

RAAD VAN STATE, AFDELING BESTUURSRECHTSPRAAK

IXe KAMER

A R R E S T

**nr. 256.738 van 8 juni 2023
in de zaak A. 235.740/IX-10.012**

In zake: de NV TELENET GROUP
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Thomas De Meese en Karl Stas
kantoor houdend te 1000 Brussel
Joseph Stevensstraat 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

tegen:

de BELGISCHE STAAT, vertegenwoordigd door de minister
van Telecommunicatie
bijgestaan en vertegenwoordigd door
advocaten Sébastien Depré en Jasper De fauw
kantoor houdend te 1050 Brussel
Eugène Flageyplein 7
bij wie woonplaats wordt gekozen

I. Voorwerp van het beroep

1. Het beroep, ingesteld op 21 februari 2022, strekt tot de
nietigverklaring van:

“- In hoofddorde: artikelen 25 tot en met 37 van het koninklijk besluit van
28 november 2021 betreffende de radiotoegang in de frequentiebanden
900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz [...] en van artikel 24 van het koninklijk
besluit van 28 november 2021 betreffende de radiotoegang in de
frequentieband 700 MHz [...] [...];
- In ondergeschikte orde: artikel 25, eerste lid, 2° en 3° van het koninklijk
besluit van 28 november 2021 betreffende de radiotoegang in de
frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz.”

II. Verloop van de rechtspleging

2. De verwerende partij heeft een memorie van antwoord ingediend en de verzoekende partij heeft een memorie van wederantwoord ingediend.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een verslag opgesteld.

De verzoekende partij en de verwerende partij hebben een laatste memorie ingediend.

De partijen zijn opgeroepen voor de terechtzitting, die heeft plaatsgevonden op 22 mei 2023.

Kamervoorzitter Geert Van Haegendoren heeft verslag uitgebracht.

Advocaat Karl Stas, die verschijnt voor de verzoekende partij en advocaat Jasper De Fauw, die verschijnt voor de verwerende partij, zijn gehoord.

Eerste auditeur Alexander Van Steenberge heeft een met dit arrest eensluidend advies gegeven.

Er is toepassing gemaakt van de bepalingen op het gebruik der talen, vervat in titel VI, hoofdstuk II, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

III. Feiten

3.1. In het Belgisch Staatsblad van 23 december 2021 verschijnen (vijf) koninklijke besluiten van 28 november 2021 tot regeling van de procedures en voorwaarden voor het verlenen van de vergunningen voor het radiospectrum aan de mobiele netwerkoperatoren van de frequentiebanden 700 MHz, 900 MHz, 1800 MHz, 2 GHz, 2,6 GHz, 1400 MHz en 3600 MHz overeenkomstig de wet van 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’.

Het thans voorliggende beroep betreft meer bepaald de procedure voor de toewijzing van gebruiksrechten door middel van een zogenaamde multibandveiling. Voor de toekenning van die gebruiksrechten – in 2G, 3G, 4G en de uitrol van 5G – wordt geopteerd voor een systeem waarin die rechten worden verleend na aanvraag- en veilingprocedures die leiden tot de afgifte van individuele vergunningen aan de operatoren.

Met de bestreden bepalingen wordt bij die multibandveiling in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz (artikelen 25 tot 37 van het koninklijk besluit van 28 november 2021 ‘betreffende de radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz’) en in de frequentieband 700 MHz (artikel 24 van het koninklijk besluit van 28 november 2021 ‘betreffende de radiotoegang in de frequentieband 700 MHz’) spectrum gereserveerd voor een eventuele vierde operator (“de nieuwkomer”).

Daarnaast wordt aan de drie “bestaande operatoren” die al houder zijn van gebruiksrechten – onder wie verzoekster – een minimum capaciteit van het beschikbare spectrum in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz gewaarborgd.

3.2. Op 20 juli 2022 voltooit het BIPT de radiospectrumveiling. De drie bestaande operatoren en een nieuwkomer hebben gebruiksrechten verworven.

Bij zestien besluiten van 23 augustus 2022 beslist het BIPT tot de toewijzing van de aangeboden gebruiksrechten, onder meer aan de nieuwkomer Citymesh Mobile nv.

IV. Ontvankelijkheid van het beroep

Exceptie

4. De verwerende partij stelt vast dat niet om de integrale vernietiging van de twee geviseerde koninklijke besluiten wordt verzocht. De bestreden bepalingen betreffen uitsluitend de veiling van het spectrum dat werd gereserveerd voor een eventuele nieuwkomer. Een dergelijk beroep is volgens de verwerende partij niet ontvankelijk. Deze bepalingen vormen immers een ondeelbaar geheel met andere niet-aangevochten bepalingen, in het bijzonder met de bepalingen die een bepaalde hoeveelheid spectrum reserveren voor de bestaande operatoren.

Dit blijkt volgens de verwerende partij duidelijk uit het verslag aan de Koning bij het koninklijk besluit van 28 november 2021 ‘betreffende de radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz’, waarin uitdrukkelijk staat (BS 23 december 2021, blz. 123.343–123.344):

“Er worden twee doelstellingen nagestreefd:

- de spectrumkwantiteit voorbehouden aan de bestaande mobiele operatoren moet voldoende zijn om een continuïteit van de dienstverlening te garanderen voor de consumenten;
- indien een nieuwkomer geïnteresseerd is in dit bestaande spectrum moet deze evenveel spectrum kunnen verwerven als de bestaande operatoren. De spectrumhoeveelheid die is voorbehouden aan de bestaande operatoren beoogt, in de mate van het mogelijke, deze twee doelstellingen te vervullen;”

of nog:

“Om een nieuwkomer op de markt aan te trekken en de voorwaarden te scheppen voor een efficiënte en duurzame concurrentie, en om tevens de blijvende aanwezigheid van de nieuwkomer op de markt op lange termijn te garanderen, zou een nieuwkomer op de markt een portfolio van frequenties moeten kunnen krijgen die degene van de gevestigde operatoren benadert.”

De hoeveelheid spectrum die wordt gereserveerd voor respectievelijk de bestaande operatoren enerzijds en de nieuwkomer anderzijds vormen volgens de verwerende partij derhalve een evenwichtig geheel. Het één

gaat samen met het ander en de combinatie van beide laat toe om de dubbele doelstelling van het koninklijk besluit te bereiken, namelijk het verzekeren van de continuïteit van de dienstverlening aan de consumenten door de bestaande operatoren en de intrede van een nieuwkomer op de markt mogelijk te maken. De gedeeltelijke vernietiging van de bestreden koninklijke besluiten zou dit evenwicht verstoren.

5. Verzoekster antwoordt:

“51. De verwerende partij kan in deze redenering niet gevolgd worden. De bepalingen die een (overigens beperkte) hoeveelheid spectrum reserveren voor de bestaande operatoren hebben een eigen verantwoording en finaliteit, die volledig los staat van deze van de spectrumreservering ten gunste van nieuwkomers. Eerstgenoemde spectrumreservering dient immers – zoals de verwerende partij zelf erkent – om de continuïteit van de dienstverlening te verzekeren. Dit is een autonoom motief: de reservering ten gunste van de bestaande spelers is er dus niet louter om een evenwicht na te streven met de spectrumreservering ten gunste van nieuwkomers. Het zou immers onverantwoord zijn om bij een spectrumveiling volledig *tabula rasa* te maken van de bestaande situatie, met alle mogelijke gevolgen van dien voor de miljoenen gebruikers van de diensten van de reeds gevestigde operatoren. Zelfs indien er dus geen spectrumreservering ten gunste van nieuwkomers zou geweest zijn, zou het perfect te verantwoorden en zelfs noodzakelijk geweest zijn om een minimum hoeveelheid spectrum te reserveren voor de bestaande operatoren.

52. Bovendien is het vernietigingsberoep in hoofddeel gebaseerd op de schending van artikel 52, § 2 van het Europees wetboek voor elektronische communicatie (hierna ‘EWEC’) en de nationale omzettingbepalingen (zie eerste middel hierna). Deze bepalingen stellen specifieke voorwaarden aan ‘het reserveren van een bepaald deel van een radiospectrumband of een groep van banden voor toewijzing aan nieuwe marktdeelnemers’ (art. 52, § 2(b) EWEC). Deze specifieke voorwaarden gelden niet voor het reserveren van spectrum ten gunste van bestaande marktdeelnemers. De bepalingen die voorzien in een spectrumreservering ten gunste van de bestaande marktdeelnemers kunnen met andere woorden niet op basis van de in de hierna ontwikkelde middelen ingeroepen rechtsgronden vernietigd worden. Het is dan ook logisch dat het vernietigingsberoep beperkt is tot de bepalingen die voorzien in een spectrumreservering ten gunste van nieuwe marktdeelnemers.

53. Het hoeft overigens niet te verbazen dat het EWEC specifieke voorwaarden stelt aan spectrumreservering ten gunste van nieuwe marktdeelnemers, maar niet aan spectrumreservering ten gunste van bestaande marktdeelnemers. [...].

54. De verwerende partij voert tenslotte nog aan dat artikel 52, § 2 EWEC niet zou vereisen dat een afweging wordt gemaakt waarbij de eventuele negatieve effecten op investeringen worden afgewogen tegen positieve effecten op de prijzen.^[...] Artikel 52, § 2 EWEC bepaalt nochtans uitdrukkelijk dat de beslissing om spectrum te reserveren voor nieuwe marktdeelnemers niet alleen gebaseerd moet zijn op een onderzoek van de noodzaak van een dergelijke maatregel om een daadwerkelijke mededinging in stand te houden of te brengen, maar ook op ‘de waarschijnlijke effecten van dergelijke maatregelen op bestaande en toekomstige investeringen door marktdeelnemers’. Impliciet betekent dit dat de verwachte gunstige effecten op de mededinging moeten afgewogen worden tegen de negatieve effecten op de investeringen door (bestaande) marktdeelnemers. Er is immers onvermijdelijk een wisselwerking (‘trade-off’) tussen die twee: extra gunstige toetredingsvoorwaarden voor nieuwe marktdeelnemers hebben onvermijdelijk een negatieve impact op het vermogen en de prikkel van de bestaande operatoren om verder in hun netwerken te blijven investeren. De wisselwerking is des te evidentier wanneer, zoals in dit geval, de maatregel van spectrumreservering wordt genomen met de verwachting dat dit de toetreding tot de markt van een ‘prijsbreker’ zou faciliteren. Overigens ontkent de verwerende partij niet dat de impact op de investeringen onderzocht moest worden. Het spreekt voor zich dat de bevindingen van dit onderzoek dan ook moesten meegenomen worden in de algehele conclusie over de wenselijkheid van een spectrumreservering ten gunste van nieuwkomers.”

Beoordeling

6. Een reglementair besluit is in beginsel één en ondeelbaar. Dit betekent dat wanneer de Raad van State in het kader van een ontvankelijk annulatieberoep vaststelt dat een gegrond middel wordt aangevoerd tegen sommige bepalingen van dat besluit, hij het besluit in beginsel in zijn geheel dient nietig te verklaren.

In afwijking van het voornoemde beginsel vermag de Raad van State slechts over te gaan tot een gedeeltelijke nietigverklaring van het desbetreffende besluit, indien aan twee voorwaarden is voldaan.

Vooreerst moet blijken dat de gedeeltelijke nietigverklaring van dat besluit aan de verzoekende partij volledige genoegdoening geeft in het licht van haar belang bij het beroep. Voorts moet vaststaan dat de nietig te verklaren

bepalingen kunnen worden afgesplitst van de rest van het besluit en dat de overheid ook afgezien van die bepalingen voor het overige hetzelfde besluit zou hebben genomen. Anders zou de Raad van State het desbetreffende besluit als het ware hervormen en zich aldus begeven op het domein van de beleidsuitoefening van de betrokken overheid.

7. Aangezien verzoekster zich enkel gegriefd acht door de regeling met betrekking tot de nieuwkomer, wordt genoegzaam aan haar belangen tegemoetgekomen door de nietigverklaring van die regeling.

8. Die vaststelling volstaat niet om te besluiten dat de nieuwkomersregeling afsplitsbaar is van de overige bepalingen van de aangevochten koninklijke besluiten.

Dat verzoekster ook enkel – en logischerwijze enkel – wettigheidskritiek aanvoert tegen die bestreden bepalingen, vermag al evenmin een dienstig argument te zijn om het ondeelbaar karakter van de regelingen te weerleggen.

Nog steeds moet immers vaststaan dat de overheid ook afgezien van het afgesplitste gedeelte voor het overige dezelfde beslissing zou hebben genomen. Die tweede voorwaarde is méér dan een technische vraag of sommige bepalingen van de besluiten afsplitsbaar zijn van de andere en of de beide koninklijke besluiten van 28 november 2021 ook zonder die bestreden bepalingen autonoom kunnen voortbestaan en worden toegepast. Het is daarenboven, en uit oogpunt van de wettigheidsrechter vooral, de vraag of het bestuur die besluiten onbetwistbaar óók zou hebben aangenomen indien het wist dat de bestreden bepalingen geen doorgang konden vinden. Er anders over oordelen zou tot gevolg hebben dat de Raad van State zich op het domein van de beleidsuitoefening van de betrokken overheid zou begeven en zou overgaan tot hervorming van de besluiten waarvan het onwettig bevonden gedeelte een –

hetzij technisch, hetzij beleidsmatig – onlosmakelijk onderdeel is, vermits de besluiten voor het overige hoe dan ook zouden blijven bestaan.

9.1. Verzoekster kan van het vervuld zijn van deze tweede voorwaarde niet overtuigen.

9.2. Zoals de verwerende partij opmerkt en zoals te lezen is in het verslag aan de Koning, streeft de verwerende partij met de bestreden besluiten meerdere doelstellingen na (BS 23 december 2021, blz. 123.336):

- “- het spectrum toewijzen aan de meest efficiënte gebruikers;
- de ontwikkeling van draadloze breedbandnetwerken aanmoedigen en de digitale kloof in België verder dichten;
- erop toezien dat het hele spectrum wordt toegewezen in het kader van de gunningsprocedure (vermijden dat er niet-toegewezen spectrum overblijft);
- een zo efficiënt mogelijk gebruik van het spectrum waarborgen;
- de concurrentie op de Belgische elektronische-communicatiemarkt maximaliseren;
- toezien op eerlijke inkomsten voor de overheden, aangezien het een kostbaar en schaars openbaar goed betreft;
- spectrum toewijzen op basis van een objectieve, transparante, evenredige en niet-discriminerende procedure;
- de complexiteit en de kosten in verband met de toewijzingsprocedure beperken.”

Het verslag aan de Koning gaat in op de mogelijke systemen om gebruiksrechten toe te wijzen. Overwogen wordt (*ibidem* blz. 123.337):

“Noch het veilingmechanisme, noch de verlenging van de bestaande gebruiksrechten maken het mogelijk om samen de voormelde doelstellingen te bereiken.

Het gekozen mechanisme is een hybride mechanisme waarmee, ten minste deels, de voordelen van een veiling kunnen worden gecombineerd met deze van een verlenging.”

Voorts mag worden verwezen naar de *sub* 4 aangehaalde citaten uit het verslag aan de Koning. De spectrumhoeveelheid die voorbehouden is voor de bestaande operatoren “beoogt [...] deze twee doelstellingen te vervullen” – te weten: de continuïteit waarborgen en een nieuwkomer aantrekken – en het gereserveerde spectrum voor de nieuwkomer staat in relatie tot de nood

dat die “op de markt een portfolio van frequenties [moet] kunnen krijgen die degene van de gevestigde operatoren benadert”.

9.3. Moge het dan al zo zijn dat de spectrumreservering voor de bestaande operatoren een eigen doelstelling dient – de continuïteit van de dienstverlening – dan neemt zulks niet weg dat die bepalingen samenhangen en in het verslag aan de Koning in één adem genoemd worden met de bepalingen omtrent de nieuwkomer. Het ontworpen “hybride mechanisme” is gekozen om de voordelen van een veiling die openstaat voor nieuwkomers te combineren met deze van een verlenging. Het is geenszins uitgesloten dat de verwerende partij, mocht zij vooraf hebben geweten dat de nieuwkomersregeling die zij voor ogen had geen doorgang kon vinden, anders zou hebben aangekeken tegen de wenselijkheid of de omvang van een reserve voor de bestaande operatoren of zelfs dat zij voor een ander dan het thans ontworpen “hybride mechanisme” zou hebben geopteerd.

Onrechtstreeks erkent verzoekster die onderlinge samenhang eigenlijk ook wel, als zij in de memorie van wederantwoord erop wijst dat er “onvermijdelijk een wisselwerking (‘trade-off’)” bestaat tussen de “extra gunstige toetredingsvoorwaarden” voor nieuwe marktdeelnemers en de “onvermijdelijk” genoemde “negatieve impact op het vermogen en de prikkel van de bestaande operatoren om verder in hun netwerken te blijven investeren”.

9.4. Het eerste bestreden besluit bevat voorts een maximale spectrumhoeveelheid (“spectrum cap”) die een relevante groep kan innemen zonder de concurrentie tussen de verschillende operatoren in het gedrang te brengen. Hierover leert het verslag aan de Koning (blz. 123.339):

“De keuze van een ‘spectrum cap’ voor de verschillende frequentiebanden is in hoofdzaak een compromis tussen het aantal mogelijke concurrerende infrastructuur die gebruik maken van de verschillende frequentiebanden en het prestatieniveau dat kan worden gehaald voor elk van deze infrastructuur.

De Europese landen kiezen voor deze ‘spectrum caps’ tussen 10 en 20 MHz duplex voor de banden onder 1 GHz. Het merendeel kiest voor 15 MHz duplex.

Een ‘spectrum cap’ van 15 MHz duplex stelt elke operator in staat om naar eigen zin 5, 10 of 15 MHz aan te bieden. De spectrumbehoefte kunnen inderdaad verschillen van de ene operator tot de andere afhankelijk van de ontplooiingsstrategie, van het aantal klanten en van het verkeer dat deze klanten genereren.

Er werd dus gekozen voor een spectrum cap van 15 MHz voor de 900 MHz-band.

Voor de andere frequentiebanden werden de verschillende ‘spectrum caps’ zo gekozen dat geen enkele operator meer dan ongeveer 40% van de middelen voor een frequentieband heeft.”

De keuze van de “spectrum cap” is de uitoefening van een discretionaire bevoegdheid. Zo de bestreden bepalingen worden weggedacht uit het eerste bestreden besluit valt niet uit te sluiten dat de verwerende partij voor de 900 MHz-band zou kiezen voor een andere “spectrum cap” en dat voor de andere frequentiebanden de berekening van “ongeveer 40% van de middelen” tot een andere uitkomst leidt. Alleszins staat het niet aan de Raad van State om die beleidsinschatting te maken.

9.5. Artikel 10 van het eerste bestreden besluit en artikel 12 van het tweede bestreden besluit regelen onder meer de dekkingsgraad voor nieuwkomers, in de tijd gespreid volgens een “uitrolschema”. Hierover is te lezen in het verslag aan de Koning (blz. 123.341; zie ook blz. 123.301):

“Het is daarentegen niet mogelijk, voor een nieuwkomer, om het niveau van 99,5% van bij het begin van de geldigheid van de gebruiksrechten te halen. Een nieuwkomer heeft tijd nodig om een heel nieuw netwerk uit te rollen.

Het uitrolschema, voor de dekkingsverplichtingen, is het volgende voor de nieuwkomers die over frequenties beschikken in de 900 MHz-band:

- 30% van de bevolking na 3 jaar;
- 70% van de bevolking na 6 jaar;
- 99,5% van de bevolking na 8 jaar.”

Het staat niet aan de Raad om te beoordelen of dit uitrolschema hetzelfde zou zijn, als de verwerende partij vooraf had geweten dat de

nieuwkomer geheel op eigen kracht in de markt moet komen zonder gereserveerd spectrum.

10. Gelet op die vaststellingen, valt de Raad van State de verwerende partij bij dat de bestreden besluiten zo al niet uit technisch oogpunt, dan zeker wel uit beleidsmatig oogpunt een onlosmakelijk geheel vormen. Het ligt niet op de weg van de Raad van State, door een partiële vernietiging, in te grijpen op de door de verwerende partij gewenste interne samenhang van de toewijzingsprocedure en het evenwicht dat zij heeft nagestreefd tussen de rechten van de bestaande operatoren en de intrede van een nieuwkomer. Het zou de Raad van State doen optreden als ware hij zelf regelgevend bestuur, door reglementaire besluiten gedeeltelijk in het rechtsverkeer te laten die nooit zo door de verwerende partij zijn geconcipieerd en waarvan niet is aangetoond dat zij ze ook zo had willen concipiëren.

11. De exceptie is gegrond.

BESLISSING

1. De Raad van State verwerpt het beroep.

2. De verzoekende partij wordt verwezen in de kosten van het beroep tot nietigverklaring, begroot op een rolrecht van 200 euro, een bijdrage van 22 euro en een rechtsplegingsvergoeding van 770 euro, die verschuldigd is aan de verwerende partij.

Dit arrest is uitgesproken te Brussel, in openbare terechtzitting van acht juni tweeduizend drieëntwintig, door de Raad van State, IXe kamer, samengesteld uit:

Geert Van Haegendoren,	kamervoorzitter,
Bruno Seutin,	staatsraad,
Stephan De Taeye,	staatsraad,

bijgestaan door

Vera Wauters,

griffier.

De griffier

De voorzitter

Vera Wauters

Geert Van Haegendoren