> (eigen onderlijning) Deze moeilijkheden werden voornamelijk veroorzaakt door het feit dat er een stijgende vrees was bij het publiek dat antennes schadelijk waren voor de volksgezondheid: "[...] pendant la même période [lees: de periode 1998-2003], la population a manifesté une méfiance croissante face à la multiplication des antennes. Au-delà des problèmes d'urbanisme, il existe en effet une présomption d'impact nocif du rayonnement électromagnétique des ondes sur la santé, entraînant du même coup pour les opérateurs une difficulté d'obtenir des autorités locales compétentes les permis nécessaires à l'établissement de sites d'antennes."<sup>27</sup> Dit werd reeds in 1999 door het BIPT erkend: "*The general public and the authorities for town and country planning are increasingly sensitive to the proliferation of base stations of radio frequency networks for mobile communication.*"<sup>28</sup> (eigen benadrukking)
- Verder heeft de Europese Commissie in november 2001 in het zevende implementatierapport reeds vermeld dat de operatoren geconfronteerd werden met een moratorium op het afleveren van bouwvergunningen: "*The Sixth report noted that it was not clear whether the 3G systems will be operational by 2002, due to the late licensing procedure. The Belgian 3G auction was completed on 15 March 2001. Three licences were issued to the current 2G operators. (...) The licensed operators fear they will not be able to roll out their networks given the stop on building permits to set up antennas.*"<sup>29</sup> (eigen onderlijning)
- Tevens werd in het jaarverslag van het BIPT van 2001 aangegeven dat de operatoren er niet in slaagden om de noodzakelijke bouwvergunningen te verwerven: "*In het kader van het koninklijk besluit van 29 april 2001 houdende de normering van zendmasten voor elektromagnetische golven tussen 10 MHz en 10 GHz heeft het Instituut deelgenomen aan een aantal vergaderingen op het kabinet van de minister van Volksgezondheid om te proberen de honderden aanvragen voor een*

<sup>24</sup> BS 2 januari 2001.

<sup>25</sup> BS 27 maart 1991.

<sup>26</sup> Zie document met referentie DOC 50 0950/001, p. 4 (beschikbaar op [www.dekamer.be](http://www.dekamer.be)).

<sup>27</sup> F. DEHOUSSE en T. ZGAJEWSKI, "Le secteur des télécommunications en Belgique: quel bilan après cinq ans de concurrence?" *Courrier hebdomadaire CRISP*, 2003, n° 1821-1822.

Vrije vertaling: "*In dezelfde periode [lees: de periode 1998-2003], heeft de bevolking blijk gegeven van een groeiend wantrouwen ten opzichte van het groeiende aantal antennes. Bovenop de problemen van de urbanisatie, bestaat er inderdaad een vermoeden dat de elektromagnetische stralingen een negatieve invloed hebben op de gezondheid, wat tegelijkertijd voor de operatoren de uitdaging met zich brengt om van de bevoegde lokale autoriteiten de nodige bouwvergunningen voor het bouwen van antennesites te verkrijgen.*"

<sup>28</sup> Document naar aanleiding van de openbare raadpleging van het BIPT "Evolution of the mobile telephony market towards the third generation", 1999 and "Synthesis of the results of the public consultation concerning the evolution of the mobile telephony market towards the third generation (UMTS) in Belgium".

Vrije vertaling: "*Het grote publiek en de overheden voor ruimtelijke ordening zijn steeds gevoeliger voor de verspreiding van basisstations van radiofrequentienetwerken voor mobiele communicatie.*"

<sup>29</sup> Mededeling van de Commissie aan de Raad, het Europees Parlement, het Economisch en Sociaal Comité en het Comité van de Regio's. Zevende Verslag over de tenuitvoerlegging van het pakket telecommunicatieregelgeving. 26 november 2001 COM(2001) 706, p. 125-126.

Vrije vertaling: "*In het Zesde rapport werd opgemerkt dat het niet duidelijk was of de 2.1 GHz-systemen operationeel zullen zijn tegen 2002 ingevolge de laattijdige vergunningsprocedure. De Belgische 2.1 GHz-veiling werd afgesloten op 15 maart 2001. Drie vergunning werden toegekend aan de huidige 2G-operatoren. (...) De operatoren met een vergunning vrezen dat ze hun netwerken niet zullen kunnen uitrollen doordat er niet langer bouwvergunningen worden toegekend voor het opzetten van antennes.*"

bouwvergunning vanwege de gsm-operatoren te deblokkeren door op dat delicate gebied de samenwerking te verbeteren tussen de federale entiteiten (ministers van Volksgezondheid en van Telecommunicatie, BIPT) en de gewestelijke instanties die bevoegd zijn op het stuk van de vergunningen voor de installatie van antennestations die elektromagnetische straling afgeven." (eigen onderlijning)

Indien de Minister en het BIPT, op het ogenblik dat de 3 MNO's verzochten om de deadline voor het lanceren van een commercieel aanbod uit te stellen en om de deadlines voor de uitrol van hun 2.1 GHz-netwerken uit te stellen, de figuur van overmacht op dezelfde, strikte wijze hadden toegepast als de manier waarop het BIPT deze figuur nu wenst toe te passen dan zouden de Minister en het BIPT niet tot de conclusie gekomen zijn dat de 3 MNO's geconfronteerd werden met een overmachtsituatie aangezien de omstandigheden die werden ingeroepen door de 3 MNO's reeds publiek bekend waren op het ogenblik dat ze zich kandidaat stelden voor de 2.1 GHz-veiling.

**(b) Het ontoerekenbaarheids criterium was niet vervuld in 2002**

Een van de redenen waarom de MNO's de deadlines voor het commercieel aanbod en voor de uitrolverplichtingen niet gehaald hebben, was dat, gezien de slechte economische situatie in de telecommunicatiesector in de periode 2000-2004, de operatoren hadden besloten om hun investeringen (in netwerken) terug te brengen zoals het BIPT zelf bevestigde in haar jaarverslag van 2001:

In maart 2001 waren al drie vergunningen via een veilingssysteem toegekend aan Belgacom Mobile, Mobistar en KPN Mobile 3G Belgium. Rekening houdende met de vertraging in de beschikbaarheid van die nieuwe technologie en met de sombere sfeer die tegenwoordig in de hele (internationale) telecommunicatiesector heerst, hebben de betrokken operatoren tot twee keer toe gevraagd om het tijdschema te herzien voor de openstelling van die diensten en de rollout van de desbetreffende netwerken: zo is dat tijdschema achtereenvolgens aangepast door de ministeriële besluiten van 13 maart 2002 en van 19 december 2002.<sup>30</sup> (eigen onderlijning)

KPN heeft er toen zelfs voor gekozen om een "wait and see" strategie te hanteren m.b.t. het uitrollen van haar 2.1 GHz-netwerk. In een recent bericht op haar regelgevende blog heeft KPN dit zelfs openlijk toegegeven<sup>31</sup>:

*"Begin 2001 werden in België de 3G-licenties geveild, waarbij mobiel internet mogelijk werd. Zowel Belgacom, Mobistar als KPN/BASE verwierven een licentie, maar toch was niet iedereen even snel in het uitrollen van zijn netwerk. Belgacom was het snelst, terwijl KPN/BASE achterop leek te hinken. Maar vandaag blijkt deze aanpak zijn vruchten af te werpen. KPN/BASE koos dan ook een weldoordachte strategie.*

*In de uitrol van zijn 3G-netwerk heeft KPN/BASE de 'wait and see'-strategie van een smart follower toegepast. Door 3G nog even te laten wachten en anderen hierin het voortouw te laten nemen, zal KPN/BASE in staat zijn om de 3G-markt in de loop van de volgende maanden en jaren te democratiseren. Mobiel internet zal bijgevolg niet meer voorbehouden zijn voor een kleine, vermogende elite, maar zal beschikbaar en betaalbaar zijn voor iedereen. Elke andere strategie had de realisatie van deze doelstelling onmogelijk gemaakt.*

*Zakelijke voedingsbodem*

*Desalniettemin was het voor Belgacom een logische keuze om als eerste 3G uit te rollen. Belgacom heeft immers een uitermate sterke positie uitgebouwd in de zakelijke markt en in het high-end*

<sup>30</sup> Zie het jaarverslag van het BIPT van 2001, p. 16.

<sup>31</sup> Bericht van 4 mei 2001 op [http://www.kpnbasefacts.be/netwerk/waarom-2.1\\_GHz-wel-even-kon-wachten/?lang=nl](http://www.kpnbasefacts.be/netwerk/waarom-2.1_GHz-wel-even-kon-wachten/?lang=nl).

*segment van de particuliere markt. En dat is precies wat dominante spelers nodig hebben om op een winstgevende manier een nieuwe service te lanceren: een nichemarkt met specifieke behoeften die bereid is om een meerprijs te betalen.*

*Maar voor KPN/BASE was het een net zo logische keuze om te wachten met 3G. KPN/BASE is immers niet gespecialiseerd in grote zakelijke klanten. Het staat vooral sterk in het pre-paid segment, bij mensen met bescheiden inkomens, bij de jeugd en in het etnische segment. KPN/BASE bedient dus wel tal van niches, maar niet de high-end niches die bereid zijn om een meerprijs voor 3G te betalen. Investeren in een netwerk dat 5 jaar geleden ongeveer 300 à 400 miljoen euro zou gekost hebben, zou bijgevolg voor KPN/BASE onverstandig geweest zijn. KPN/BASE had immers geen klanten aan wie het dergelijke hoge kosten kon doorrekenen." (eigen onderlijning)*

Indien, in 2002, de Minister en het BIPT de figuur van overmacht op dezelfde, strikte wijze hadden toegepast als de manier waarop het BIPT dit begrip nu wenst toe te passen dan zouden zij waarschijnlijk niet tot het besluit zijn gekomen dat deze omstandigheden volledig buiten de wil van de MNO's lagen.

**(c) Het onmogelijkheids criterium was niet vervuld in 2002**

Het BIPT voert aan dat het voor Bidco niet onmogelijk was om de deadline voor het commercieel aanbod te halen aangezien deze verplichting, volgens het BIPT, een lichte verplichting is die gemakkelijk kan worden nageleefd. Opnieuw neemt het BIPT hier een veel strikter standpunt in dan de Minister en het BIPT in 2002 m.b.t. de verplichting van de 3 MNO's om 3G-diensten commercieel aan te bieden.

Inderdaad, in 2002 bezaten de 3 MNO's reeds een goed uitgebouwd netwerk van 2G basisstations dat reeds een groot deel van de Belgische bevolking dekte. Het zou voor hen zeer eenvoudig geweest zijn om één basisstation klaar te maken voor het aanbieden van 3G-diensten en om zo te voldoen aan hun verplichting om een 3G-dienst commercieel aan te bieden. Echter, noch de Minister noch het BIPT hebben hierop gewezen toen ze in 2002 besloten dat het voor de drie MNO's onmogelijk was om de deadlines voor het aanbieden van 3G-diensten te halen.

**(d) Besluit**

Uit het voorgaande volgt dat, door de figuur van overmacht toe te passen op een wijze die substantieel strikter en zwaarder is dan de wijze waarop de Minister en het BIPT dit begrip in 2002 hebben toegepast op de 3 MNO's zonder dat daarvoor een redelijke verantwoording bestaat, het Besluit Bidco discrimineert ten opzichte van de 3 MNO's, hetgeen strijdig is met de artt. 10 en 11 van de Grondwet in samenhang gelezen met artikel 8.5 van de Kaderrichtlijn, zoals geïmplementeerd in Belgisch recht door artikel 8/1 van de WEC. Bovendien wordt door de verschillende toepassing van het overmachtsbegrip t.a.v. Bidco, enerzijds, en de 3 MNO's, anderzijds, ook afbreuk gedaan aan het rechtszekerheidsbeginsel.

**6.4 Derde middel: Schending van het vertrouwens-, zorgvuldigheids- en rechtszekerheidsbeginsel in samenhang gelezen met artikel 8.2 Kaderrichtlijn zoals geïmplementeerd in artikel 6 WEC, artikelen 5.6 en 6.1 Machtigingsrichtlijn en bijlage B – zoals geïmplementeerd in artikel 18 WEC – bij de Machtigingsrichtlijn en artikel 6, 4° WEC**

Het Besluit schendt het vertrouwens-, zorgvuldigheids- en rechtszekerheidsbeginsel in samenhang gelezen met artikel 8.2 Kaderrichtlijn zoals geïmplementeerd in artikel 6 WEC, artikelen 5.6 en 6.1 Machtigingsrichtlijn en bijlage B – zoals geïmplementeerd in artikel 18 WEC – bij de Machtigingsrichtlijn en artikel 6, 4° WEC doordat het niet toelaat aan Bidco om haar 2.1 GHz-vergunning effectief te exploiteren en *de facto* Bidco verplicht om een eigen (vierde) 2.1 GHz-netwerk uit te bouwen terwijl het BIPT de vergunning heeft toegekend wetende dat Bidco in de onmogelijkheid is om zelf een volledig nieuw 2.1 GHz-

netwerk te bouwen en terwijl de Machtigingsrichtlijn niet toelaat te vereisen dat een eigen netwerk wordt uitgebouwd.

Zoals eerder aangehaald, heeft Bidco alvorens op 27 juni 2011 een bod uit te brengen op de vierde 2.1 GHz-vergunning en op verschillende tijdstippen daarna, steeds duidelijk gemaakt aan het BIPT dat de enige economisch haalbare strategie er voor Bidco in bestond om een samenwerking aan te gaan met één van de 3 MNO's welke samenwerking gebaseerd is op een hybride model waarbij een wholesale MVNO-overeenkomst of een overeenkomst voor nationale roaming gecombineerd zou worden met het delen van het RAN van een MNO.

Op het ogenblik van het bod wist het BIPT dan ook dat het voor Bidco niet haalbaar was om zelf een netwerk uit te rollen. Dit blijkt duidelijk uit het Besluit waarin het BIPT citeert uit een brief van Bidco aan het BIPT waarin Bidco heeft aangegeven dat *"het volledig zelf uitbouwen van een (vierde) mobiel netwerk in België zowel economisch, financieel als juridisch volgens ons de facto onhaalbaar is (en zeker niet binnen de beperkte geldingsduur van de gevilde vergunning)."* Desalniettemin heeft het BIPT na onderzoek van de kandidatuur en met kennis van deze situatie de vergunning aan Bidco toegekend.

Bidco kon er dan ook op vertrouwen dat zij de vergunning zou kunnen exploiteren binnen het economische en feitelijke kader waarin zij zich bevindt. In elk geval hebben de nationale regelgevende instanties op grond van artikel 8.2 Kaderrichtlijn, en artikel 5.6 van de Machtigingsrichtlijn de plicht om de concurrentie bij het leveren van elektronische-communicatienetwerken en -diensten te bevorderen door o.m. te zorgen voor een efficiënt gebruik en beheer van de frequenties. Dit betekent dan ook dat de nationale regelgevende instanties vergunningen moet afleveren die daadwerkelijk geëxploiteerd kunnen worden binnen de bestaande economische en feitelijke situatie.

In dit verband dient erop te worden gewezen dat het Europees regelgevend kader erkent dat investeringen in infrastructuur, en bijgevolg de daadwerkelijke mededinging in de kleinhandelsdiensten, enkel economisch efficiënt zijn indien en in de mate dat van de duplicatie van infrastructuur redelijkerwijze kan worden verwacht dat zij een correct rendement genereert op basis van redelijke verwachtingen omtrent de ontwikkeling van de marktaandelen.<sup>32</sup>

Echter, uit het Besluit blijkt dat het BIPT – in tegenstelling tot de eerder gewekte verwachtingen – geen rekening meer houdt met Bidco's situatie en *de facto* eist van Bidco dat het zelf een eigen (vierde) netwerk uitbouwt, m.a.w. dat Bidco zelf eigen masten, basisstations, edm. bouwt. Zo neemt het BIPT het Bidco kwalijk dat het nog geen lid is geworden van het RISS<sup>33</sup> en nog geen bouwvergunningen heeft ingediend voor masten.

*"Voor zover nodig, kan hieraan worden toegevoegd dat, op basis van de gegevens in het bezit van het BIPT, BidCo blijkbaar tot nu toe geen enkele inspanning heeft gedaan om de nodige stappen te zetten tot uitrol van een netwerk. Zo heeft BidCo, voor zover het BIPT op de hoogte is, geen aanvragen ingediend om bouwvergunningen te bekomen. Bidco is*

Het BIPT spreekt in dit verband zelfs over "onwil" van Bidco om een eigen netwerk uit te rollen.

*"Deze onwil van BidCo om een eigen netwerk uit te rollen kan geenszins als overmacht worden beschouwd. Het niet-bouwen van een eigen netwerk is inderdaad een strategische keuze die BidCo maakt en is per definitie geen gebeurtenis die buiten de wil is van BidCo."*

<sup>32</sup> Zie overweging 54 in Richtlijn 2009/140/EC en artikel 8.5(d) Kaderrichtlijn.

<sup>33</sup> RISS (Radio Infrastructure Site Sharing) is een vzw die tot doel heeft een databank van antennesites te beheren en up-to-date te houden en de gegevens van de operatoren en hun sites te verwerken in deze databank. Het doel van de vzw kadert in de uitvoering van artikel 27 WEC en in een breder kader in de verplichting van gedeeld gebruik van deze antennesites (bron: [www.riss.be](http://www.riss.be)).

"Het niet-uitbouwen van een 3G-netwerk conform het 3G-KB is niet aan de drie andere 3G-operatoren te wijten, maar enkel aan de wil van BidCo."

Het spreekt voor zich dat deze houding van het BIPT niet strookt met de bij Bidco gewekte verwachting ten tijde van het toekennen van de vergunning en dat deze handelswijze van het BIPT onzorgvuldig is.

Door te weigeren het gevraagde uitstel te verlenen en daardoor *de facto* aan Bidco de mogelijkheid te ontnemen om het haar toegekende spectrum effectief te exploiteren schendt het BIPT het vertrouwens-, zorgvuldigheids- en rechtszekerheidsbeginsel en voldoet zij niet aan haar plicht onder artikel 8.2 Kaderrichtlijn (en artikel 5.6 van de Machtigingsrichtlijn) om de concurrentie te bevorderen d.m.v. het verzekeren van een efficiënt beheer en gebruik van het spectrum.

In elk geval wenst Bidco erop te wijzen dat de *de facto* eis om een eigen fysiek netwerk uit te bouwen niet verstaanbaar is met artikel 6.1 en bijlage B van de Machtigingsrichtlijn. De voorwaarden waaraan een vergunning mag worden onderworpen zijn namelijk exhaustief opgesteld in bijlage B bij de Machtigingsrichtlijn en de verplichting om zelf een eigen netwerk uit te bouwen is niet in de lijst opgenomen.

## OM DEZE REDENEN

### BEHAGE HET HET HOF VAN BEROEP TE BRUSSEL

Het hoger beroep van appellant ontvankelijk en gegrond te verklaren en dienvolgens:

- In hoofdorde

Het Besluit van de Raad van het BIPT van 5 april 2013 betreffende de weigering aan Telenet-Tecteo Bidco van uitstel voor het commerciële aanbod van de 3G-dienst uiterlijk 15 januari 2013 en van uitstel voor de dekkingsniveaus van de Belgische bevolking na 3, 4 en 5 jaar na de kennisgeving van de 3G-vergunning te vernietigen.

Voor recht te zeggen dat artikel 3 §1 en artikel 4 §1 van 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, in toepassing van artikel 159 Grondwet, buiten toepassing dient te worden gelaten met betrekking tot de gebruiksrechten die bij het besluit van het BIPT van 14 juli 2011 werden toegewezen aan Telenet Tecteo Bidco.

Voor zover Uw Hof van oordeel zou zijn dat het eerste middel ongegrond zou zijn, voor recht te zeggen dat Telenet-Tecteo Bidco zich bevindt in een situatie van overmacht en bijgevolg 18 maanden uitstel te verlenen voor de verplichting een commerciële aanbod te lanceren, te rekenen vanaf 15 januari 2013 en 2 jaar uitstel te verlenen voor het behalen van de dekkingsniveaus van de Belgische bevolking te rekenen vanaf de termijnen beschreven in artikel 3 §1 derde lid van 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.

- In ondergeschikte orde

Alvorens recht te doen volgende twee prejudiciële vragen te stellen aan het Grondwettelijk Hof:

*"Schenden artikel 3 §1 en artikel 4 §1 van 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 het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenhang gelezen met artikel 8.2 – zoals geïmplementeerd in Belgisch recht door artikel 6 van de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie –, artikel 8.5 – zoals geïmplementeerd in Belgisch recht door artikel 8/1 van de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie –, en artikel 9.2 Kaderrichtlijn en artikel 6.1 Machtigingsrichtlijn doordat ze aan de 3G-operator die op 1 januari 2010 nog geen 3G-operator was de verplichting opleggen om (i) de 3G-dienst commercieel aan te bieden uiterlijk 18 maanden na de kennisgeving van de vergunning en (ii) bepaalde dekkingsniveaus te behalen binnen bepaalde termijnen terwijl de verkrijgers van de gebruiksrechten die zijn toegekend overeenkomstig het Koninklijk Besluit betreffende radiotoegang in de frequentieband 2500-2690 MHz dergelijke verplichtingen niet opgelegd krijgen?"*

en

*"Schenden artikel 3 §1 en artikel 4 §1 van 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 het grondwettelijk gelijkheids- en non-discriminatiebeginsel vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet in samenhang gelezen met*

*artikel 8.2 – zoals geïmplementeerd in Belgisch recht door artikel 6 van de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie –, artikel 8.5 – zoals geïmplementeerd in Belgisch recht door artikel 8/1 van de Wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie –, en artikel 9.2 Kaderrichtlijn en artikel 6.1 Machtigingsrichtlijn doordat ze aan de 3G-operator, die op 1 januari 2010 nog geen 3G-operator was en die op het ogenblik dat hem de gebruiksrechten in de 2.1 GHz frequentieband werden toegewezen niet beschikte over een mobiel netwerk, identieke uitrolverplichtingen opleggen als aan de operatoren aan wie reeds tien jaar eerder gebruiksrechten in de 2.1 GHz frequentieband werden toegewezen en die op 1 januari 2010 reeds beschikten over een uitgebreid marktaandeel en over een 3G netwerk dat het grootste deel van de Belgische bevolking dekte?"*

In elk geval, geïntimeerde te veroordelen tot de kosten van het geding met inbegrip van de rechtsplegingsvergoeding begroot op 1.320 EUR.

Brussel, 6 juni 2013

Voor Bidco

Haar raadslieden

Tom De Cordier

*Kosten: 1.320 EUR (RPV)*



Heidi Waem