

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, Ministre des Communications et des Entreprises publiques, le 6 janvier 1995, d'une demande d'avis sur un projet d'arrêté royal "relatif à l'établissement et à l'exploitation du réseau de mobilophonie MOB2", a donné le 28 juin 1995 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, negende kamer, op de 6 januari 1995 door de Vice-Eerste Minister, Minister van Verkeerswezen en Overheidsbedrijven verzocht hem van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende de aanleg en de exploitatie van het MOB2-mobilofonienet", heeft op 28 juni 1995 het volgend advies gegeven :

L'article 89, § 2bis, inséré par la loi du 12 décembre 1994 dans la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, est rédigé comme suit :

"§ 2bis. Par dérogation à l'article 84, le Roi peut, si cela, d'une part, répond à un besoin d'intérêt général et, d'autre part, est compatible avec le bon accomplissement par BELGACOM des missions et tâches de service public qui lui sont confiées et avec les contraintes tarifaires et de desserte géographique qui en résultent, établir, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, sur proposition du Ministre, après avis de l'Institut, pour chaque catégorie de service de mobilophonie qu'il détermine, le cahier des charges de service public qui s'y rapporte ainsi que la procédure relative à l'attribution de chaque autorisation, y compris la redevance pour l'analyse des dossiers de candidature.

Chaque cahier des charges portera sur :

- a) la nature, les caractéristiques et la zone de couverture du service concerné;
- b) les conditions minimales de permanence, de qualité et de disponibilité de ce service;
- c) les conditions relatives à la protection des abonnés et des données;
- d) les normes et spécifications minimales du réseau et du service à respecter;
- e) l'utilisation des fréquences allouées;
- f) le plan de numérotage;
- g) le montant minimum du droit unique de concession pour le droit d'établir un réseau et d'offrir le service en cause;

.../...

h) les redevances périodiques entre autres pour l'utilisation du spectre radioélectrique, et les conditions financières de la gestion de l'autorisation et du contrôle des fréquences;

i) les conditions d'interconnexion et, le cas échéant, le principe du paiement de charges d'accès au réseau public, sur base du prix de revient réel augmenté d'un bénéfice normal;

j) les conditions d'exploitation commerciale nécessaires pour assurer une concurrence loyale et l'égalité de traitement des usagers, ainsi que les principes de fixation des tarifs, dans le respect de l'exercice d'une concurrence loyale;

k) la durée, les conditions de cessation et de renouvellement de l'autorisation;

l) les sanctions en cas de non-respect des conditions de l'autorisation.

Le Ministre, après avis de l'Institut, soumet au Conseil des Ministres une liste des offres visant à établir et exploiter un réseau radioélectrique de mobilophonie en vue de fournir un service de mobilophonie. Le Conseil des Ministres choisit l'opérateur et accorde l'autorisation d'établir et d'exploiter ledit réseau.

Chaque autorisation fixe les conditions d'établissement du réseau ainsi que celles de la fourniture du service concerné. Ces conditions ne pourront pas être moins contraignantes que les prescriptions contenues dans le cahier des charges de service public applicable, compte tenu de l'offre retenue.

Moyennant le respect par BELGACOM ou, le cas échéant, par ses filiales, de chaque cahier des charges de service public, imposé à un autre opérateur autorisé par le Ministre à fournir un service donné de mobilophonie, l'octroi d'une telle autorisation se fera sans préjudice de l'exploitation, par BELGACOM ou par une de ses filiales, de ce même service, lorsque son exploitation est déjà en cours à la date où cette autorisation est accordée.

.../...

Le Ministre, sur proposition de l'Institut, fixe les conditions auxquelles chaque cahier des charges s'appliquera au service concerné de mobilophonie déjà exploité par BELGACOM ou par une de ses filiales. Ces conditions tiendront compte de la nécessité de préserver l'égalité entre BELGACOM et ses concurrents".

Il apparaît de cette disposition que la libéralisation du marché de la mobilophonie passe par trois étapes successives.

D'abord un arrêté, délibéré en Conseil des ministres, établit, sur proposition du ministre ayant la matière dans ses attributions et après avis de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications, pour chaque catégorie de service de mobilophonie que le Roi détermine, le cahier des charges de service public qui s'y rapporte ainsi que la procédure relative à l'attribution de chaque autorisation.

Ensuite, le ministre, après avis de l'Institut précité, soumet au Conseil des ministres une liste des offres émanant des candidats opérateurs. Le Conseil des ministres choisit parmi ceux-ci celui dont l'offre lui, paraît la plus intéressante et lui accorde l'autorisation d'établir et d'exploiter un réseau radioélectrique de mobilophonie.

Enfin, le cahier des charges précité est, moyennant, le cas échéant, certaines adaptations, rendu obligatoire au service concerné de mobilophonie déjà exploité par BELGACOM ou par une de ses filiales, de manière à préserver l'égalité entre BELGACOM et son concurrent.

.../...

Le projet d'arrêté royal soumis à la consultation de la section de législation du Conseil d'Etat ne se conforme pas à cette procédure.

En effet, la libéralisation du marché de la mobilophonie, plus précisément du réseau MOB2, ne se traduit pas, en l'espèce, par l'autorisation accordée à un opérateur privé d'établir et d'exploiter un tel réseau en concurrence avec BELGACOM, mais simplement par la substitution au contrat de gestion, conclu par le Gouvernement fédéral avec BELGACOM en matière de mobilophonie (MOB2), d'un autre document qualifié de "cahier des charges". Ce document ne sert pas à recueillir les offres d'autres opérateurs et -a fortiori- ne détermine pas les conditions dans lesquelles l'opérateur privé, dont l'offre a été considérée comme la plus intéressante, exploitera un réseau MOB2 en concurrence avec BELGACOM. De même, il ne subit aucune adaptation en vue d'être appliqué à BELGACOM, puisque, en l'occurrence, cette dernière est et reste le seul exploitant du réseau MOB2.

De la sorte, il n'est en aucune façon mis fin au monopole dont bénéficiait jusqu'à présent et bénéficie encore la société anonyme de droit public BELGACOM. Le marché n'est pas ouvert à la concurrence. Il suffit pour s'en convaincre de lire l'article 1er, 13°, seconde phrase, et l'article 19, alinéa 2, de l'arrêté en projet.

Interrogé à ce sujet, le fonctionnaire délégué a expliqué ce qui suit :

.../...

"Le système NMT-450 étant techniquement dépassé, il n'y a aucune chance qu'un nouvel opérateur ne demande une autorisation pour exploiter un tel service. Seul le réseau exploité par BELGACOM sera donc visé par le cahier des charges. Il n'y aura dès lors pas lieu d'établir une procédure d'attribution d'une autre licence. De même, l'arrêté royal établissant le cahier des charges peut être directement applicable à BELGACOM ou à sa filiale sans que ne soit nécessaire la prise d'un arrêté ministériel comme ce doit être le cas du cahier des charges GSM (art. 89, § 2bis, dernier alinéa). Il est dès lors possible de maintenir la seconde partie de l'art. 1, 13°, tout en supprimant le second alinéa de l'article 19".

Invité également à s'expliquer sur la conformité de l'arrêté royal en projet avec la réglementation communautaire européenne, le même a déclaré ce qui suit :

"La décision de ne pas ouvrir à la concurrence le service de mobilophonie basé sur une technologie analogique est essentiellement motivée par le caractère obsolète de ces technologies analogiques. A cet élément, il convient d'ajouter qu'il serait très difficile d'attribuer des fréquences à un second opérateur dans la bande des 450 Mhz où devrait fonctionner un hypothétique second réseau. Il est probable que ces différentes raisons expliquent que la Commission européenne n'ait demandé aux autorités belges que l'ouverture du service rendu sur base de la norme GSM".

Les explications ainsi données sont de pur fait; elles ne sont pas de nature à renverser les objections proprement juridiques déduites de l'article 89, § 2bis, précité de la loi du 21 mars 1991.

De surcroît, il est à la connaissance du Conseil d'Etat qu'un projet de directive européenne est actuellement en préparation qui vise à libéraliser davantage encore les

.../...

services de la mobilophonie, notamment, en autorisant les opérateurs privés à établir leur propre réseau, à utiliser des réseaux alternatifs ou encore à se connecter directement avec des opérateurs installés sur le territoire d'autres Etats membres de l'Union européenne.

L'arrêté examiné, singulièrement son article 12, va à l'encontre de ce projet de directive.

En conclusion, l'arrêté en projet doit être fondamentalement revu à la lumière des observations qui précèdent.

Lors de cette révision, il sera tenu compte, pour le surplus, des observations qui ont déjà été formulées par la Conseil d'Etat dans son avis L. 24.007/9 donné le 6 janvier 1995 sur le projet d'arrêté, devenu l'arrêté royal du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie GSM (1).

(1) Avis publié au Moniteur belge du 25 mai 1995.

Artikel 89, § 2bis, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, ingevoegd door de wet van 12 december 1994, bepaalt :

"§ 2bis. In afwijking van artikel 84 kan de Koning, bij een in Ministerraad overlegd besluit, op voorstel van de Minister, na advies van het Instituut, wanneer dit enerzijds beantwoordt aan een behoefte van algemeen belang, en anderzijds verenigbaar is met de behoorlijke uitvoering door BELGACOM van de opdrachten en taken van openbare dienst welke haar zijn toevertrouwd en met de verplichtingen inzake tarieven en inzake geografische verspreiding die eruit voortvloeien, voor elke categorie van mobilifoondienst die Hij bepaalt, het bestek van openbare dienst opstellen dat ermee verband houdt, alsook de procedure inzake de toekenning van elke vergunning, met inbegrip van het recht verschuldigd voor het onderzoek van de kandidaatsdossiers.

Elk bestek zal slaan op :

- a) de aard, de karakteristieken en de verspreidingszone van de betrokken dienst;
- b) de minimumvoorwaarden inzake permanentie, kwaliteit en beschikbaarheid van deze dienst;
- c) de voorwaarden met betrekking tot de bescherming van de abonnees en van de gegevens;
- d) de minimale normen en specificaties van het net en van de dienst die moeten worden nageleefd;
- e) het gebruik van de toegewezen frequenties;
- f) het nummeringsplan;
- g) het minimum bedrag van het unieke concessierecht voor het recht om een netwerk aan te leggen en de dienst in kwestie aan te bieden;

.../...

h) de periodieke rechten onder meer voor het gebruik van het radio-elektrisch spectrum, en de financiële voorwaarden van het beheer van de vergunning en van het toezicht op de frequenties;

i) de voorwaarden inzake onderlinge verbinding en, in voorkomend geval, het principe van het betalen van lasten voor toegang tot het openbare net, op basis van de werkelijke kostprijs verhoogd met een normale winst;

j) de voorwaarden inzake commerciële exploitatie ter vrijwaring van een eerlijke mededinging en van de gelijke behandeling van de gebruikers, alsook de beginselen inzake de vastlegging van de tarieven, met respect voor het voeren van een eerlijke mededinging;

k) de duur, de voorwaarden met betrekking tot de beëindiging, en de hernieuwing van de vergunning;

l) de sancties bij niet-naleving van de voorwaarden van de vergunning.

De Minister legt, na advies van het Instituut, aan de Ministerraad een lijst voor van de offertes om een radio-elektrisch mobilfoonnet aan te leggen en te exploiteren met de bedoeling een mobilfoondienst te leveren. De Ministerraad kiest de operator en verleent de vergunning om dat netwerk aan te leggen en te exploiteren.

Elke vergunning legt de voorwaarden vast voor de aanleg van het net alsmede voor het leveren van de betrokken dienst. Deze voorwaarden mogen niet minder dwingend zijn dan de voorschriften vervat in het toepasselijke bestek van openbare dienst, rekening houdend met de in aanmerking genomen offerte.

Op voorwaarde van naleving door BELGACOM, of, in voorkomend geval, door haar dochterondernemingen, van elk bestek van openbare dienst opgelegd aan een andere operator door de Minister gemachtigd om een gegeven mobilfoondienst te leveren, zal de toekenning van een dergelijke vergunning niet ten nadele geschieden van de exploitatie door BELGACOM of door een van haar dochterondernemingen van dezelfde dienst, wanneer deze

.../...

exploitatie reeds plaatsvond op de datum waarop de vergunning wordt toegekend.

De Minister legt, op voorstel van het Instituut, de voorwaarden vast waaronder elk bestek zal toegepast worden op de betrokken dienst van mobilofonie die reeds wordt geëxploiteerd door BELGACOM of door één van haar dochterondernemingen. Deze voorwaarden zullen rekening houden met de noodzaak de gelijkheid te waarborgen tussen BELGACOM en haar concurrenten".

Uit die bepaling blijkt dat de liberalisering van de mobilofoniemarkt in drie opeenvolgende fasen verloopt.

Eerst stelt, op de voordracht van de minister tot wiens bevoegdheid deze aangelegenheid behoort en na advies van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie, een in Ministerraad overlegd besluit voor elke categorie van mobilofoondienst die de Koning bepaalt het bestek van openbare dienst op dat ermee verband houdt, alsook de procedure inzake de toekenning van elke vergunning.

Vervolgens legt de minister, na advies van het voornoemde Instituut, aan de Ministerraad een lijst voor van de offertes van de kandidaat-operatoren. De Ministerraad kiest uit dezen diegene wiens offerte hem de interessantste lijkt en verleent hem de vergunning om een radio-elektrisch mobilofoonnet aan te leggen en te exploiteren.

Ten slotte wordt het voornoemde bestek, onder voorbehoud van mogelijke aanpassingen, dwingend voor de betrokken mobilofoondienst die reeds geëxploiteerd wordt door BELGACOM of door één van haar dochtermaatschappijen, zodat

.../...

de gelijkheid tussen BELGACOM en haar concurrent wordt gewaarborgd.

Het om advies aan de afdeling wetgeving van de Raad van State voorgelegde ontwerp van koninklijk besluit is niet in overeenstemming met deze procedure.

De liberalisering van de mobilofoniemarkt, inzonderheid de markt van het MOB2-net, wordt in het onderhavige geval immers niet bewerkstelligd door de toekenning van een vergunning aan een private operator om in concurrentie met BELGACOM zulk een net aan te leggen en te exploiteren, doch eenvoudigweg door een stuk, "bestek" genaamd, in de plaats te stellen van het beheerscontract dat de federale Regering op het gebied van mobilofonie (MOB2) met BELGACOM heeft gesloten. Dat "bestek" is niet bedoeld om de offertes van andere operatoren te ontvangen, en nog minder bepaalt het onder welke voorwaarden de private operator wiens offerte als de interessantste is beschouwd, een MOB2-net in concurrentie met BELGACOM zal exploiteren. Zo ook wordt het geenszins aangepast om op BELGACOM te worden toegepast, daar in het onderhavige geval BELGACOM de enige exploitant van het MOB2-net is en blijft.

Aldus wordt er geenszins een eind gemaakt aan het monopolie dat de publiekrechtelijke naamloze vennootschap BELGACOM tot dusver genoot en nog steeds geniet. De markt wordt niet voor de concurrentie opengesteld. Daartoe is het voldoende artikel 1, 13°, tweede zin, en artikel 19, tweede lid, van het ontworpen besluit te lezen.

.../...

Daarover om uitleg gevraagd, heeft de gemachtigde ambtenaar het volgende verklaard :

"Le système NMT-450 étant techniquement dépassé, il n'y a aucune chance qu'un nouvel opérateur ne demande une autorisation pour exploiter un tel service. Seul le réseau exploité par BELGACOM sera donc visé par le cahier des charges. Il n'y aura dès lors pas lieu d'établir une procédure d'attribution d'une autre licence. De même, l'arrêté royal établissant le cahier des charges peut être directement applicable à BELGACOM ou à sa filiale sans que ne soit nécessaire la prise d'un arrêté ministériel comme ce doit être le cas du cahier des charges GSM (art. 89, § 2bis, dernier alinéa). Il est dès lors possible de maintenir la seconde partie de l'art. 1, 13°, tout en supprimant le second alinéa de l'article 19".

Op de vraag of het ontworpen koninklijk besluit conform de Europese communautaire regelgeving is, heeft diezelfde ambtenaar het volgende gesteld :

"La décision de ne pas ouvrir à la concurrence le service de mobilophonie basé sur une technologie analogique est essentiellement motivée par le caractère obsolète de ces technologies analogiques. A cet élément, il convient d'ajouter qu'il serait très difficile d'attribuer des fréquences à un second opérateur dans la bande des 450 Mhz où devrait fonctionner un hypothétique second réseau. Il est probable que ces différentes raisons expliquent que la Commission européenne n'ait demandé aux autorités belges que l'ouverture du service rendu sur base de la norme GSM".

Deze toelichtingen zijn louter feitelijk; zij kunnen de zuiver juridische bezwaren afgeleid uit het voornoemde artikel 89, § 2bis, van de wet van 21 maart 1991 niet weerleggen.

.../...

Bovendien is het de Raad van State bekend dat thans een ontwerp van Europese richtlijn in voorbereiding is dat de mobilifoondiensten nog verder beoogt te liberaliseren, onder meer door de private operatoren toe te staan hun eigen net aan te leggen, alternatieve netten te gebruiken of zich rechtstreeks aan te sluiten bij operatoren die op het grondgebied van andere Lid-Staten van de Europese Unie gevestigd zijn.

Het onderzochte besluit, inzonderheid artikel 12 ervan, druist in tegen dat ontwerp van richtlijn.

De conclusie is dan ook dat het ontworpen besluit fundamenteel moet worden herzien in het licht van de vorenstaande opmerkingen.

Bij die herziening moet voorts rekening worden gehouden met de opmerkingen die de Raad van State reeds gemaakt heeft in zijn advies L. 24.007/9, dat op 6 januari 1995 verstrekt is over het ontwerp van besluit dat het koninklijk besluit van 7 maart 1995 betreffende het opzetten en exploiteren van GSM-mobilofonienetten is geworden (2).

(2) Advies bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad van 25 mei 1995.

La chambre était composée de :

Messieurs R. ANDERSEN,
de Heren

C. WETTINCK,
P. LIENARDY,

J. DE GAVRE,

F. DELPEREE,

Madame
Mevrouw

M. PROOST,

De kamer was samengesteld uit :

président de chambre,
kamervoorzitter,

conseillers d'Etat,
staatsraden,

assesseurs de la
section de législation,
assessoren van de
afdeling wetgeving,

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. M. BAUWENS, 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. M. BAUWENS, adjunct-referendaris.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

M. PROOST.

R. ANDERSEN.