ROYAUME DE BELGIQUE

KONINKRIJK BELGIE

AVIS DU CONSEIL D'ETAT

ADVIES VAN DE RAAD VAN STATE

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre des Télécommunications, le 16 septembre 1997, 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 DCS1800", a donné le 19 septembre 1997 l'avis suivant :

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, vierde kamer, op 16 september 1997 door de Minister van Telecommunicatie verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste drie dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende het opzetten en de exploitatie van DCS1800-mobilofonienetten", heeft op 19 september 1997 het volgende advies gegeven :

Conformément à article 84, alinéa 2, des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, la section de législation s'est limitée aux observations ci-après.

OBSERVATION PRELIMINAIRE

L'article 8 de la directive 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil du 10 avril 1997 relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications, ainsi que l'annexe à cette directive, définissent les conditions qui peuvent être attachées à l'octroi de licences individuelles telles que celles prévues par le présent projet.

Dans le bref délai qui lui est imparti, la section de législation n'a pas pu contrôler si l'ensemble des conditions qui constituent le cahier des charges en projet satisfont aux exigences de cette directive.

EXAMEN DU PROJET

Préambule

Alinéa 5

Cet alinéa doit être omis. En effet, l'arrêté royal du 7 mars 1995 ne constitue en aucun cas le fondement légal de l'arrêté en projet et n'est pas modifié par lui.

Alinéas 6, 7, 8

Il conviendra de compléter ces alinéas par les dates des avis et de l'accord qui y sont visés. On écrira :

"Vu l'avis de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications, donné le 2 septembre 1997;

Vu l'avis de l'inspecteur des finances, donné le 2 septembre 1997;

Vu l'accord du Ministre du Budget, donné le 15 septembre 1997;".

Alinéa 9

Il convient de reproduire littéralement la motivation spéciale de l'urgence figurant dans la lettre de demande d'avis adressée au Conseil d'Etat :

"Vu l'urgence motivée par la nécessité d'assurer au plus tôt la transposition complète de la directive 96/2/CE de la Commission du 16 janvier 1996 modifiant la directive 90/388/CEE en ce qui concerne les communications mobiles et personnelles et en particulier son article 2 qui demande de ne pas refuser d'octroyer de licences en l'espèce avant le 1er janvier 1998;".

Alinéa 10

Cet alinéa sera complété par la date de l'avis du Conseil d'Etat.

Dispositif

Article 1er

Le projet d'arrêté examiné ayant pour objet de transposer en droit interne des directives communautaires, il est impérieux que la terminologie utilisée, notamment pour les définitions, soit identique à celle employée dans lesdites directives.

Article 3

Le paragraphe 1er prévoit que l'autorisation est personnelle et incessible. Une telle règle est contraire à l'article 89, § 7, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques qui dispose que la cession d'un service non-réservé est libre moyennant déclaration à l'Institut (1).

Article 4

(1) Voir, dans le même sens, l'avis L. 26.509/9, donné le 9 juin 1997 sur un projet d'arrêté royal "relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de radiomessagerie ERMES".

1. Au paragraphe 2, les mots "éventuelle" et "le cas échéant" doivent être supprimés.

2. Au paragraphe 4, alinéa 2, il n'est pas admissible que le seul opérateur exploitant d'un réseau de mobilophonie DCS 1800 puisse refuser l'accès au service ou le suspendre sur la base de la simple présomption que l'abonné pourrait frauder ou ne pas payer les factures qui lui seraient adressées.

Article 8

Le paragraphe 5, alinéa 3, prévoit le paiement d'une "redevance de première mise à disposition des fréquences" pour couvrir les frais encourus par le Ministère de la Défense nationale pour la libération des fréquences nécessaires à la mise en oeuvre des réseaux DCS 1800.

L'article 89, § 2bis, de la loi du 21 mars 1991 prévoit seulement, d'une part, un "droit unique de concession pour le droit d'établir un réseau et d'offrir le service en cause" et, d'autre part, "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".

La "redevance de première mise à disposition des fréquences" ne constitue ni le droit unique de concession dont le montant minimum est prévu à l'article 15, § 1er, du

projet, ni une redevance périodique liée à l'utilisation des fréquences ou à la gestion de l'autorisation et du contrôle des fréquences. Elle est donc dépourvue de fondement légal.

Article 9

Cette disposition impose des obligations aux autres opérateurs de mobilophonie en octroyant, sous certaines conditions, au titulaire de l'autorisation un droit d'accès à leurs sites d'antennes.

Le projet, qui définit les conditions de l'autorisation d'exploiter un service de télécommunication, conditions dont le non-respect est sanctionné par le retrait de l'autorisation, ne peut avoir pour objet d'imposer des obligations à des tiers.

Le Roi peut, toutefois, imposer cette obligation d'accorder l'accès aux sites d'antennes, aux autres opérateurs de mobilophonie, puisque ces derniers sont aussi soumis à autorisation. Les mêmes dispositions figurent du reste dans le projet d'arrêté royal modifiant l'arrêté royal du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie, qui fait également l'objet d'une demande d'avis (L. 26.924/4).

Il convient dès lors de reformuler ces dispositions en définissant le partage obligatoire des sites d'antenne, non pas comme un droit du titulaire de l'autorisation, mais bien comme une obligation à l'égard des autres opérateurs.

Par ailleurs, il y a contradiction entre les paragraphes 1er et 2 et les paragraphes 3 et 4 de l'article examiné. En effet, d'après les explications fournies au Conseil d'Etat, l'intention des auteurs du projet, telle qu'elle ressort du rapport au Roi, est d'imposer aux différents opérateurs une obligation de partager des sites; ce n'est que dans l'hypothèse où des raisons d'ordre technique impérieuses l'exigeraient que l'opérateur DCS 1800 pourrait avoir ses propres sites. Il s'ensuit que l'article doit être fondamentalement revu pour lever cette contradiction et refléter de manière exacte l'intention de ses auteurs.

Articles 12 et 13

Il est fait référence à l'avis L. 26.590/4 qui sera donné le 22 septembre 1997 sur un projet d'arrêté royal "réglant les délais et principes applicables aux négociations commerciales menées en vue de conclure des accords d'interconnexion".

Article 14

Le paragraphe 2 prévoit, en son alinéa 2, la conclusion, entre l'opérateur DCS 1800 et le Ministre des Télécommunications, d'une convention "relative à l'évolution des tarifs".

Le principe d'une telle convention est dénué de tout fondement légal. L'article 89, § 2bis, de la loi du 21 mars 1991 prévoit seulement que le cahier des charges doit établir "les principes de fixation des tarifs".

La portée de cette "convention" est en outre obscure, dès lors que les autres dispositions du même paragraphe 2 stipulent qu'un indice, représentant le prix global moyen des services offerts par l'opérateur, est établi par l'Institut, que cet indice ne peut augmenter plus rapidement que l'indice des prix à la consommation, sauf dérogations accordées par le ministre, et que toute adaptation des prix des services offerts doit être communiquée préalablement à l'Institut qui dispose d'un mois pour faire valoir ses objections.

Un tel système de contrôle permanent des tarifs pratiqués par l'opérateur déroge à la réglementation générale des prix et ne trouve aucun fondement légal dans l'article 89, § 2bis précité.

Article 15

Le droit unique de concession dont il est question à cet article est celui prévu par la loi du 21 mars 1991 précitée en son article 89, § 2bis, alinéa 2, g), lequel dispose que le cahier des charges portera, notamment, sur "le montant minimum du droit unique de concession pour le droit d'établir un réseau et d'offrir le service en cause".

En vertu de l'article 11 de la directive 97/13/CE précitée, peuvent seules être perçues des "taxes imposées aux entreprises au titre de procédures d'autorisation", qui doivent avoir "uniquement pour objet de couvrir les frais administratifs afférents à la délivrance, à la gestion, au contrôle et à l'application des licences individuelles", ainsi que des taxes établies "pour tenir compte de la nécessité d'assurer une utilisation optimale" d'une ressource rare. En l'espèce, le droit de concession visé à l'article 15 du projet est étranger à ces redevances.

Selon le fonctionnaire délégué, ce droit trouve sa justification dans l'obligation faite aux Etats membres d'accorder des autorisations sans discrimination et, concrètement, dans le fait que les deux premiers opérateurs de réseaux de mobilophonie ont été tenus d'acquitter un droit de concession s'élevant à neuf milliards de francs.

Le rapport au Roi précédant l'arrêté en projet est plus précis :

> "... Le montant minimum est fixé en tenant compte à la fois du droit de concession déjà acquitté par les deux premiers opérateurs de mobilophonie en Belgique, des différences technologiques entre les systèmes GSM à 900 MHz et DCS1800 à 1800 MHz et des objectifs de couverture fixés dans l'article 6 du présent arrêté.".

Dans le bref délai de trois jours qui lui a été imparti, le Conseil d'Etat n'a pas pu vérifier si l'exigence de ce droit est encore compatible avec la législation communautaire dans son état actuel et, pas davantage, si le montant de minimum huit milliards de francs est justifié eu égard à l'objectif poursuivi.

Article 16

La redevance prévue au paragraphe 5 de l'article examiné appelle la même observation que celle formulée à propos de l'article 8.

Article 24

En tant que le cautionnement est destiné à garantir le paiement des pénalités qui pourraient être infligées à l'opérateur DCS 1800, ce cautionnement ne trouve pas de fondement dans la loi.

Le paragraphe 4 doit, dès lors, être omis.

Overeenkomstig artikel 84, tweede lid, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State heeft de afdeling wetgeving zich beperkt tot het maken van de volgende opmerkingen.

VOORAFGAANDE OPMERKING

In artikel 8 van richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten en in de bijlage bij die richtlijn worden de voorwaarden gedefinieerd die kunnen worden gesteld aan de toekenning van individuele vergunningen zoals die welke in het onderhavige ontwerp worden bedoeld.

Binnen de korte tijd die haar is toegemeten, heeft de afdeling wetgeving niet kunnen nagaan of alle voorwaarden die het ontworpen bestek vormen aan de eisen van die richtlijn voldoen.

ONDERZOEK VAN HET ONTWERP

Aanhef

Vijfde lid

Dit lid behoort te vervallen. Het koninklijk besluit van 7 maart 1995 vormt immers geenszins de rechtsgrond van het ontworpen besluit en wordt er evenmin door gewijzigd.

Zesde, zevende en achtste lid

Deze leden behoren te worden aangevuld met de datums van de adviezen en de akkoordbevinding waarnaar daarin wordt verwezen. Men schrijve :

"Gelet op het advies van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie, gegeven op 2 september 1997;

Gelet op het advies van de inspecteur van financiën, gegeven op 2 september 1997;

Gelet op het akkoord van de minister van Begroting van 15 september 1997;".

Negende lid

De bijzondere motivering van de dringende noodzakelijkheid zoals ze voorkomt in de aan de Raad van State gezonden brief met de adviesaanvraag dient letterlijk te worden overgenomen.

Men schrijve derhalve :

"Gelet op de dringende noodzakelijkheid, gemotiveerd door ...".

Tiende lid

Dit lid behoort te worden aangevuld met de datum van het advies van de Raad van State.

Bepalend gedeelte

Artikel 1

Aangezien het onderzochte ontwerp-besluit tot doel heeft Europese richtlijnen in het interne recht om te zetten, is het strikt noodzakelijk om, inzonderheid voor de definities, dezelfde terminologie te gebruiken als in de voormelde richtlijnen.

Artikel 3

Paragraaf 1 bepaalt dat de vergunning persoonlijk is en niet kan worden overgedragen. Zulk een regel is in tegenspraak met artikel 89, § 7, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven dat bepaalt dat de overdracht van een niet-gereserveerde dienst vrij is voor zover ze bij het Instituut wordt aangegeven (1).

---

(1) Zie in dezelfde zin advies L. 26.509/9 dat op 9 juni 1997 is gegeven over een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende het opzetten en exploiteren van ERMES-Semafoonnetten".

Artikel 4

1. In paragraaf 2 moeten de woorden "eventuele" en "in het gebeurlijke geval" worden geschrapt.

2. Het is onaanvaardbaar dat krachtens paragraaf 4, tweede lid, de operator die een DCS 1800 mobilofonienet exploiteert zelf de toegang tot de dienst kan weigeren of schorsen op basis van het loutere vermoeden dat de abonnee zou frauderen of de aan hem gerichte facturen niet zou betalen.

Artikel 8

Krachtens paragraaf 5, derde lid, dient een "recht van eerste ter beschikking stelling van de frequenties" te worden betaald om de kosten te dekken die het Ministerie van Landsverdediging heeft opgelopen bij het vrijmaken van de frequenties die nodig zijn voor het in werking stellen van de DCS 1800-netten.

Artikel 89, § 2bis, van de wet van 21 maart 1991 voorziet alleen in, enerzijds, een "uniek concessierecht voor het recht om een netwerk aan te leggen en de dienst in kwestie aan te bieden" en, anderzijds, "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".

Het "recht van eerste terbeschikkingstelling van de frequenties" vormt noch het enig concessierecht waarvan het minimumbedrag wordt bepaald in artikel 15, § 1, van het ontwerp, noch een periodiek recht dat verband houdt met het gebruik van de frequenties of met het beheer van de vergunning en van het toezicht op de frequenties. Dat recht van eerste terbeschikkingstelling van de frequenties heeft dus geen rechtsgrond.

Artikel 9

Die bepaling legt verplichtingen op aan de andere mobilofonie-operatoren door onder bepaalde voorwaarden aan de vergunninghouder een recht van toegang tot hun antenne-sites te verlenen.

Het ontwerp stelt de voorwaarden vast voor de vergunning voor het exploiteren van een telecommunicatiedienst. De niet-inachtneming van die voorwaarden wordt bestraft met het intrekken van de vergunning. Het ontwerp kan niet tot doel hebben verplichtingen op te leggen aan derden.

De Koning kan echter die verplichting toegang te verlenen tot de antenne-sites opleggen aan de overige mobilofonie-operatoren aangezien zij eveneens een vergunning moeten hebben. Dezelfde bepalingen zijn overigens opgenomen in het ontwerp van koninklijk besluit tot wijziging van het koninklijk besluit van 7 maart 1995 betreffende het opzetten en exploiteren van GSM-mobilofoonnetten, waarover de afdeling wetgeving eveneens geraadpleegd is (L. 26.924/4).

Derhalve dienen die bepalingen te worden herschreven om het verplichte gezamenlijk gebruik van de antenne-sites niet als een recht van de vergunninghouder te omschrijven maar als een verplichting ten aanzien van de overige operatoren.

Buitendien is er een tegenspraak tussen de paragrafen 1 en 2 en de paragrafen 3 en 4 van het onderzochte artikel. Volgens de aan de Raad van State verstrekte uitleg is het opzet van de stellers van het ontwerp, zoals het blijkt uit het verslag aan de Koning, de verschillende operatoren ertoe te verplichten sites gezamenlijk te gebruiken; de DCS 1800-operator zou slechts zijn eigen sites kunnen hebben indien zulks zou vereist zijn door dwingende technische redenen. Daaruit vloeit voort dat het artikel grondig moet worden herzien om die tegenstrijdigheid weg te werken en de bedoeling van de stellers op juiste wijze weer te geven.

Artikelen 12 en 13

Er wordt verwezen naar advies L. 26.590/4 dat zal worden gegeven op 22 september 1997 over een ontwerp van koninklijk besluit "ter regeling van de termijnen en de principes van toepassing op de gevoerde commerciële onderhandelingen met het oog op het afsluiten van interconnectie-akkoorden".

Artikel 14

Naar luid van paragraaf 2, tweede lid, wordt tussen de DCS 1800-operator en de Minister van Telecommunicatie een overeenkomst gesloten "betreffende de evolutie van de tarieven".

Zulk een overeenkomst is verstoken van elke rechtsgrond. Artikel 89, § 2bis, van de wet van 21 maart 1991 bepaalt enkel dat in het bestek "de beginselen inzake de vastlegging van de tarieven" worden vastgesteld.

Daarenboven is de draagwijdte van die "overeenkomst" onduidelijk aangezien naar luid van de andere bepalingen van dezelfde paragraaf 2 het Instituut een index vaststelt die de totale gemiddelde prijs weergeeft van de diensten die de operator aanbiedt, dat die index niet sneller mag stijgen dan het indexcijfer van de consumptieprijzen, behalve indien de minister afwijkingen toestaat, en dat elke aanpassing van de prijzen van de diensten die door de operator worden aangeboden vooraf dient te worden gemeld aan het Instituut, dat over één maand beschikt om zijn bezwaren kenbaar te maken.

Zulk een systeem van permanente controle van de tarieven die worden gehanteerd door de operator doet afbreuk aan de algemene regeling inzake prijzen en ontleent geen enkele rechtsgrond aan het voormelde artikel 89, § 2bis.

Artikel 15

Het unieke concessierecht waarvan in dit artikel sprake is, is het recht dat is bedoeld in artikel 89, § 2bis, tweede lid, g), van de wet van 21 maart 1991, naar luid waarvan het bestek onder meer zal slaan op "het minimumbedrag van het unieke concessierecht voor het recht om een netwerk aan te leggen en de dienst in kwestie aan te bieden".

Ingevolge artikel 11 van de voormelde richtlijn 97/13/EG mogen alleen vergoedingen die aan de ondernemingen worden opgelegd als onderdeel van machtigingsprocedures en die er uitsluitend toe strekken de administratiekosten te dekken die voortvloeien uit de afgifte van, het beheer van, de controle van en het toezicht op de naleving van de individuele vergunningen, en heffingen die worden ingevoerd om een optimaal gebruik van schaarse hulpbronnen te waarborgen, worden geïnd. In dezen heeft het in artikel 15 van het ontwerp bedoelde concessierecht niets van doen met die retributies.

Volgens de gemachtigde ambtenaar wordt dit recht gerechtvaardigd door de verplichting die aan de Lid-Staten wordt opgelegd om zonder discriminatie vergunningen te verlenen en, concreet, door het feit dat de twee eerste operatoren van mobilofonienetwerken een concessierecht van negen miljard frank hebben moeten betalen.

Het verslag aan de Koning dat aan het ontworpen besluit voorafgaat, is duidelijker :

"Het minimumbedrag is vastgelegd geworden rekening houdende met het concessie-recht dat reeds is betaald geworden door de twee eerste mobilofonie-operatoren in België, de technologische verschillen tussen het GSM-systeem op 900 MHz en het DCS 1800-systeem op 1800 MHz en de in artikel 6 van huidig besluit vastgelegde doelstellingen voor bedekking.".

Binnen de korte termijn van drie dagen die hem is toegemeten, heeft de Raad van State niet kunnen nagaan of het vorderen van dit recht nog bestaanbaar is met de huidige wetgeving van de Europese Unie, en evenmin of het bedrag van minimum acht miljard gerechtvaardigd is gelet op het beoogde doel.

Artikel 16

Over het in paragraaf 5 van het onderzochte artikel bedoelde recht dient dezelfde opmerking te worden gemaakt als voor artikel 8.

Artikel 24

Die borgstelling ontleent geen rechtsgrond aan de wet omdat ze bestemd is om de betaling te waarborgen van de boetes die zouden kunnen worden opgelegd aan de DCS 1800-operator.

Derhalve dient paragraaf 4 te vervallen.

La chambre était composée de

Messieurs R. ANDERSEN, président de chambre,
de Heren kamervoorzitter,

C. WETTINCK, conseillers d'Etat,
P. LIENARDY, staatsraden,

Madame M. PROOST, greffier,
Mevrouw griffier.

Le rapport a été présenté par M. L. DETROUX, auditeur adjoint. La note du Bureau de coordination a été rédigée et exposée par Mme F. CARLIER, référendaire adjoint.

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

De kamer was samengesteld uit

Het verslag werd uitgebracht door de H. L. DETROUX, adjunct-auditeur. De nota van het Coördinatiebureau werd opgesteld en toegelicht door Mevr. F. CARLIER, adjunct-referendaris.

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

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

M. PROOST

LE PRESIDENT - DE VOORZITTER,

R. ANDERSEN