**RAAD VAN STATE, AFDELING ADMINISTRATIE.**

**A R R E S T**

**nr. 125.547 van 20 november 2003**
**in de zaak A. 124.521/XII-3610.**

In zake : de NV COLT TELECOM,
die woonplaats kiest bij
advocaat T. Vermeir,
kantoor houdende te 1200 Brussel,
Neerveldstraat 101-103

tegen :

het VLAAMSE GEWEST,
dat woonplaats kiest bij
advocaat H. Sebreghts,
kantoor houdende te Antwerpen,
Mechelsesteenweg 33.

---

**D E R A A D V A N S T A T E, XIIe K A M E R,**

Gezien het verzoekschrift dat de NV Colt Telecom op 27 juli 2002 heeft ingediend om de schorsing te vorderen van de tenuitvoerlegging van het besluit van de Vlaamse regering van 29 maart 2002 betreffende het toekennen van vergunningen, het vaststellen en innen van retributies voor het privatieve gebruik van het openbaar domein van de wegen, de waterwegen en hun aanhorigheden, de zeewering en de dijken;

Gezien het gelijktijdig ingediende verzoekschrift, waarbij dezelfde verzoekende partij de nietigverklaring vordert van hetzelfde besluit;

Gezien de nota van de verwerende partij;

Gezien het op 14 juli 2003 gedateerde verslag, opgesteld door eerste auditeur E. Haesbrouck;

Gelet op de kennisgeving van het verslag aan partijen;

Gelet op de beschikking van 25 september 2003 waarbij de terechtzitting bepaald wordt op 21 oktober 2003;

Gehoord het verslag van kamervoorzitter D. Verbiest;

Gehoord de opmerkingen van advocaat T. Vermeir, die verschijnt voor de verzoekende partij, en van advocaat S. Vernaillen, die loco advocaat H. Sebreghts verschijnt voor de verwerende partij;

Gehoord het andersluidend advies van eerste auditeur E. Haesbrouck;

Gelet op de artikelen 17 en 18 en titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;

Gelet op het bij artikel 90, § 3, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State vereiste advies;

Overwegende dat de verwerende partij excepties opwerpt betreffende de ontvankelijkheid van de vordering; dat er vooralsnog geen noodzaak bestaat om over deze excepties uitspraak te doen; dat een onderzoek van en een uitspraak over die excepties slechts noodzakelijk zouden zijn indien zou blijken dat de grondvoorwaarden voor het toewijzen van de vordering tot schorsing vervuld zijn, wat, zoals hierna zal blijken, te dezen niet het geval is;

Overwegende dat de verzoekende partij zichzelf en haar activiteiten als volgt omschrijft :

> "Verzoekende partij is sinds 1998 operationeel als een filiaal van COLT Telecom Group Plc.. COLT Telecom Plc hoort bij de tien grootste alternatieve telecom-operatoren in Europa. COLT Telecom werd in 1992 gesticht

door Fidelity Capital en was een van de eerste nieuwkomers die in de belangrijkste Europese steden competitieve locale netwerken implementeerde. COLT Telecom exploiteert twee grootstedelijke glasvezelnetwerken in Brussel en Antwerpen, waarmee het de belangrijkste administratieve, zakelijke en industriële zones van de twee steden bestrijkt. Verzoekende partij is houder van een individuele vergunning voor de aanleg en exploitatie van openbare telecommunicatienetwerken sedert 22 januari 1999.

COLT Telecom heeft bovendien een nationale infrastructuur ontwikkeld om bedrijven in alle delen van België te bedienen. Verzoekende partij maakt voor haar openbaar telecommunicatiewerk o.a. gebruik van het gewestelijk openbaar domein van verwerende partij.

Op grond van de voormelde bepalingen van de wet van 21 maart 1991, en in het bijzonder artikel 97 e.v. van deze wet, heeft de verzoekende partij een uitgebreid netwerk van telecommunicatieleidingen uitgebouwd. Hiervoor zijn, zoals vermeld, de nodige vergunningen verkregen van de bevoegde minister voor telecommunicatie en van het BIPT";

Overwegende dat krachtens artikel 17, § 2, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State slechts tot schorsing van de tenuitvoerlegging kan worden besloten onder de dubbele voorwaarde dat ernstige middelen worden aangevoerd die de nietigverklaring van de aangevochten beslissing kunnen verantwoorden en dat de onmiddellijke tenuitvoerlegging van de bestreden beslissing een moeilijk te herstellen ernstig nadeel kan berokkenen;

Overwegende, wat de tweede voorwaarde betreft, dat de verzoekende partij omtrent het nadeel betoogt hetgeen volgt :

"In het huidige competitieve en financieel onzeker kader van de telecommunicatiemarkt, is verzoekende partij als nieuwe speler, veel meer dan de historische telecommunicatieoperator, onderworpen aan de marktrisico's.

De bepalingen van het bestreden Besluit waardoor de domeinbeheerders gemachtigd worden de vergunning in te trekken wanneer er niet voldaan wordt aan de voorwaarden van het bestreden Besluit of wanneer de retributie niet betaald wordt, zou er toe leiden dat verzoekende partij, die reeds over een perfect wettelijke vergunning tot de aanleg en exploitatie van een openbaar telecommunicatienetwerk overeenkomstig de wet van 21 maart 1991 beschikt, haar activiteiten zou moeten stopzetten, door een louter eenzijdige beslissing van de domeinbeheerder. Krachtens de bepalingen van de wet van 21 maart 1991 is de domeinbeheerder hier niet toe bevoegd. Het lijdt geen enkele twijfel dat de mogelijkheid tot het opleggen van dergelijk verbod of het intrekken van de mogelijkheid tot het gebruik van het openbaar domein, een zware hypotheek legt op de activiteiten van verzoekende partij, meer nog, de activiteiten van

verzoekende partij helemaal zou opheffen. Op die manier wordt een ontegensprekelijk moeilijk, zo niet onmogelijk te herstellen nadeel berokkend aan de verzoekende partij.

Door het verschil in behandeling tussen kabelnetten, die krachtens het gecoördineerd decreet van 1995 vrijgesteld zijn van de plicht tot het aanvragen van een vergunning en het betalen van enige retributie voor het gebruik van het gewestelijk openbaar domein, en openbare telecommunicatienetwerken is een ongerechtvaardigde discriminatie ten aanzien van telecommunicatieoperatoren, wat een moeilijk te herstellen ernstig nadeel in hoofde van de verzoekende partij uitmaakt. Wanneer de verzoekende partij zou verplicht worden om een bijkomende vergunning aan te vragen en hiervoor een retributie te betalen, brengt dit een zware verstoring van het concurrentieel evenwicht tussen de activiteiten van kabelnetten en de activiteiten van telecommunicatieoperatoren, met zich mee.

Het is in de huidige stand van de techniek immers niet langer mogelijk om een duidelijk onderscheid te maken tussen telecommunicatie enerzijds en kabeltelevisie anderzijds. Met het oog op nieuwe technologische toepassingen die op beide netwerken tegelijkertijd en zonder enig technisch verschil zouden kunnen doorgevoerd worden (zoals pay-per-view, video on demand, near video on demand,...), zou een vrijstelling van de betaling van retributie voor kabelnetten deze een ongerechtvaardig commercieel en financieel voordeel opleveren in vergelijking met de telecommunicatieoperatoren.

Daarenboven verzet de Kaderrichtlijn zich tegen een ongelijke behandeling van kabelnetten en telecommunicatienetten. Bij gebreke aan een schorsing van de bestreden bepalingen zou de concurrentiële positie van operatoren van een openbaar telecommunicatienetwerk ernstig bezwaard worden.

Ook de mogelijkheid die er bestaat om in overleg met de domeinbeheerder een eigen regime voor het verkrijgen van de vergunning en het betalen van de retributie mogelijk te maken, is een ernstige verstoring van het marktevenwicht tussen de historische operator (Belgacom) en de nieuwe operatoren. De verzoekende partij zal immers een enorme logistieke inspanning moeten doen om de plannen, die zij op grond van de bepalingen van de wet van 21 maart 1991 moest overmaken aan de beherende overheid, te verzamelen en hiervan een inventaris op te stellen. Belgacom zal zich voor een heel groot deel van haar netwerk kunnen baseren op het ontbreken van zulke plannen en zich zo kunnen onttrekken aan de verplichting tot het overmaken ervan, wanneer deze dateren van voor de inwerkingtreding van de wet van 21 maart 1991.

De nieuwe operatoren, d.w.z. de operatoren die een vergunning hebben na de inwerkingtreding van de wet van 19 december 1997, zijn wel verplicht geweest om hun plannen van aanleg over te maken aan de domeinbeheerder. Zij zullen dan ook, zoals verzoekende partij, verplicht worden aan elke domeinbeheerder een vergunning te vragen en per effectief strekkende meter een retributie te betalen, daar waar een overeenkomst in globo zal afgesloten worden met de historische operator. Het lijdt geen twijfel dat de historische operator hieruit een financieel en concurrentieel voordeel zal halen. Daarenboven is het netwerk van de historische operator grotendeels gefinancierd door openbare middelen, in tegenstelling tot de netwerken van de nieuwe operatoren. Alle financiële verschillen die hiermee zullen gepaard gaan, zullen ontegensprekelijk een moeilijk

te herstellen verstoring van de concurrentie en van de mededinging met zich meebrengen";

Overwegende dat de verzoekende partij vooreerst haar nadeel afleidt uit de door haarzelf in haar nadeelsbeschrijving niet meer nader aangewezen "bepalingen van het bestreden besluit waardoor de domeinbeheerders gemachtigd worden de vergunning in te trekken wanneer er niet voldaan wordt aan de voorwaarden van het bestreden besluit of wanneer de retributie niet betaald wordt"; dat daarbij nader wordt betoogd dat die mogelijkheid een "zware hypotheek" legt op de activiteiten van de verzoekende partij en de "activiteiten van verzoekende partij helemaal zou opheffen";

Overwegende dat artikel 16, §1, van het bestreden besluit bepaalt :

"In de gevallen omschreven in de artikelen 5 §2, 17, 19 §2 en 21 §3 kan de domeinbeheerder de vergunning beëindigen";

dat overeenkomstig artikel 5, §2, de domeinbeheerder de vergunning op elk ogenblik geheel of gedeeltelijk kan intrekken, schorsen of wijzigen in het algemeen belang; dat artikel 17 het geval regelt waarbij een vergunninghouder binnen of gedurende een jaar geen gebruik gemaakt heeft van de vergunning; dat artikel 19, §2, het geval betreft waarbij de vergunninghouder de in artikel 18 voorgeschreven variabele retributie niet heeft betaald binnen de gestelde termijn, en artikel 21, §3, het geval waarbij de vergunninghouder binnen de opgelegde termijn zijn verplichtingen voortvloeiend uit de vergunningsvoorwaarden niet is nagekomen;

Overwegende dat vooreerst de loutere mogelijkheid om vergunningen in te trekken, te schorsen of te wijzigen, zoals deze voortvloeit uit de aangehaalde artikelen van het besluit, wezenlijk is verbonden met elk vergunningen-stelsel, zeker wanneer het zoals te dezen het privatief gebruik van het openbaar domein regelt; dat dienvolgens uit die mogelijkheid op zichzelf niet het rechtens vereiste nadeel kan worden afgeleid; dat de verzoekende partij voorts uitgaat van veronderstellingen, namelijk dat zij niet zou voldoen aan de voorwaarden van de vergunning of de

retributie niet zou betalen; dat het geschetste nadeel dienvolgens niet rechtstreeks voortvloeit uit het bestreden besluit zelf, maar uit een latere nog te nemen en thans al te hypothetische individuele intrekkingsbeslissing; dat zulks des te meer geldt, nu, eensdeels, de domeinbeheerder nog niet eens verplicht is om een dergelijke beslissing te treffen, maar daartoe enkel de mogelijkheid heeft en, anderdeels, die beslissing ook afhangt van de eigen houding van de verzoekende partij, hetzij om de voorwaarden van haar vergunning niet na te leven, hetzij om de retributie helemaal niet te betalen, zelfs niet onder voorbehoud;

Overwegende dat de verzoekende partij het voor haar dreigend nadeel eveneens legt in de "zware verstoring van het concurrentieel evenwicht tussen de activiteiten van kabelnetten en de activiteiten van telecommunicatieoperatoren" aangezien volgens de verzoekende partij, die zich als een van de laatstgenoemde operatoren aandient, de kabelnetten "vrijgesteld zijn van de plicht tot het aanvragen van een vergunning en het betalen van enige retributie voor het gebruik van het gewestelijk openbaar domein"; dat de verzoekende partij echter in haar nadeelsbeschrijving nalaat cijfermatig aan te tonen wat de juiste weerslag zou zijn van die vermeende vrijstelling op haar concurrentiepositie; dat het rechtens vereiste nadeel op dat punt niet is aangetoond;

Overwegende dat de verzoekende partij in haar nadeelsbeschrijving ten slotte wijst op het "financieel en concurrentieël" voordeel dat de "historische operator (Belgacom)" verkrijgt met als gevolg een "ernstige verstoring van het marktevenwicht" tussen deze laatste en de "nieuwe operatoren"; dat echter de verzoekende partij geen bepalingen aanwijst noch poogt aan te wijzen waarin het bestreden besluit zelf op een dergelijk onderscheid tussen "historische" en "nieuwe" operatoren zou steunen; dat ook kan worden verondersteld dat de verzoekende partij hier de mogelijke toepassing van artikel 23, §4, van het bestreden besluit lijkt in rekening te brengen, krachtens welke bepaling de Vlaamse regering een "vereenvoudigde regeling" voor retributies kan toepassen indien een vergunning-aanvrager aantoont dat door een gebrek aan gegevens redelijkerwijze het voorgeschreven dossier niet kan worden voorgelegd; dat in dat verband, mocht een

historische operator ten gevolge van zijn eerdere aanwezigheid de voormelde vereenvoudigde regeling op hem zien toepassen en tengevolge daarvan in het voordeel zijn wat de berekening van de retributies betreft, die situatie vooralsnog niet alleen zuiver hypothetisch is maar in elk geval het daarmee overeenstemmende nadeel van de verzoekende partij van financiële aard zou zijn en aldus in principe herstelbaar; dat niet concreet wordt aangetoond dat het te dezen anders zou zijn; dat evenmin nadere verduidelijkingen worden gegeven wat het genoemde concurrentiële nadeel concreet zou inhouden;

Overwegende dat aldus, hetzij het aangevoerde nadeel niet voortvloeit uit de onmiddellijke tenuitvoerlegging van het bestreden besluit zelf, hetzij niet is aangetoond dat het nadeel het rechtens vereiste moeilijk te herstellen en ernstig karakter vertoont; dat dienvolgens niet is voldaan aan de tweede van de door artikel 17 gestelde voorwaarden; dat die vaststelling volstaat om de gevraagde schorsing af te wijzen,

**B E S L U I T :**

**Artikel 1.**

De vordering tot schorsing wordt verworpen.

**Artikel 2.**

De uitspraak over de bijdrage in de betaling van de kosten van de vordering tot schorsing wordt uitgesteld.

Aldus te Brussel uitgesproken in openbare terechtzitting, op twintig november 2003, door de XIIe kamer, die was samengesteld uit :

| | | |
|---|---|---|
| de HH. | D. VERBIEST, | kamervoorzitter, |
| | J. LUST, | staatsraad, |
| | G. VAN HAEGENDOREN, | staatsraad, |
| Mevr. | S. DOMS, | griffier. |

**De griffier,** **De voorzitter,**

**S. DOMS.** **D. VERBIEST.**