

ROYAUME DE BELGIQUE.

KONINKRIJK BELGIE.

AVIS DU CONSEIL D'ETAT.

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE.

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, neuvième chambre, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministre des Communications et des Entreprises publiques, le 29 décembre 1994, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas trois jours, sur un projet d'arrêté royal "relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie GSM", a donné le 6 janvier 1995 l'avis suivant:

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, negende kamer, op 29 december 1994 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Verkeerswezen en Overheidsbedrijven verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende het opzetten en exploiteren van GSM-mobilofonienetten", heeft op 6 januari 1995 het volgend advies gegeven :

Suivant l'article 84, alinéa 2, introduit par la loi du 15 octobre 1991 dans les lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, l'urgence qui permet au ministre de demander que l'avis de la section de législation soit donné dans un délai ne dépassant pas trois jours doit être spécialement motivée. En l'occurrence, elle l'est dans les termes suivants :

"Considérant que le traitement de ce dossier est urgent dans la mesure où le cahier des charges pour un deuxième opérateur de mobilophonie doit être rendu public dans les premières semaines de 1995 afin de permettre le développement d'un deuxième réseau GSM dans le second semestre 1995; considérant que la Commission européenne a mis en demeure la Belgique de respecter les règles de concurrence et, sous peine d'une action devant la Cour de Justice des Communautés européennes, d'ouvrir à court terme son marché de la mobilophonie à un deuxième opérateur, il me serait agréable que l'avis soit rendu dans le délai prescrit par l'article 84 des lois coordonnées précitées".

*

*

*

Dans le bref délai qui lui est imparti, le Conseil d'Etat doit se limiter à formuler les observations ci-après.

*

*

*

.../...

EXAMEN DU PROJET.Préambule.

1. Seul l'alinéa 2 constitue le fondement légal de l'arrêté en projet. Il doit être rédigé de la manière suivante :

"Vu la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, notamment l'article 89, §2bis, inséré par la loi du 12 décembre 1994;"

En conséquence, les alinéas 1er, 3 et 4 doivent être omis.

2. Par contre, doit être visé dans le préambule l'accord du Ministre du Budget avec mention de sa date.

C'est sous réserve de l'accomplissement de cette formalité, que le présent avis est donné.

Dispositif.Article 1er.

Le texte néerlandais devrait être rédigé en tenant compte des observations faites dans la version néerlandaise du présent avis.

.../...

Article 3.

Au paragraphe 1er, cet article prévoit que le ministre dispose du pouvoir de s'opposer à toute modification apportée à la structure ou au contrôle du capital de l'opérateur.

Il n'appartient pas au ministre de donner son accord à une modification de la structure ou du contrôle du capital de l'opérateur. Toutefois, il serait possible d'envisager un retrait de l'autorisation par le Conseil des ministres (1) si l'opérateur ne répond plus aux conditions générales et particulières de l'autorisation et, notamment, à celles prévues par l'article 21, § 1er, ceci sous réserve de l'observation qui sera faite à propos de cette disposition.

Sous réserve de ces observations, le texte néerlandais de la deuxième phrase devrait être rédigé ainsi qu'il est indiqué dans la version néerlandaise du présent avis.

Le texte néerlandais du paragraphe 2, alinéa 3, devrait être rédigé en tenant compte de l'observation faite dans la version néerlandaise du présent avis.

(1) C'est, en effet, au Conseil des ministres que l'article 89, § 2bis, de la loi confère le pouvoir d'accorder l'autorisation et, par suite, celui de la retirer.

Article 4.Paragraphe 5.

Le texte néerlandais de l'alinéa 1er devrait être rédigé en tenant compte de l'observation faite dans la version néerlandaise du présent avis.

L'alinéa 2 confère à l'opérateur le droit de refuser ou de suspendre l'accès au service, notamment, en cas de non paiement "présumé".

Cette hypothèse laisse perplexe. Il n'existe en effet aucune disposition légale instituant une présomption de non-paiement. Il appartient à l'opérateur de vérifier soigneusement si le paiement a ou non été effectué. En cas de refus ou de suspension alors que le paiement a eu lieu, l'opérateur engage sa responsabilité, en tant que responsable de la bonne organisation de ses services.

Paragraphe 6.

A l'alinéa 1er, sous le point g), il est question d'un délai "d'activation" des nouveaux abonnés. Ce néologisme doit être banni. Il convient de rédiger le texte français sur le modèle du texte néerlandais et d'utiliser les mots "de raccordement".

.../...

Article 7.Paragraphe 2.

Le texte néerlandais de l'alinéa 1er devrait être rédigé en tenant compte de l'observation faite dans la version néerlandaise du présent avis.

Article 10.Paragraphe 4.

Il n'appartient pas au Roi de régler l'emploi des langues par l'opérateur. La disposition doit être omise.

Article 13.Paragraphe 4.

Interrogé sur la portée de cette disposition, le fonctionnaire délégué a répondu ce qui suit :

"En ce qui concerne l'obligation pour Belgacom d'insérer contre rémunération les coordonnées des abonnés du second opérateur, celle-ci est basée sur le fait que probablement Belgacom conservera une position dominante sur le marché des annuaires et qu'il faut éviter qu'en refusant d'inclure les données des clients du second opérateur, elle ne puisse avantager sa filiale dont elle accepterait d'insérer les numéros dans ses annuaires".

.../...

Cette explication ne concorde pas avec le libellé de la disposition examinée qui donne à penser que l'opérateur a l'obligation de faire publier dans les annuaires de BELGACOM des mentions relatives au abonnés de son service, alors que, selon les explications fournies, la seule portée de la disposition est d'interdire à BELGACOM de refuser à l'opérateur l'accès à ses annuaires.

Pour supprimer cette discordance et traduire la volonté des auteurs du projet, il convient de rédiger la disposition de manière à faire apparaître clairement que l'opérateur a la faculté, mais non l'obligation, de recourir aux services de BELGACOM. Cette rédaction est du reste la seule compatible avec le respect du droit de la concurrence.

Article 17.

Paragraphe 1er.

Comme suite à l'observation qui a été formulée par la section de législation du Conseil d'Etat à propos du projet devenu la loi du 12 décembre 1994 modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques et la loi du 17 juin 1991 portant organisation du secteur public du crédit et de la détention des participations du secteur public dans certaines sociétés financières de droit privé, le Gouvernement a supprimé la disposition de l'article 89, § 2bis, B, alinéa 2, g), qui prévoyait que chaque cahier des charges porterait notamment

.../...

sur "les conditions donnant lieu à réquisition en vue de la sécurité publique" (2).

Les réquisitions ne peuvent avoir lieu que dans les cas et aux conditions prévues par les législations existantes en matière de réquisition.

L'alinéa 3 du paragraphe 1er, de la disposition examinée prévoit, en des termes généraux, que les réquisitions "ne donnent lieu à l'attribution d'aucune indemnité".

Une telle disposition n'est admissible qu'à la condition qu'elle soit conforme auxdites législations.

Si tel n'est pas le cas, la disposition doit être omise.

Si, par contre, il existe une base légale à cette disposition, elle doit être indiquée dans le rapport au Roi.

La même observation vaut pour les mesures d'interruption totale ou partielle du service de l'opérateur.

Article 18.

Paragraphe 5.

Le fonctionnaire délégué a confirmé que la disposition examinée ne confère en aucune manière à l'Institut un

(2) Doc. parl., Ch. Repr., sess. ord., 1993-1994, n° 1551/1.

pouvoir juridictionnel. L'Institut se limite à donner un avis motivé et cette procédure de conciliation, qui a pour but de faciliter un règlement rapide des conflits, n'est nullement exclusive des voies habituelles de règlement de conflit.

Article 21.

Paragraphe 1er.

Selon cette disposition, seuls les opérateurs qui ont leur "siège social dans un Etat membre de l'Espace Economique Européen et dont au maximum 49 % du capital est détenu par des entreprises de pays tiers à l'Espace Economique Européen", peuvent se porter candidats.

Dans le bref délai qui lui a été imparti, le Conseil d'Etat n'a pas été en mesure de vérifier si cette restriction était licite au regard du droit interne - à première vue, elle ne trouve pas son fondement dans l'article 89, § 2bis, de la loi du 21 mars 1991 précitée - et du droit conventionnel, encore que cette disposition réserve le cas des accords et conventions dont l'Etat Belge ou l'Union européenne est signataire.

.../...

Observation finale.

Le texte néerlandais de certaines dispositions du projet est susceptible d'amélioration. A titre d'exemple, quelques propositions de texte sont faites dans le présent avis.

Volgens artikel 84, tweede lid, dat bij de wet van 15 oktober 1991 is ingevoegd in de gecoördineerde wetten op de Raad van State, moet de minister, wanneer hij vraagt dat het advies van de afdeling wetgeving binnen een termijn van ten hoogste drie dagen wordt gegeven, dat verzoek om spoedbehandeling met bijzondere redenen omkleden. In het onderhavige geval luidt de motivering aldus :

"Considérant que le traitement de ce dossier est urgent dans la mesure où le cahier des charges pour un deuxième opérateur de mobilophonie doit être rendu public dans les premières semaines de 1995 afin de permettre le développement d'un deuxième réseau GSM dans le second semestre 1995; considérant que la Commission européenne a mis en demeure la Belgique de respecter les règles de concurrence et, sous peine d'une action devant la Cour de Justice des Communautés européennes, d'ouvrir à court terme son marché de la mobilophonie à un deuxième opérateur, il me serait agréable que l'avis soit rendu dans le délai prescrit par l'article 84 des lois coordonnées précitées".

*

* *

Binnen de korte termijn die de Raad van State is toegemeten, moet hij zich bepalen tot het maken van de volgende opmerkingen.

*

* *

.../...

ONDERZOEK VAN HET ONTWERP.Aanhef.

1. Alleen het tweede lid vormt de rechtsgrond van het ontworpen besluit. Het moet als volgt worden gesteld :

"Gelet op de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, inzonderheid op artikel 89, § 2bis, ingevoegd bij de wet van 12 december 1994;".

Het eerste, derde en vierde lid moeten bijgevolg vervallen.

2. Daarentegen dient in de aanhef te worden verwezen naar de fiatting van de Minister van Begroting, met vermelding van de datum ervan.

Onder voorbehoud van de naleving van dat vormvereiste is het dat dit advies wordt gegeven.

Bepalend gedeelte.Artikel 1.

In 13° schrijve men "houder" in plaats van "titularis" en in 17° "eventueel" in plaats van "gebeurlijk".

.../...

Artikel 3.

Paragraaf 1 van dit artikel bepaalt dat de minister bevoegd is om zich te verzetten tegen elke wijziging die wordt aangebracht in de structuur van of de controle op het kapitaal van de operator.

Het staat niet aan de minister om zijn goedkeuring te hechten aan een wijziging van de structuur van of de controle op het kapitaal van de operator. Het zou evenwel mogelijk zijn te voorzien in de intrekking van de vergunning door de Ministerraad (3) indien de operator niet meer voldoet aan de algemene en bijzondere voorwaarden om de vergunning te krijgen en inzonderheid aan die bepaald in artikel 21, § 1, onder voorbehoud van de opmerking die wordt gemaakt in verband met die bepaling.

Onder voorbehoud van deze opmerkingen schrijve men in de tweede zin : "Elke wijziging in de structuur van of de controle op ...".

In paragraaf 2, derde lid, schrijve men "op grond van een opzegging" in plaats van "mits een opzeg".

(3) Artikel 89, § 2bis, van de wet draagt immers aan de Ministerraad de bevoegdheid op om de vergunning te verlenen, en bijgevolg om ze in te trekken.

Artikel 4.Paragraaf 5.

In het eerste lid schrijve men "nadere regels" in plaats van "modaliteiten". Deze opmerking geldt voor heel het ontwerp.

In het tweede lid wordt de operator het recht verleend om de toegang tot de dienst te weigeren of te schorsen, onder meer wanneer "vermoed" wordt dat niet wordt betaald.

Die veronderstelling wekt verwondering. Er bestaat immers geen enkele wetsbepaling waarbij een vermoeden van niet-betaling wordt ingevoerd. Het staat aan de operator zorgvuldig na te gaan of de betaling al dan niet is verricht. In geval van weigering of schorsing als de betaling is verricht, rust de verantwoordelijkheid op de operator als verantwoordelijke voor de goede werking van zijn diensten.

Paragraaf 6.

In het eerste lid, onder punt g), van de Franse tekst is er sprake van een "'délai d'activation" des nouveaux abonnés". Het neologisme "délai d'activation" moet worden geweerd. De Franse tekst dient te worden geredigeerd naar het voorbeeld van de Nederlandse tekst en de woorden "de raccordement" dienen te worden gebruikt.

.../...

Artikel 7.Paragraaf 2.

In het eerste lid schrijve men : "goedgekeurd worden door" in plaats van "het akkoord krijgen van".

Artikel 10.Paragraaf 4.

Het komt de Koning niet toe het gebruik van de talen te regelen ten aanzien van de operator. De bepaling moet vervallen.

Artikel 13.Paragraaf 4.

Op de vraag naar de betekenis van die bepaling heeft de gemachtigde ambtenaar het volgende geantwoord :

"En ce qui concerne l'obligation pour Belgacom d'insérer contre rémunération les coordonnées des abonnés du second opérateur, celle-ci est basée sur le fait que probablement Belgacom conservera une position dominante sur le marché des annuaires et qu'il faut éviter qu'en refusant d'inclure les données des clients du second opérateur, elle ne puisse avantager sa filiale dont elle accepterait d'insérer les numéros dans ses annuaires".

.../...

Die uitleg stemt niet overeen met de formulering van de onderzochte bepaling, die de indruk wekt dat de operator verplicht is in de telefoongidsen van BELGACOM vermeldingen te laten publiceren met betrekking tot abonnees van zijn dienst, terwijl volgens de verstrekte uitleg de bepaling er alleen toe strekt BELGACOM te verbieden de operator de toegang tot haar telefoongidsen te weigeren.

Om die discrepantie ongedaan te maken en de wil van de stellers van het ontwerp te kennen te geven, dient de bepaling zo te worden gesteld dat er duidelijk uit blijkt dat de operator de mogelijkheid heeft, doch niet de verplichting, om een beroep te doen op de diensten van BELGACOM. Alleen die redactie is overigens bestaanbaar met de inachtneming van het mededingingsrecht.

Artikel 17.

Paragraaf 1.

Als gevolg van de opmerking die door de afdeling wetgeving van de Raad van State is gemaakt in verband met het ontwerp dat de wet van 12 december 1994 tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven en van de wet van 17 juni 1991 tot organisatie van de openbare kredietsector en van het bezit van de deelnemingen van de openbare sector in bepaalde privaatrechtelijke financiële vennootschappen is geworden, heeft de Regering de bepaling geschrapt van artikel 89, § 2bis, B, tweede lid, g), waarin werd bepaald

.../...

dat in elk bestek onder meer "de voorwaarden die aanleiding geven tot opvordering met het oog op de openbare veiligheid" zouden worden bepaald (4).

De opvorderingen mogen slechts geschieden in de gevallen en onder de voorwaarden bepaald in de bestaande wetgeving inzake opvordering.

Het derde lid van paragraaf 1 van de onderzochte bepaling bepaalt in algemene bewoordingen dat voor de opvorderingen "geen enkele vergoeding (wordt) toegekend".

Zulk een bepaling is alleen aanvaardbaar op voorwaarde dat zij conform de genoemde wetgeving is.

Indien zulks niet het geval is moet de bepaling vervallen.

Indien die bepaling daarentegen een rechtsgrond heeft, dient deze te worden vermeld in het verslag aan de Koning.

Dezelfde opmerking geldt voor de maatregelen inzake gehele of gedeeltelijke onderbreking van de dienst van de operator.

(4) Gedr. St., Kamer, gew. zitt. 1993-1994, nr. 1551/1.

Artikel 18.Paragraaf 5.

De gemachtigde ambtenaar heeft bevestigd dat de onderzochte bepaling het Instituut geenszins rechterlijke macht verleent. Het Instituut bepaalt zich tot het geven van een gemotiveerd advies en die verzoeningsprocedure, die tot doel heeft geschillen snel te beslechten, sluit geenszins uit dat geschillen langs de gewone weg worden beslecht.

Artikel 21.Paragraaf 1.

Volgens deze bepaling kunnen alleen de operators die "hun maatschappelijke zetel hebben in een Lid-Staat van de Europese Economische Ruimte en waarvan ten hoogste 49 % van het kapitaal in handen is van ondernemingen uit derde landen buiten de Europese Economische Ruimte" een aanvraag indienen.

Binnen de korte termijn die de Raad van State is toegemeten, heeft hij niet kunnen nagaan of die beperking wettig is naar intern recht - op het eerste gezicht wordt de rechtsgrond ervan niet opgeleverd door artikel 89, § 2bis, van de voormelde wet van 21 maart 1991 - en naar verdragsrecht, alhoewel de bepaling van paragraaf 1 voorbehoud maakt ten aanzien van de akkoorden en verdragen die de Belgische Staat of de Europese Unie hebben ondertekend.

.../...

Slotopmerking.

De Nederlandse tekst van sommige bepalingen van het ontwerp is voor verbetering vatbaar. Bij wijze van voorbeeld worden in dit advies een aantal tekstvoorstellen gedaan.

La chambre était composée de :

De kamer was samengesteld uit :

Messieurs
de Heren

R. ANDERSEN,

président de chambre,
kamervoorzitter,

C. WETTINCK,
Y. KREINS,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

Madame
Mevrouw

M. PROOST,

greffier,
griffier.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de M. R. ANDERSEN.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. R. ANDERSEN.

Le rapport a été présenté par M. J. REGNIER, premier auditeur. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par M. R. HENSENNE, référendaire adjoint.

Het verslag werd uitgebracht door de H. J. REGNIER, eerste auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door de H. R. HENSENNE, adjunct-referendaris.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

M. PROOST.

R. ANDERSEN.