ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 33.255/4

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ETAT

Le CONSEIL D'ETAT, section de législation, quatrièmechambre, saisi par le Ministre des Télécommunications, le 3 avril 2002, d'une demande d'avis, dans un délai ne dépassant pas unmois, sur un avant-projet de loi "relatif au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges", a donné le 5 juin 2002 l'avis suivant:

KONINKRIJK BELGIE

ADVIES 33.255/4

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, vierdekamer, op 3 april 2002 door de Minister van Telecommunicatie, verzocht hem, binnen een termijn van ten hoogste eenmaand, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post-en telecommunicatie-sector", heeft op 5juni 2002 het volgende advies gegeven:

OBSERVATIONS GENERALES

1.Depuis l'introduction de la demande d'avis, le Journal Officiel des Communautés européennes a publié, le 24avril 2002, quatre directives dans le domaine des télécommunications[1].

La date ultime de transposition de ces directives est fixée au 24juillet 2003. Il n'est donc pas absolument nécessaire que l'avant-projet de loi en assure une complète transposition. Toutefois, il est de jurisprudence constante que dans l'intervalle entre l'entrée en vigueur d'une directive et la date ultime de transposition, les Etats membres ne peuvent adopter des mesures qui seraient contraires aux dispositions de la directive.

Par conséquent, les dispositions de l'avant-projet qui ont le même objet que les directives en question, doivent être conformes à celles-ci.

2.Contrairement aux directives précédentes en matière de télécommunications, celles-ci ont pour objet les "communications électroniques". Alors qu'un réseau de télécommunications est défini comme étant "les systèmes de transmission et, le cas échéant, l'équipement de commutation et autres ressources permettant le transport de signaux entre des points de terminaisons définis, par fils, par faisceaux hertziens, par moyens optiques ou par d'autres moyens électro-magnétiques"[2], la directive2002/21/CE, (ci-après "directive-cadre"), entend par "réseau de communications électroniques" "les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de

---

(1) - Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive "accès");
- directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive "autorisation");
- directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre");
- directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "service universel").

(2) Article 68, 5°, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

commutation et de routage et les autres ressources qui permettent l'acheminement de signaux par câble, par voie hertzienne, par moyen optique ou par d'autres moyens électromagnétiques, comprenant les réseaux satellitaires, les réseaux terrestres fixes (avec commutation de circuits ou de paquets, y compris l'Internet) et mobiles, les systèmes utilisant le réseau électrique, pour autant qu'ils servent à la transmission de signaux, les réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision, quel que soit le type d'informations transmises".

Quant au "service de communications électroniques", il est défini par la directive-cadre comme étant "le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement à la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques, y compris les services de télécommunications et les services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion, mais qui exclut les services consistant à fournir des contenus à l'aide de réseaux et de services de communications électroniques ou à exercer une responsabilité éditoriale sur les contenus; il ne comprend pas les services de la société de l'information tels que définis à l'article 1er de la directive 98/34/CE qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques.".

Il résulte de ces définitions que le champ d'application de ces nouvelles directives ne se limite plus aux télécommunications sensu stricto, comprises comme étant des communications électroniques entre des points définis, mais couvre également la transmission de programmes de radiodiffusion et de télévision. Le cinquième considérant de la directive-cadre précise en effet:

> "La convergence des secteurs des télécommunications des médias et des technologies de l'information implique que tous les réseaux de transmission et les services associés soient soumis à un même cadre réglementaire (...). Il est nécessaire de séparer la réglementation de la transmission de celle des contenus.(...)".

Dans la mesure où la directive couvre également l'exploitation de "réseaux utilisés pour la radiodiffusion sonore et télévisuelle et les réseaux câblés de télévision" et les "services de transmission sur les réseaux utilisés pour la radiodiffusion", l'Etat fédéral n'est pas la seule autorité compétente pour assurer la transposition des directives précitées.

La loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles énumère en effet en son article 4 les matières culturelles que l'article 127, §1er, 1°, de la Constitution attribue aux Conseils de la Communauté française et de la Communauté flamande et mentionne, parmi ces matières, au 6°, "la radiodiffusion et la télévision, à l'exception de l'émission des communications du gouvernement fédéral". L'article 130, §1er, 1°, de la Constitution et l'article 4, §1er, de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone attribue la même compétence au Conseil de celle-ci.

Comme l'a souligné la Cour d'arbitrage dans son arrêt 109/2000 du 31 octobre 2000, confirmant ainsi ses arrêts antérieurs en la matière(3), la compétence des Communautés en matière de radiodiffusion et de télévision "n'est pas liée à un mode déterminé de diffusion ou de transmission" et elle "permet aux communautés de régler les aspects techniques de la transmission qui sont un accessoire de la matière de la radiodiffusion et (de la) télévision".

Interrogé à ce sujet, le fonctionnaire délégué a répondu qu'il appartiendrait aux Communautés de prendre, dans leur domaine de compétence, les mesures nécessaires à la transposition des directives.

La question qui se pose toutefois est de savoir si, concernant la matière faisant l'objet du présent avant-projet, à savoir l'institution d'autorités administratives et l'organisation de recours juridictionnels, il est concevable que le secteur des communications électroniques en cause soit soumis à une pluralité d'autorités, régies par des règles différentes, selon que le réseau de communications électroniques serait utilisé pour le transmission de programmes de radiodiffusion et de télévision, ou pour d'autres services de communications électroniques.

---

(3) Arrêts 7/90 du 25 janvier 1990 et 1/91 du 7 février 1991.

Certes la directive-cadre n'exclut pas que les "tâches de réglementation assignées" à l'"autorité réglementaire nationale" par "la présente directive et les directives particulières soient confiées à plusieurs organismes" (article3, paragraphe1er et 4). Toutefois l'article8, paragraphe1er, alinéa2, de la même directive, précise que "les Etats membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales, dans l'accomplissement des tâches de réglementation spécifiées dans la présente directive ainsi que dans les directives particulières, notamment celles conçues pour assurer une concurrence effective, tiennent le plus grand compte du fait qu'il est souhaitable que la réglementation technologique soit neutre.". D'autre part l'article20 impose aux Etats membres de prévoir une procédure de résolution des litiges, lorsque ceux-ci surviennent en ce qui concerne des obligations découlant de la présente directive ou des directives particulières entre entreprises assurant la fourniture de réseaux ou de services de communication électroniques. De tels litiges pourraient survenir entre entreprises opérant exclusivement dans le secteur des télécommunications et d'autres oeuvrant exclusivement dans le domaine de la radiodiffusion sonore et télévisuelle. On songe ainsi, par exemple, à des litiges portant sur la colocalisation ou le partage des ressources (article12 de la directive).

D'une manière générale, à la suite de la convergence technologique entre les télécommunications et l'audiovisuel(4), convergence que la réglementation européenne a, avec les directives précitées, dûment prise en compte, il n'est plus concevable que l'Etat fédéral, compétent pour les télécommunications d'une part, et les Communautés, compétentes pour la radiodiffusion et la télévision, en ce compris leurs "aspects techniques", d'autre part, puissent prendre chacun séparément les mesures tendant à réglementer le marché unifié des réseaux et des services communications électroniques.

Sauf au législateur, statuant à la majorité spéciale, à prévoir une répartition des compétences qui, à l'instar de la réglementation européenne, distinguerait la transmission des communications électroniques du contenu de celles-ci, la transposition du cadre réglementaire commun, faisant l'objet de la directive-cadre, ne pourra être réalisée valablement sans la conclusion préalable d'un accord de coopération tel que prévu à l'article92bis de la loi spéciale du 8août 1980 précitée.

---

(4) Voy. S. BAZZANELLA et Ph. GERARD, Télécommunications et audiovisuel : convergence de vues ? Enjeux et conséquences juridiques de la convergence technologique entre les télécommunications et l'audiovisuel, dir. Y. POULLET et R. QUECK, la Charte, 1997.

3. Selon l'exposé des motifs, le présent avant-projet entend "accroître l'autonomie de l'autorité de régulation d'une part, assouplir les conditions qui président à l'organisation humaine et matérielle de ses activités d'autre part". Il tend à créer "un organisme (...) n'ayant plus de liens organiques avec le Ministre compétent pour les secteurs concernés. Cet organisme sera doté d'un Conseil qui prendra toutes les décisions engageant le nouvel Institut. Cette organisation est calquée sur celle applicable aux régulateurs d'autres grands secteurs économiques comme la Commission bancaire (et financière) ou la Commission de régulation de l'électricité et du gaz."

A l'instar de ces deux dernières institutions, l'organisme que la loi en projet institue ne serait soumis ni au pouvoir hiérarchique du Gouvernement, ni à la tutelle générale de celui-ci.

Suivant l'exposé des motifs,

> "Pour ce qui est de la question de l'autonomie du régulateur, la Belgique est critiquée à la fois par les autorités européennes et les opérateurs sur le marché des télécommunications en raison du trop grand lien de dépendance entre le Ministre responsable et l'autorité de régulation. Ces critiques ont été formulées par la Commission européenne dans les rapports annuels qu'elle publie à propos de l'implémentation dans les différents Etats membres de la réglementation «télécommunication». En outre, les autorités européennes ont récemment adressé un avis motivé à la Belgique à propos de l'organisation de la régulation dans le secteur postal."

Il est à signaler toutefois que le droit européen n'exige pas l'indépendance de l'autorité de régulation par rapport aux autorités politiques, mais bien par rapport aux organismes exploitant des réseaux ou des services de télécommunications.

L'article3.2. de la directive-cadre dispose en effet:

> "Les Etats membres garantissent l'indépendance des autorités réglementaires nationales en faisant en sorte que celles-ci soient juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes de toutes les organisations assurant la fourniture de réseaux, d'équipements ou de services de communications électroniques. Les Etats membres qui conservent la propriété ou le contrôle des entreprises qui assurent la fourniture de réseaux et/ou de services de communications électroniques veillent à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises d'autre part.".

Le onzième considérant précise, pour autant que de besoin:

"Conformément au principe de la séparation des fonctions de réglementation et d'exploitation, les Etats membres devraient garantir l'indépendance de la ou des autorités réglementaires nationales, afin d'assurer l'impartialité de leurs décisions. Cette exigence d'indépendance ne porte pas atteinte à l'autonomie institutionnelle ni aux obligations constitutionnelles des Etats membres, ni au principe de neutralité, établi à l'article 295 du traité, à l'égard des règles régissant le régime de la propriété applicables dans les Etats membres.".

La principale préoccupation de la réglementation européenne consiste ainsi à éviter un conflit d'intérêt dans le chef des autorités publiques entre leur fonction de régulateur et leur fonction d'opérateur. Cette préoccupation n'est pas neuve. Elle a été affirmée par la Cour de justice dès le début des années 90, à l'époque pour la régulation dans le secteur des terminaux téléphoniques(5). La directive 97/51/CE du Parlement européen et du Conseil, du 6 octobre 1997, modifiant les directives 90/387/CEE et 92/44/CEE en vue de les adapter à un environnement concurrentiel dans le secteur des télécommunications a renforcé cette exigence en révisant la directive 90/387/CEE du Conseil, du 28 juin 1990, relative à l'établissement du marché intérieur des services de télécommunication par la mise en oeuvre de la fourniture d'un réseau ouvert de télécommunication (ONP-cadre). En vertu de l'article 5bis, §2, alinéa 2, de la directive 97/51/CE, précitée, "les Etats membres qui conservent la propriété ou, dans une large mesure, le contrôle des organismes fournissant des réseaux et/ou services de télécommunications garantissent une réelle séparation structurelle entre les fonctions de réglementation et les activités liées à la propriété ou au contrôle". Les contraintes pesant sur les Etats membres sont ainsi nettement plus fortes lorsqu'ils conservent le contrôle d'un opérateur, puisque le risque d'une mise en œuvre discriminatoire de la réglementation est plus évident(6).

La même exigence a été imposée dans le secteur des postes par l'article 22 de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997 concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service. Selon le

---

(5) Voy. CJCE 27 octobre 1993, Decoster, aff. C-69/91, Rec., I-5335.

(6) Voy. P. NIHOUL , Droit européen des télécommunications – L'organisation des marchés, Larcier, 1999, pp. 246-248.

paragraphe1er, "chaque Etat membre désigne une ou plusieurs autorités réglementaires nationales pour le secteur postal, juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes des opérateurs postaux". Telle est d'ailleurs la principale objection émise par la Commission européenne contre la législation postale belge. L'avis motivé du 18juillet 2001, qui est à l'origine du présent avant-projet(7), concerne "l'exigence de séparation entre les autorités réglementaires du secteur postal et les opérateurs offrant des biens ou des services dans ce même secteur".

Il convient de souligner que la nouvelle réglementation européenne précitée en matière de réseaux électroniques n'a en rien diminué cette exigence(8). Au contraire, la directive-cadre requiert, dans son article3, §2, une "séparation structurelle effective".

Le présent avant-projet ne répond que de manière imparfaite aux critiques émises par la Commission européenne. En effet, le Ministre des Télécommunications conserve certaines prérogatives essentielles. En vertu de l'article15, §5, de l'avant-projet, il conserve-seul-le pouvoir de proposer au Conseil des ministres la révocation des membres du Conseil de l'IBPT. De manière implicite, il présente également au Roi l'arrêté royal définissant les motifs de révocation. Ces dispositions n'apparaissent pas de nature à régler le conflit avec la Commission européenne. Celle-ci l'a d'ailleurs indiqué dans son avis sur l'avant-projet.

Compte tenu du maintien du contrôle de l'Etat sur les opérateurs traditionnels des télécommunications et des postes, la solution consiste à distinguer de manière plus nette la gestion de ces participations publiques d'une part, et la régulation de ces deux marchés d'autre part, y compris dans le chef des autorités responsables de l'une et de l'autre matière.

4.Après avoir examiné l'avant-projet sous l'angle de l'indépendance du régulateur à l'égard des opérateurs, il convient maintenant de le faire sous l'angle de l'indépendance à l'égard du Gouvernement. Comme indiqué précédemment, le choix fait

---

(7) Cet avis pourrait utilement être annexé aux documents parlementaires.

(8) Voy. une comparaison détaillée dans T. ZGAJEWSKI et M. VAN BELLINGHEN, Quelle réforme pour le régulateur des télécommunications en Belgique ?, Studia Diplomatica, 2000/6, pp. 51-81, et spéc. 65-66.

par l'auteur du projet de faire de l'autorité réglementaire nationale une autorité administrative sur laquelle le Gouvernement n'exercera qu'un contrôle limité n'est donc nullement une contrainte du droit européen.

La question qui se pose est de savoir si un tel choix est compatible avec les principes constitutionnels d'attribution des pouvoirs, qui impliquent que ceux-ci ne peuvent en principe être délégués à des personnes dont les activités échappent aux contrôles des autorités publiques(9). Dans la mesure où des prérogatives d'autorités administratives sont confiés à des organismes dont la direction ne serait pas assurée directement par le pouvoir exécutif, ce dernier doit pouvoir exercer sur ces organismes un contrôle suffisant pour pouvoir en assumer, devant les chambres législatives, la responsabilité politique(10).

Le nouveau cadre réglementaire européen relatif aux communications électroniques ne l'empêche d'ailleurs pas. En vertu de l'article3, §2, de la directive- cadre, les autorités réglementaires nationales doivent être "juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes de toutes les organisations assurant la fourniture de réseaux, d'équipements ou de services de communications électroniques". En vertu de l'article3, §3, de la même directive, elles doivent exercer leurs pouvoirs "de manière impartiale et transparente". Comme l'indique de manière expresse le considérant n°11 de cette directive, "cette exigence d'indépendance ne porte pas atteinte à l'autonomie institutionnelle ni aux obligations constitutionnelles des Etats membres ". Dès lors, il convient de prévoir des mécanismes permettant de maintenir la responsabilité politique du pouvoir exécutif. C'est à cette condition que le pouvoir législatif peut effectivement exercer son contrôle.

---

(9) Voir notamment les avis 24.108/9, donné le 8 mars 1995, sur un projet de décret relatif à la gestion des hôpitaux psychiatriques de la Région wallonne, doc. C.R.W., 1994-1995, n° 332/1, p. 11; et 24.342/8 du 31 mars 1995 sur une proposition de décret "houdende verbetering van de samenwerkingsmogelijkheden van openbare ziekenhuizen", doc., V.R., 1994-1995, n° 530/5, p. 12.

(10) Voy. D. DEOM, Le statut juridique des entreprises publiques, Bruxelles, Story-Scientia, 1990, p. 227.; M. LEROY, Les règlements et leurs juges, Bruxelles, Bruylant, 1987, p. 98; X. DELGRANGE, L. DETROUX et H. DUMONT, La régulation en droit public, in Elaborer la loi aujourd'hui, mission impossible, dir. B. JADOT et F. OST, Bruxelles, publ. FUSL, 1998, p. 75.

.../...

La loi en projet organise un contrôle de pleine juridiction, devant la Cour d'Appel, sur les décisions prises par le Conseil de l'Institut ou par son président. Un tel contrôle[11], s'il limite l'indépendance de l'organisme, n'est toutefois pas de nature à permettre au Gouvernement d'assurer la responsabilité politique de ces décisions.

Mis à part ces contrôles juridictionnels, les modalités de contrôle prévus par l'avant-projet consistent en:

- la nomination et la révocation des membres du Conseil par le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres (article15, §§2 et 5);

- l'approbation du budget et des comptes de l'Institut par les Ministres du Budget et des Finances (article43);

- l'obligation d'établir un rapport annuel à soumettre au "Ministre" (article42);

- l'établissement du règlement d'ordre intérieur du Conseil, ainsi que l'organigramme et le cadre du personnel, par arrêté délibéré en Conseil des ministres (articles21 et 25);

- le statut des membres du personnel de l'Institut est fixé par le Roi (article24);

- la qualité d'officier de police judiciaire est conférée aux membres statutaires du personnel de l'Institut par le Roi (article25).

Par contre, le pouvoir exécutif n'exercera aucun pouvoir hiérarchique, ni aucun contrôle de tutelle sur l'accomplissement de ces missions par l'Institut.

La section de législation a déjà admis par le passé que soient attribuées à des organismes des missions administratives, telles que des missions d'autorisation, de contrôle ou de surveillance, pour lesquelles le Gouvernement n'exerce directement aucun pouvoir d'injonction, d'annulation ou de réformation[12]. Dans des domaines voisins à celui

---

(11) Voir infra.

(12) A l'exclusion toutefois de tout pouvoir d'édicter des règlements.

faisant l'objet du présent avant-projet, on peut ainsi citer le Conseil supérieur de l'Audiovisuel de la Communauté française et la Commission de régulation du gaz et de l'électricité (ci-après, la CREG).

S'agissant du Conseil supérieur de l'Audiovisuel de la Communauté française, par exemple, la section de législation a considéré que:

> "(...) le pouvoir de sanction exercé par le "Conseil" revêtirait, ainsi, le caractère d'une compétence totalement soumise, en cas de contestation, à la censure desdites juridictions.
>
> Pour ce qui est des sanctions à prendre, il ne paraît, dès lors, pas s'imposer qu'un contrôle hiérarchique ou de tutelle vienne doubler ce contrôle juridictionnel.
>
> Cela étant, la régulation de l'audiovisuel ne doit pas se limiter à la mise en oeuvre de sanctions; elle comportera aussi des abstentions d'agir dans le chef de l'autorité à laquelle le pouvoir de prendre ces sanctions sera confié.
>
> Par définition, la censure de telles abstentions ne se prête pas à un contrôle juridictionnel effectif.
>
> Pour que ces abstentions puissent faire l'objet d'un contrôle de l'autorité, plusieurs systèmes pourraient être envisagés. On en voit deux:
>
> 1° accorder au Gouvernement le pouvoir de saisir le Conseil d'autorisation et de contrôle aux fins de lui faire sanctionner les infractions qu'il aurait constatées;
>
> 2° l'insertion, dans le rapport annuel, d'une relation spéciale rendant compte de la politique menée, sur le plan des sanctions, par le "Conseil", de manière qu'à l'occasion du dépôt de ce rapport, un débat politique puisse avoir lieu au Conseil de la Communauté française.
>
> Pour autant que ce système soit organisé, le Conseil d'Etat est d'avis qu'il serait satisfait à l'article9, alinéa2, de la loi spéciale du 8août 1980, en tant que cette disposition requiert que le décret règle le contrôle de l'organisme envisagé."[(13)].

La section de législation a également admis, sans observation, l'autonomie dont bénéficie la Commission de régulation du gaz et de l'électricité. Les compétences de celle-ci et le contrôle auquel elle est soumise présentent toutefois quelques différences non

---

(13) Voy. avis 25.603/9, donné le 17 mars 1997, sur un avant-projet devenu le décret du 24 juillet 1997 relatif au Conseil supérieur de l'audiovisuel et aux services privés de radiodiffusion sonore de la Communauté française, doc. C.C.F. (session 1996-1997- n° 148/1.

négligeables avec l'Institut créé par le présent avant-projet. La Commission est ainsi chargée essentiellement "d'une mission de conseil auprès des autorités publiques en ce qui concerne le fonctionnement du marché"et d'une "mission générale de surveillance et de contrôle de l'application des lois et règlements" relatifs au marché du gaz et de l'électricité(14). Elle n'a pas de pouvoir de sanctionner les infractions à ces règlements et ses agents n'ont pas de prérogative de police judiciaire. En outre, la loi prévoit que le comité de direction est "supervisé par le conseil général composé, notamment, de représentants du Gouvernement", et qui compte parmi ces missions celles "d'évaluer la manière dont le comité de direction exécute ses tâches et de formuler des avis et des recommandations à ce sujet au ministre et au comité de direction"(15).

Si donc, ainsi qu'il ressort de cette jurisprudence, il peut être admis qu'un organisme chargé de certaines missions de contrôle, ou même de sanction, jouisse d'une relative indépendance, la nécessité d'un contrôle suffisant du Gouvernement n'en est pas moins reconnue.

Le caractère suffisant du contrôle doit être apprécié en fonction de l'étendue des pouvoirs qui sont confiés à l'autorité administrative. Lorsque il s'agit d'appliquer à des cas individuels une réglementation précise, qui ne laisse que peu de pouvoir discrétionnaire dans le chef de l'organisme, le pouvoir de contrôle de l'exécutif peut être réduit. Par contre, lorsque l'exercice des pouvoirs qui sont conférés à cet organisme implique des choix d'opportunité, il s'impose que cette autorité, qui n'est pas responsable politiquement, soit soumise à un contrôle plus étroit du Gouvernement.

A cet égard, les pouvoirs de l'Institut, principalement dans le secteur des télécommunications, ne sont, déjà actuellement, pas négligeables. L'avant-projet tend à les augmenter et la transposition des directives précitées ne devrait pas avoir pour effet de les réduire. L'Institut intervient comme autorité administrative pour l'allocation des ressources rares (numérotation et ondes radioélectriques), pour la détermination des organismes puissants sur le marché, auxquels des obligations particulières sont imposées, pour imposer des obligations en matière d'accès et d'interconnexion des réseaux ou

---

(14) Article 23, § 2 de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité.

(15) Article 24, § 3, de la même loi.

d'utilisation partagée. Pour ces décisions, l'Institut n'a pas, loin s'en faut, une compétence liée. Il dispose en outre des pouvoirs de police judiciaire pour rechercher et constater les infractions à l'ensemble de la réglementation en matière de services postaux, de télécommunications et de radiocommunications et dispose du pouvoir de prononcer des sanctions administratives.

L'avant-projet augmente encore ces prérogatives en permettant à l'Institut d'ordonner des mesures provisoires "si dans le cadre de l'examen d'une demande il constate qu'il existe une violation de la réglementation dont l'application et le respect sont surveillés et contrôlés par l'Institut" (article19 de l'avant-projet)[16].

Toutes ces prérogatives devront être revues afin, comme il a été observé sous l'observation générale1, d'assurer une correcte transposition des directives européennes. Ainsi, par exemple, les mesures provisoires qui viennent d'être évoquées font l'objet de l'article10, paragraphe6, de la directive-autorisation. Cette dernière disposition ne limite pas, comme dans l'avant-projet, les mesures provisoires aux manquement constatés "dans le cadre d'une demande", mais par contre précise que ces mesures provisoires peuvent être prises en cas de manquements commis par les entreprises et circonscrit davantage les menaces graves qui peuvent justifier ces mesures.

Un autre exemple: l'article109ter, §5, alinéa2, de la loi du 21mars 1991 permet à l'Institut d'imposer à des entreprises l'interconnexion de leurs réseaux de télécommunications offerts au public "lorsqu'il le juge indispensable". Les conditions d'exercice d'une telle prérogative font l'objet de la directive-accès. Celle-ci renvoie à l'article8 de la directive-cadre qui fixe les objectifs et les principes que doivent suivre les autorités réglementaires nationales "dans l'accomplissement de leurs tâches de réglementation spécifiées dans la présente directive ainsi que dans les directives particulières". Ces objectifs et principes doivent également faire l'objet d'une transposition dans la loi en projet.

---

(16) En ce qui concerne les mesures provisoires, le sens de la référence aux "droits civils" devrait ête explicité eu égard à l'activité des personnes concernées et les hypothèses dans lesquelles une mesure peut être prise, devraient être précisées.

Il reste que l'énoncé de ces objectifs, exprimés en termes généraux, démontre l'étendue du pouvoir discrétionnaire dont l'Institut jouira dans l'accomplissement des missions de régulation[17] des marchés concernés qui lui sont confiées.

Un tel pouvoir discrétionnaire ne peut rester sans contrôle. La directive-cadre prévoit du reste l'obligation d'établir un droit de recours contre les décisions des autorités réglementaires nationales.

La loi en projet prévoit également un tel recours, auprès de la Cour d'Appel de Bruxelles statuant comme en référé. L'avant-projet précise qu'il s'agit d'un recours de pleine juridiction, mais ne précise pas qui a qualité pour introduire un tel recours.

Afin d'assurer à la fois l'indépendance de l'Institut dans ses missions de régulation du marché et le respect des principes constitutionnels qui impliquent que le Gouvernement puisse exercer la responsabilité politique des décisions administratives prises, une des modalités de contrôle pourrait être de prévoir la possibilité pour l'Etat d'introduire lui-même un recours contre les décisions de l'Institut.

Par ailleurs, en ce qui concerne la qualité d'officier de police judiciaire reconnue à des agents de l'Institut, il est à noter que les agents des autres autorités de régulation autonomes que sont la Commission bancaire et financière et la Commission de régulation et de l'électricité et du gaz ne disposent pas d'un tel pouvoir[18]. Toutefois la

---

(17) Lorsque les directives utilisent les mots "tâches réglementaires", elles visent toute intervention de l'autorité administrative, qu'elle consiste en une mesure générale et abstraite, ou en une décision particulière. Comme la section de législation l'a déjà rappelé à maintes reprises, il est exclu qu'une règle générale et abstraite soit fixée sans intervention directe d'une autorité politiquement responsable. Le mot "régulation", certes lui-même ambigu, est ici utilisé dans son sens étroit, à savoir la prise de décisions particulières prises par une autorité administrative jouissant d'un large pouvoir discrétionnaire, par opposition à la réglementation qui recouvre traditionnellement dans la terminologie juridique interne, les seules normes générales et abstraites.

(18) En ce qui concerne le marché du gaz et de l'électricité, il est prévu que les infractions sont recherchées et constatées par des fonctionnaire du ministère des Affaires économiques, sans préjudice des pouvoirs des officiers de police judiciaire (article 30bis de la loi du 29 avril 1999 précitée). La reconnaissance de la qualité d'officier de police judiciaire à d'autres personnes que des agents relevant d'une autorité publique n'est toutefois pas une nouveauté. Le Code rural reconnaît ainsi cette qualité aux gardes champêtres des particuliers.

.../...

loi en projet prévoit une modalité de contrôle particulière de ces missions de police judiciaire puisqu'elle prévoit que ces officiers seraient "soumis à la surveillance du Procureur général". Il conviendrait que la loi en projet précise davantage les modalités de cette surveillance du ministère public[19], afin en particulier d'éviter les conflits d'autorité auxquels ces agents pourraient être confrontés du fait qu'ils sont soumis à la double autorité de la hiérarchie de l'Institut et du ministère public[20]. S'il était prévu que toutes les missions de police judiciaire de l'Institut sont exécutées sous la direction du ministère public, le fait que ces agents relèvent par ailleurs d'une autorité non politiquement responsable ne devrait pas soulever d'objections.

Enfin, compte tenu de l'extension présente et future des attributions de l'Institut, il conviendrait que les actes adoptés par celui-ci en vertu des lois du 21mars 1991 et du 30juillet 1979, précitées, qui présentent une grande importance pour le fonctionnement de ces marchés soient soumis à une forme de tutelle spéciale par le Ministre en charge de la réglementation des secteurs concernés. La détermination de ces actes soumis à tutelle ne peut pas être dissociée de la mise en œuvre prochaine par le législateur belge du nouveau cadre réglementaire européen sur les réseaux électroniques.

Si les mesures qui viennent d'être suggérées étaient prises, l'étendue du pouvoir discrétionnaire conféré à l'Institut et l'absence d'une tutelle générale serait admissible.

5.L'article20 de l'avant-projet de loi prévoit la possibilité pour l'Institut d'imposer des sanctions administratives. Cette disposition appelle les mêmes observations que celles formulées dans l'avis30.265/4, donné le 13juin 2000 sur un avant-projet de loi "portant des dispositions sociales, budgétaires et diverses" à propos d'une disposition similaire que cet avant-projet tendait à insérer dans la loi du 21mars 1991, précitée.

---

(19) Le commentaire de la disposition n'explique pas et la section de législation n'aperçoit pas les raisons pour lesquelles la surveillance serait exercée par le procureur général plutôt que par le procureur du Roi.

(20) L'auteur du projet pourrait s'inspirer à cet égard des dispositions de la loi du 5 août 1992 sur la fonction de police, en particulier de articles 8/6 et suivants.

En particulier, il est rappelé que le recours contre ces sanctions administratives, qui ont un caractère pénal au sens de l'article6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, doit avoir un effet suspensif et que l'auteur du projet doit empêcher tout cumul entre ces sanctions administratives et les sanctions pénales prévues pour les mêmes faits dans les dispositions légales dont l'application et le respect sont soumis au contrôle de l'Institut.

6.L'avant-projet tend également à créer une "chambre de recours pour les télécommunications", composée de "trois membres effectifs et de trois membres suppléants, choisis parmi les juges près le Tribunal de Commerce ou près le Tribunal de Première instance du Royaume".

Cette juridiction statuerait sur "les litiges entre opérateurs de télécommunications ou fournisseurs de services de télécommunications relatifs à l'interconnexion, les lignes louées, l'accès spécial, l'accès dégroupé à la boucle locale et les utilisations partagées".

Cette juridiction viendrait en quelque sorte se substituer à la "Chambre pour l'Interconnexion, les lignes louées, l'accès spécial, l'accès dégroupé à la boucle locale et les utilisations partagées", instituée par l'article79ter de la loi du 21mars 1991, précitée, disposition que l'article47, alinéa2, du présent avant-projet tend à abroger.

Contrairement à l'institution prévue par le présent avant-projet, cette "Chambre" n'a pas une nature juridictionnelle, la loi prévoyant en effet qu'elle rend une décision administrative (article79ter, §3).

L'institution de cette chambre résultait d'une obligation prévue par les directives européennes en matière de télécommunications, notamment l'article9, paragraphe5, de la directive97/33/CE[21], de prévoir des mécanismes non-juridictionnels de résolution des litiges par "l'autorité réglementaire nationale".

---

(21) Directive 97/33/CE du Parlement européen et du conseil du 30 juin 1997 relative à l'interconnexion dans le secteur des télécommunications en vue d'assurer un service universel et l'interopérabilité par l'application des principes de fourniture d'un réseau ouvert (ONP).

L'article20 de la directive-cadre impose également aux Etats membres l'obligation de prévoir que l'autorité réglementaire nationale prend une "décision contraignante" lorsqu'elle est saisie d'un litige qui survient "en ce qui concerne les obligations découlant de la présente directive ou des directives particulières entre des entreprises assurant la fourniture de réseaux ou de services de communications électroniques dans un seul Etat membre". Toutefois le paragraphe2 du même article prévoit qu'une autorité réglementaire nationale peut "refuser de résoudre un litige par une décision contraignante lorsque d'autres mécanismes, notamment la médiation, existent et conviendraient mieux à la résolution du litige en temps utile, conformément aux dispositions de l'article8".

Comme l'a expliqué le fonctionnaire délégué, l'intention de l'auteur du projet est de prévoir un mécanisme juridictionnel rapide de résolution des litiges, afin d'éviter les difficultés que suscitent, en droit interne, le recours à des décisions d'autorités administratives pour résoudre des litiges entre entreprises.

L'attention de l'auteur du projet est toutefois attirée sur le fait que, telle que la compétence de la Chambre est définie par le présent avant-projet, des litiges dont elle serait saisie concerneront inévitablement des droits civils. Or en vertu de l'article144 de la Constitution, ces litiges ne peuvent échapper à la compétence des tribunaux de l'ordre judiciaire. C'est donc au sein même de celui-ci qu'il convient de prévoir des instances et des procédures permettant de satisfaire aux exigences de la directive précitée[22]. Cette solution n'est d'ailleurs nullement exclue par la directive-cadre. L'article2, g), définit l'autorité réglementaire nationale comme "l'organisme ou les organismes chargés par un Etat membre d'une quelconque des tâches de réglementation assignées dans la présente directive et dans les directives particulières". Il permet ainsi une dissociation des fonctions définies par le cadre réglementaire.

---

(22) Voy. T. ZGAJEWSKI, Les incertitudes judiciaires dans les télécommunications : un révélateur du malaise juridictionnel belge face à la libéralisation européenne ?, J.T., 2000, pp. 505-516, spéc. pp. 513-514.

Au surplus, il y aura lieu de tenir compte que les mécanismes de résolution rapide des litiges ne devront pas, pour satisfaire les exigences de la directive, être limités aux litiges visés par l'article 30 de l'avant-projet. L'article 20, §1er, de la directive-cadre vise en effet la résolution de l'ensemble des litiges entre entreprises résultant du cadre réglementaire européen des réseaux électroniques.

7. Enfin, il convient de souligner que ce nouveau cadre réglementaire vise à développer l'application des règles générales de concurrence au marché concerné. Dans cette perspective, la directive-cadre impose plusieurs obligations. Selon l'article 3, §4, lorsqu'il existe une séparation des tâches entre plusieurs organismes, "les Etats membres assurent (…) la consultation et la coopération entre ces autorités". Ils veillent aussi "à ce que les tâches respectives de chaque autorité soient publiées d'une manière aisément accessible". Selon l'article 3, §5, les autorités réglementaires nationales et les autorités nationales en matière de concurrence "se communiquent les informations nécessaires à l'application des dispositions de la présente directive et des directives particulières". Il importe par conséquent que le législateur définisse le rôle de l'autorité nationale de concurrence dans le secteur concerné et qu'il exécute les différentes obligations susmentionnées. Ceci apparaît d'autant plus important au regard des propositions de décentralisation de la mise en œuvre des règles européennes de concurrence, qui vont accentuer la responsabilité des autorités nationales.

8. Un certain nombre de dispositions organisent le transfert du patrimoine et du personnel de l'Institut, tel qu'il existe sous l'empire de la loi actuelle, vers l'Institut tel qu'il serait institué par l'avant-projet.

La section de législation attire l'attention de l'auteur du projet qu'il serait beaucoup plus simple de prévoir la continuité de la personnalité juridique de l'Institut. Le changement radical de statut que le présent avant-projet entend faire subir à cet organisme ne s'oppose en effet pas à cette continuité.

9. Il résulte de l'article 37 de l'avant-projet et du commentaire qui en est fait dans l'exposé des motifs que l'Institut serait principalement financé par les "redevances" que l'Institut perçoit et dont le montant serait fixé par arrêté royal.

L'attention de l'auteur du projet est toutefois attirée sur le fait que le montant des contributions ne peut être fixé par arrêté royal que si elles constituent la contrepartie d'un service rendu individuellement au redevable. Dans le cas contraire, ce montant doit être fixé par la loi, conformément à l'article 170 de la Constitution.

Compte tenu de ce que de nombreuses missions de l'Institut ne constituent pas de tels services individuels, le financement de l'Institut ne devrait pas pouvoir être assuré essentiellement par des redevances.

Il en est d'autant plus ainsi que la directive-autorisation restreint considérablement les hypothèses où l'autorisation d'exploiter des réseaux ou des services de communications électroniques peut faire l'objet d'une licence individuelle plutôt que d'une autorisation générale.

Même si cette même directive autorise plus ou moins largement le financement des activités de contrôle et de surveillance par des taxes ou redevances imposées aux opérateurs, ces contributions devront, lorsqu'elles ne constituent pas la contrepartie d'un service individuel rendu au redevable, être fixées par la loi conformément à l'article 170 de la Constitution.

10. Il résulte de l'ensemble des considérations qui précèdent que l'avant-projet devra être fondamentalement revu, notamment afin de tenir compte du nouveau cadre réglementaire européen. Celui-ci devrait être l'occasion d'une révision globale de l'ensemble de la législation en la matière, révision dans laquelle s'intégrerait mieux le nouveau statut du régulateur.

Aussi les observations qui suivent se limitent aux problèmes particuliers de conformité aux normes supérieures (autre que la conformité aux directives précitées) que suscitent les dispositions de l'avant-projet.

OBSERVATIONS PARTICULIERES

Dispositif

Article 1er

Dans la mesure où des dispositions de l'avant-projet ont pour objet des recours juridictionnels devant les tribunaux de l'ordre judiciaire ou de déroger à la compétence du Conseil d'Etat, elles traitent des matières qui relèvent du bicaméralisme intégral, conformément à l'article77 de la Constitution.

Article 4

1. Mieux vaut omettre le paragraphe2, alinéa3. La limite du nombre de membres d'un même sexe dans un organisme consultatif résulte déjà de la loi du 20juillet 1990 visant à promouvoir la présence équilibrée d'hommes et de femmes dans les organes possédant une compétence d'avis.

2.En ce qui concerne les alinéas4 et 5, il convient de rappeler, d'une part, que le principe de l'autonomie respective de l'Etat fédéral, des Communautés et des Régions, s'oppose à ce qu'une autorité, en l'occurrence l'Etat fédéral, prévoie unilatéralement la participation obligatoire d'une autre autorité dans les organes qu'elle institue, sauf application de l'article92ter de la loi spéciale du 8août 1980 de réformes institutionnelles, et d'autre part, qu'il n'appartient pas à la loi ordinaire de prévoir dans quels cas un accord de coopération doit être conclu.

Il convient dès lors de se borner à prévoir que le Roi pourra prévoir la représentation des Gouvernements des Communautés et des Régions dans le Comité consultatif pour les télécommunications. Celui-ci pourra alors, conformément à l'article92ter précité, régler cette représentation par arrêté royal pris de l'accord des Gouvernements des Communautés et des Régions.

3. Les mêmes observations valent pour l'article8.

Article 6

Il est contradictoire de prévoir qu'il n'est pas voté sur les recommandations du comité consultatif pour les télécommunications et d'envisager ensuite l'hypothèse de l'absence d'unanimité.

Cette disposition sera revue pour tenir compte de cette observation.

La même observation vaut pour l'article10.

Article 12

L'alinéa2 doit être omis; en effet, l'Institut est dirigé par un Conseil.

Article 13

La formulation du paragraphe1er, n'exclut pas que d'autres missions puissent être confiées à l'Institut par voie réglementaire.

Dans la mesure où cette disposition habilite ainsi le Roi à attribuer à l'Institut d'autres missions que celles prévues par la loi, elle constitue une délégation excessive

A la fin du paragraphe1er, les mots "et textes réglementaires" doivent être omis.

Article 16

1.Il appartient à l'auteur du projet de justifier au regard des articles10 et11 de la Constitution l'exception prévue à l'alinéa1er.

2.L'alinéa2 fait référence à la "connaissance fonctionnelle du néerlandais et du français". Il appartient au législateur de régler lui-même la question de savoir comment se détermine l'appartenance linguistique et la connaissance fonctionnelle du néerlandais et du français. En effet, cette notion n'est actuellement définie par aucun texte.

Article 18

1. Le droit d'être entendu résulte d'un principe général de droit. Compte tenu, notamment, de ce que l'Institut dispose d'un pouvoir d'imposer des sanctions, la loi en projet ne peut prévoir que ce droit pourrait être refusé par une décision du Conseil.

2.Le paragraphe2 doit être omis. La loi du 29juillet 1991 relative à la motivation formelle des actes administratifs est d'application générale à toutes les autorités administratives, en ce compris dès lors à l'organisme que l'avant-projet tend à instituer.

Article 23

Il y a une contradiction entre le paragraphe1er, qui prévoit que les informations communiquées à l'Institut sont confidentielles, et le paragraphe3, qui fait une distinction entre les informations "traitées comme confidentielles" et les autres informations.

Cette disposition devra être dès lors repensée. En particulier, l'auteur du projet s'interrogera s'il est justifié de déroger à la loi du 11avril 1994 relative à la publicité de l'administration, laquelle prévoit, notamment, qu'une autorité administrative peut refuser de communiquer une information dont elle dispose lorsque doit être protégé "le

caractère par nature confidentiel des informations d'entreprise ou de fabrication communiquées à l'autorité" (article6, §1er, 7°).

Article 24

Compte tenu de l'observation générale n°8, les paragraphes2 et 3 pourraient être omis.

Article 25

Selon le paragraphe4, "les procès-verbaux des officiers de police judiciaire font foi jusqu'à preuve du contraire".

Cette règle constitue une exception à la règle générale selon laquelle un procès-verbal vaut en tant que simple renseignement et partant, comme la Cour d'arbitrage l'a souligné, au régime de la libre administration de la preuve en matière répressive, selon lequel le juge apprécie, en fonction de sa propre conviction, la valeur probante d'un élément déterminé, de sorte que la différence de traitement qui en résulte doit être raisonnablement justifiée et ne peut restreindre les droits du prévenu d'une manière disproportionnée(23). Il est recommandé de justifier dans l'exposé des motifs l'attribution d'une valeur probante particulière aux procès-verbaux.

Article 31

Sans préjudice de l'observation générale n°6, l'article31 ne peut prévoir que l'emploi des langues "dans la procédure de la chambre" sera réglé par le Roi. L'emploi des langues est en effet une matière que l'article30 de la Constitution réserve à la loi.

---

(23) C.A. , n° 40/2000, 6 avril 2000, cons. B.14.1. et n° 16/2001, 14 février 2001, cons. B.12.1. Voy. l'avis 32.053/1, donné le 6 décembre 2001, sur un avant-projet de loi sur la recherche et la constatation des délits en matière économique.".

Article 32

A l'alinéa2, il est prévu que la chambre rend publics ses jugements "àl'exception des secrets protégés par la loi". Le commentaire des articles n'éclaire pas la portée de cette disposition.

Le Conseil d'Etat observe d'une part qu'à l'article23, §1er, de l'avant-projet, "les informations communiquées à l'Institut sont confidentielles"(24) et d'autre part qu'aucune règle particulière n'est prévue lorsque la décision de la chambre fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Bruxelles.

Il appartient au législateur de régler de manière cohérente la publicité des décisions prises au sein de l'Institut ou par la chambre comme la protection des informations que les entreprises sont amenées à révéler dans leurs relations avec l'Institut ou lors de débats devant la chambre. Il pourrait s'inspirer du régime existant auprès du conseil de la concurrence, créé par la loi sur la protection de la concurrence économique, coordonnée le 1er juillet 1999(25).

Il va de soi que toute dérogation tant au régime général institué par la loi du 11avril 1994 relative à la publicité de l'administration qu'entre diverses dispositions de l'avant-projet, doit être justifiée au regard des articles10 et 11 de la Constitution.

Observations finales d'ordre linguistique

Sous réserve des observations précédentes de fond, il convient de souligner que le texte néerlandais de nombreuses dispositions du projet laisse à désirer, tant sous l'angle de la correction de la langue que sous celui de la légistique formelle. Ainsi, par exemple, il y a lieu d'écrire à l'article 4, § 2, alinéa 6, "zitting hebben" et non "zetelen", observation qui vaut pour le reste du projet; à l'article 5, alinéa 1er, "aanbevelingen doen" et non "verstrekken"; à l'article 6, alinéa 1er, deuxième phrase, "Onderaan de aanbevelingen ... worden de namen vermeld van ..." ; à l'article13, § 2, 4°, "het doen van voorstellen" au lieu de "het verstrekken van voorstellen"; à l'article 13, § 3, 2°, alinéa 2,

(24) Il est renvoyé à l'observation sur cet article quant au régime dérogatoire du paragraphe 2.

(25) Voy. not. les articles 27, § 1er, alinéas 2 et 3, et 32ter de la loi coordonnée précitée.

"inlichtingen ... kunnen ... worden opgevraagd" au lieu de "opgeëist"; à l'article 15, § 2, "op voordracht van" et non "op voorstel van"; au paragraphe 5, alinéa 2, du même article, "bij Koninklijk Besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad" au lieu de "bij Koninklijk Besluit overlegd in Ministerraad"; à l'article 18, § 1er, alinéa 2, "bij een ... besluit ... dat ... ter kennis wordt gebracht van" au lieu de "door een gemotiveerd besluit ... dat ... betekend wordt", observation qui vaut mutatis mutandis pour le reste du projet; à l'article 19, § 4, "bepaald in het eerste en tweede lid" et non "voorzien in alinea 1 en 2"; à l'article 25, § 2, alinéa 1er, 1°, "zich te laten overleggen" et non "zich te doen vertonen" et "overtreding" au lieu de "inbreuk", la dernière observation s'appliquant à l'ensemble du projet; à l'article 34, §1er, alinéa 1er, "Tegen de besluiten ... kan beroep met volle rechtsmacht worden ingesteld ... bij het hof van beroep te Brussel, rechtsprekend in kort geding", une observation qui vaut, mutatis mutandis pour tout le projet; à l'article 44, § 3, "bekrachtigd" et non "bevestigd"; et à l'article 55, alinéa 4, "tweede tot zesde lid" et non "lid 2 à 6".

Parfois il y a des discordances entre les versions néerlandaise et française; par exemple, à l'article 25, § 2, alinéa 2, les mots "met name" n'ont pas de pendant dans la version française.

Enfin, il n'y a pas toujours de concordance terminologique entre le projet et l'exposé des motifs : à l'article 38 du projet, le mot "bijdragen" correspond dans la version française au terme "contributions"; par contre, dans la version française de l'exposé des motifs, le terme "cotisations" correspond au mot "bijdragen".

ALGEMENE OPMERKINGEN

1. Sedert de indiening van de adviesaanvraag zijn in het Publicatieblad van de Europese Gemeenschappen van 24 april 2002 vier richtlijnen op telecommunicatiegebied bekendgemaakt [1] .

Als uiterste datum voor omzetting van deze richtlijnen is op 24 juli 2003 vastgesteld. Het is dus niet volstrekt noodzakelijk dat met het voorontwerp de volledige omzetting ervan tot stand wordt gebracht. Het is evenwel vaste rechtspraak dat tussen de inwerkingtreding van een richtlijn en de uiterste datum voor omzetting de lidstaten geen maatregelen mogen uitvaardigen die met de bepalingen ervan strijdig zouden zijn.

De bepalingen van het voorontwerp die dezelfde strekking hebben als de bewuste richtlijnen dienen er bijgevolg mee overeen te stemmen.

2. In tegenstelling tot de vorige richtlijnen inzake telecommunicatie hebben de genoemde richtlijnen betrekking op "elektronische communicatie". Een telecommunicatienetwerk wordt omschreven als "de transmissiesystemen en, voor zover van toepassing, schakelapparatuur en andere hulpmiddelen die het mogelijk maken signalen tussen welbepaalde aansluitpunten via draadverbindingen, radio-golven, optische of andere elektromagnetische middelen over te brengen" [2], terwijl in richtlijn 2002/21/EG

---

(1)
- Richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten ("toegangsrichtlijn");
- Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en- diensten ("machtigingsrichtlijn");
- Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en- diensten ("kaderrichtlijn");
- Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en- diensten ("universele-dienstrichtlijn").

(2) Artikel 68, 5°, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

(hierna genoemd "kaderrichtlijn") onder "elektronische-communicatienetwerk" verstaan wordt "de transmissiesystemen en in voorkomend geval de schakel- of routeringsapparatuur en andere middelen die het mogelijk maken signalen over te brengen via draad, radiogolven, optische of andere elektromagnetische middelen waaronder satellietnetwerken, vaste (circuit- en pakketgeschakelde, met inbegrip van internet) en mobiele terrestrische netwerken, elektriciteitsnetwerken, voorzover deze voor overdracht van signalen worden gebruikt, netwerken voor radio- en televisieomroep en kabeltelevisienetwerken, ongeacht de aard van de overgebrachte informatie".

Wat de "elektronische-communicatiedienst" betreft, deze wordt in de kaderrichtlijn omschreven als "een gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken, waaronder telecommunicatiediensten en transmissiediensten op netwerken die voor omroep worden gebruikt, doch niet de dienst waarbij met behulp van elektronische-communicatienetwerken en -diensten overgebrachte inhoud wordt geleverd of redactioneel wordt gecontroleerd. Hij omvat niet de diensten van de informatiemaatschappij zoals omschreven in artikel 1 van Richtlijn 98/34/EG, die niet geheel of hoofdzakelijk bestaan uit het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken".

Uit deze definities blijkt dat het toepassingsgebied van deze nieuwe richtlijnen niet meer beperkt is tot telecommunicatie in de enge zin des woords, verstaan als elektronische communicatie tussen welbepaalde punten, maar eveneens de transmissie van radio- en televisieomroepprogramma's omvat. In de vijfde overweging van de kaderrichtlijn wordt immers het volgende gesteld :

> "De convergentie van de sectoren telecommunicatie, media en informatietechnologie houdt in dat alle transmissienetwerken en -diensten binnen eenzelfde regelgevingskader moeten vallen (...). Het is noodzakelijk dat de regelgeving inzake transmissie wordt gescheiden van de regelgeving inzake inhoud. (...)".

In zoverre de richtlijn eveneens de exploitatie van "netwerken voor radio- en televisieomroep en kabeltelevisienetwerken" en de "transmissiediensten op netwerken die voor omroep worden gebruikt" omvat, is de federale Staat niet de enige overheid die bevoegd is om de voormelde richtlijnen om te zetten.

In artikel 4 van de bijzondere wet tot hervorming der instellingen worden immers de culturele aangelegenheden opgesomd waarvoor artikel 127, § 1, 1°, van de Grondwet de bevoegdheid toekent aan de Raden van de Vlaamse en de Franse Gemeenschap. In onderdeel 6° van dat artikel 4 wordt beschikt : "De radio-omroep en de televisie, het uitzenden van mededelingen van de federale regering (...) uitgezonderd". Bij artikel 130, § 1, 1°, van de Grondwet en artikel 4, § 1, van de wet van 31 december 1983 tot hervorming der instellingen voor de Duitstalige Gemeenschap wordt dezelfde bevoegdheid aan de Raad van deze gemeenschap toevertrouwd.

Zoals het Arbitragehof onderstreept heeft in zijn arrest nr. 109/2000 van 31 oktober 2000, waarbij het aldus zijn vorige arresten ter zake bevestigt [(3)], is de bevoegdheid van de gemeenschappen voor radio-omroep en televisie "niet gebonden aan een wijze van uitzenden of overbrengen" en "(...) staat (ze) de gemeenschappen toe de technische aspecten van de overdracht te regelen die een accessorium zijn van de aangelegenheid van de radio-omroep en de televisie".

Op een vraag hierover heeft de gemachtigde ambtenaar geantwoord dat de gemeenschappen, in hun bevoegdheidsdomein, de noodzakelijke maatregelen moeten nemen om de richtlijnen om te zetten.

De vraag rijst evenwel, wat betreft de aangelegenheid waarover het onderhavige voorontwerp handelt, namelijk het oprichten van administratieve overheden en het voorzien in de mogelijkheid van beroep bij een rechtscollege, of het denkbaar is dat de sector elektronische communicatie staat onder het gezag van een veelheid van overheden, waarvoor verschillende regels gelden, naargelang het elektronische-communicatienetwerk wordt gebruikt voor de transmissie van radio- en televisieomroepprogramma's of voor andere elektronische-communicatiediensten.

De kaderrichtlijn sluit weliswaar niet uit dat de "regelgevende taken die bij deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen aan de nationale regelgevende instanties worden opgedragen", "aan meer dan één lichaam worden toegewezen" (artikel 3, leden 1 en 4). In artikel 8, lid 1, tweede alinea, van dezelfde richtlijn wordt evenwel het volgende voorgeschreven : "De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties bij

---

(3) Arresten 7/90 van 25 januari 1990 en 1/91 van 7 februari 1991.

de uitvoering van de in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen omschreven regelgevende taken, met name die welke erop gericht zijn daadwerkelijke concurrentie te waarborgen, zoveel mogelijk rekening houden met het streven dat de regelgeving technologisch neutraal moet zijn". Voorts legt artikel 20 aan de lidstaten de verplichting op om te voorzien in een procedure om geschillen te beslechten, wanneer op een onder deze richtlijn of de bijzondere richtlijnen vallend gebied een geschil in verband met de verplichtingen ontstaat tussen ondernemingen die elektronische-communicatienetwerken of -diensten aanbieden. Zulke geschillen kunnen ontstaan tussen ondernemingen die uitsluitend in de telecommunicatiesector werkzaam zijn en andere die uitsluitend werken op het gebied van radio- en televisieomroep. Zo wordt bijvoorbeeld gedacht aan geschillen aangaande collocatie of gedeeld gebruik van faciliteiten (artikel 12 van de richtlijn).

Algemeen beschouwd is door de technologische convergentie van de telecommunicatiesector en de audiovisuele sector[4], waarmee in de Europese regelgeving via de voormelde richtlijnen naar behoren rekening is gehouden, het niet langer denkbaar dat de federale Staat, die bevoegd is voor telecommunicatie enerzijds, en de gemeenschappen, die bevoegd zijn voor radio-omroep en televisie, met inbegrip van de "technische aspecten" ervan anderzijds, elk afzonderlijk de maatregelen kunnen treffen om een regelgeving voor de eenheidsmarkt van elektronische-communicatienetwerken en -diensten uit te werken.

Het gemeenschappelijk regelgevend kader, waarop de kaderrichtlijn betrekking heeft, kan alleen geldig worden omgezet als vooraf een samenwerkingsakkoord gesloten wordt, zoals bedoeld in artikel 92bis van de voormelde bijzondere wet van 8 augustus 1980, tenzij de wetgever, met een bijzondere meerderheid, voorziet in een bevoegdheidsverdeling die, naar het voorbeeld van de Europese regelgeving, een onderscheid zou maken tussen de transmissie van elektronische communicatie en de inhoud ervan.

---

(4) Zie S. BAZZANELLA en Ph. GERARD, Télécommunications et audiovisuel : convergence de vues ? Enjeux et conséquences juridiques de la convergence technologique entre les télécommunications et l'audiovisuel, onder leiding van Y. POULLET en R. QUECK, la Charte, 1997.

3. Volgens de memorie van toelichting strekt het onderhavige voorontwerp ertoe "enerzijds de autonomie van de regulerende instantie (te) vergroten en anderzijds de voorwaarden (te) versoepelen die aan de menselijke en materiële organisatie van zijn werkzaamheden ten grondslag liggen". Het heeft tot doel "(...) een instelling ... (te creëren) die geen organieke banden meer heeft met de minister die bevoegd is voor de betrokken sectoren. Die instelling zal een Raad hebben die alle beslissingen neemt welke het nieuwe Instituut binden. Die organisatie is overgenomen van die welke toegepast wordt op de regulatoren van andere grote economische sectoren, zoals de Bankcommissie (Commissie voor het Bank- en Financiewezen) of de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas".

Naar het voorbeeld van deze laatste twee instellingen, zal het lichaam dat bij de ontworpen wet wordt opgericht niet vallen onder het hiërarchische gezag van de Regering en niet aan haar algemene toezicht onderworpen zijn.

In de memorie van toelichting staat :

> "Wat de kwestie van de autonomie van de regulator betreft, heeft België kritiek gekregen zowel vanwege de Europese instanties als van de operatoren op de telecommunicatiemarkt, omdat er een te grote afhankelijkheid is tussen de verantwoordelijke minister en de regulerende instantie. Die kritiek is door de Europese Commissie geformuleerd in de jaarverslagen die zij publiceert over de uitvoering van de "telecommunicatieregelgeving" in de verschillende lidstaten. Bovendien hebben de Europese instanties onlangs aan België een gemotiveerd advies gericht over de organisatie van de regulering in de postsector."

Op te merken valt evenwel dat het Europees recht niet voorschrijft dat de regulariserende instantie onafhankelijk dient te zijn van de politieke autoriteiten, maar wel van de instellingen die telecommunicatienetwerken of -diensten exploiteren.

Artikel 3.2. van de kaderrichtlijn bepaalt immers het volgende :

> "De lidstaten waarborgen de onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instanties door ervoor te zorgen dat zij juridisch gezien onderscheiden zijn van en functioneel onafhankelijk zijn van alle organisaties die elektronische-communicatienetwerken, -apparatuur of -diensten aanbieden. Lidstaten die de eigendom van of de zeggenschap over elektronische-communicatienetwerken en/of -diensten aanbiedende ondernemingen behouden, zorgen voor een daadwerkelijke structurele scheiding tussen de regelgevende taken en de met eigendom of zeggenschap verband houdende activiteiten.".

In de elfde overweging wordt, voor zover nodig, het volgende gepreciseerd :

> "Overeenkomstig het beginsel van scheiding van regelgevende en operationele functies moeten de lidstaten de onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instantie of instanties waarborgen teneinde ervoor te zorgen dat hun besluiten onpartijdig zijn. Deze eis van onafhankelijkheid doet niet af aan de institutionele autonomie en de constitutionele verplichtingen van de lidstaten of aan het beginsel van neutraliteit met betrekking tot de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten, dat is neergelegd in artikel 295 van het Verdrag".

Het voornaamste oogmerk van de Europese regelgeving bestaat er aldus in een belangenconflict tussen de regulerende en de functie van exploitant van openbare overheden te voorkomen. Dit oogmerk is niet nieuw. Het is bevestigd door het Hof van Justitie sedert het begin van de jaren 90, indertijd voor de regulering van de telefooneindapparatuur [(5)] . Richtlijn 97/51/EG van het Europees Parlement en de Raad van 6 oktober 1997 tot wijziging van de Richtlijnen 90/387/EEG en 92/44/EEG van de Raad met het oog op de aanpassing aan een door concurrentie gekenmerkte context in de telecommunicatie, heeft dat vereiste nog verscherpt door richtlijn 90/387/EEG van de Raad van 28 juni 1990 betreffende de totstandbrenging van de interne markt voor telecommunicatiediensten door middel van de tenuitvoerlegging van Open Network Provision (ONP) te wijzigen. In artikel 5bis, lid 2, tweede alinea, van voornoemde richtlijn 90/387/EEG wordt het volgende bepaald : "... dienen lidstaten die het eigendom behouden van of die een belangrijke mate van zeggenschap hebben over de organisaties die telecommunicatienetwerken en/of -diensten verschaffen, ervoor zorg te dragen dat er een daadwerkelijke structurele scheiding bestaat tussen de regelgevende functie en de met het eigendom of met de zeggenschap verband houdende activiteiten". De verplichting die rust op de lidstaten is aldus duidelijk groter wanneer ze zeggenschap behouden over een exploitant, aangezien het risico van een discriminerende tenuitvoerlegging van de regelgeving meer voor de hand ligt [(6)] .

---

(5) Vgl. HJEG 27 oktober 1993, Decoster, zaak C-69/91, Jur., I-5335.

(6) Zie P. NIHOUL, Droit européen des télécommunications - L'organisation des marchés, Larcier, 1999, blz. 246-248.

Hetzelfde vereiste is opgelegd in de postsector bij artikel 22 van richtlijn 97/67/EEG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 betreffende gemeenschappelijke regels voor de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap en de verbetering van de kwaliteit van de dienst. Lid 1 van dat artikel bepaalt het volgende : "Elke lidstaat wijst een of meer nationale regelgevende instanties voor de postsector aan, die juridisch onderscheiden en functioneel onafhankelijk zijn van de exploitanten van postdiensten". Dit is trouwens het belangrijkste bezwaar dat de Europese Commissie heeft gemaakt tegen de Belgische postwetgeving. Het gemotiveerde advies van 18 juli 2001, dat aanleiding heeft gegeven tot het onderhavige voorontwerp (7) , betreft het vereiste van scheiding tussen de regelgevende instanties in de postsector en de exploitanten die in dezelfde sector goederen of diensten aanbieden.

Er dient op te worden gewezen dat de voormelde nieuwe Europese regelgeving inzake elektronische netwerken aan dat vereiste geenszins afbreuk heeft gedaan (8). Integendeel, in artikel 3, lid 2, van de kaderrichtlijn wordt een "daadwerkelijke structurele scheiding" voorgeschreven.

In het onderhavige voorontwerp wordt niet voldoende tegemoet gekomen aan de bezwaren die de Europese Commissie gemaakt heeft. De Minister van Telecommunicatie behoudt immers bepaalde belangrijke prerogatieven. Krachtens artikel 15, § 5, van het voorontwerp blijft alleen hij bevoegd om aan de Ministerraad voor te stellen de leden van de Raad van het BIPT af te zetten. Impliciet draagt hij ook aan de Koning het koninklijk besluit voor waarin de redenen van de afzetting worden omschreven. Deze bepalingen lijken niet van die aard dat ze het conflict met de Europese Commissie kunnen regelen. De Commissie heeft dit trouwens aangegeven in haar advies over het voorontwerp.

---

(7) Het zou nuttig zijn dat advies bij de gedrukte stukken te voegen.

(8) Zie een gedetailleerde vergelijking in T. ZGAJEWSKI en M. VAN BELLINGHEN, Quelle réforme pour le régulateur des télécommunications en Belgique ? Studia Diplomatica, 2000/6, blz. 51-81, inzonderheid blz. 65-66.

Doordat de Staat zeggenschap blijft behouden over de traditionele exploitanten in de sectoren telecommunicatie en post, bestaat de oplossing voor het conflict erin een duidelijker scheiding te maken tussen enerzijds het beheer van die overheidsbedrijven en participaties en anderzijds de regulering van deze twee markten, ook wat betreft de autoriteiten die voor beide aangelegenheden verantwoordelijk zijn.

4. Na het voorontwerp te hebben onderzocht uit het oogpunt van de onafhankelijkheid van de regulator ten opzichte van de exploitanten, moet dit nu worden gedaan uit het oogpunt van de onafhankelijkheid ten opzichte van de Regering. Zoals voorheen aangegeven, is de keuze die de steller van het ontwerp gemaakt heeft, namelijk om van de nationale regelgevende instantie een administratieve overheid te maken waarover de Regering slechts een beperkte zeggenschap zal hebben, dus geenszins een verplichting die voortvloeit uit het Europese recht.

De vraag rijst of een dergelijke keuze verenigbaar is met de grondwettelijke beginselen van bevoegdheidsopdracht, die impliceren dat bevoegdheden in principe niet kunnen worden overgedragen aan personen over wier activiteiten de publieke overheid geen zeggenschap heeft [(9)]. In zoverre prerogatieven van administratieve overheden opgedragen worden aan instellingen die niet rechtstreeks door de uitvoerende macht bestuurd worden, moet de uitvoerende macht op deze instellingen voldoende controle kunnen uitoefenen om voor de wetgevende kamers de politieke verantwoordelijkheid ervoor te kunnen dragen [(10)].

---

(9) Zie onder meer de adviezen 24.108/9, gegeven op 8 maart 1995, over een ontwerp van decreet "relatif à la gestion des hôpitaux psychiatriques de la Région wallonne", Gedrukt Stuk, Waalse Gewestraad, 1994-1995, nr. 332/1, blz. 11 en 24.342/8 van 31 maart 1995 over een voorstel van decreet houdende verbetering van de samenwerkingsmogelijkheden van openbare ziekenhuizen, Gedrukt Stuk, Vlaamse Raad, 1994-1995, nr. 530/5, blz. 12.

(10) Zie D. DEOM, Le statut juridique des entreprises publiques, Brussel, Story-Scientia, 1990, blz. 227; M. LEROY, Les règlements et leurs juges, Brussel, Bruylant, 1987, blz. 98; X. DELGRANGE, L. DETROUX en H. DUMONT, La régulation en droit public, in Elaborer la loi aujourd'hui, mission impossible, onder leiding van B. JADOT en F. OST, publ. FUSL, 1998, blz. 75.

Het nieuwe Europese regelgevend kader betreffende elektronische communicatie belet dit trouwens niet. Krachtens artikel 3, lid 2, van de kaderrichtlijn moeten de nationale regelgevende instanties "juridisch gezien onderscheiden zijn en functioneel onafhankelijk zijn van alle organisaties die elektronische-communicatie-netwerken, -apparatuur of -diensten aanbieden". Krachtens artikel 3, lid 3, van dezelfde richtlijn moeten de nationale regelgevende instanties hun bevoegdheden "onpartijdig en op transparante wijze" uitoefenen. In overweging nr. 11 van die richtlijn wordt uitdrukkelijk het volgende gesteld : "Deze eis van onafhankelijkheid doet niets af aan de institutionele autonomie en de constitutionele verplichtingen van de lidstaten". Er dient derhalve te worden voorzien in mechanismen waardoor de politieke verantwoordelijkheid van de uitvoerende macht kan worden gehandhaafd. Op deze voorwaarde kan de wetgevende macht daadwerkelijk controle uitoefenen.

De ontworpen wet voert een toetsing met volle rechtsmacht in bij het Hof van beroep van de beslissingen die genomen zijn door de Raad van het Instituut of door zijn voorzitter. Zulk een toetsing [(11)] beperkt de onafhankelijkheid van de instelling weliswaar maar stelt de Regering niet in staat om de politieke verantwoordelijkheid voor die beslissingen te verzekeren.

Naast die rechterlijke toetsingen bestaan de nadere regels voor de controle waarin door het voorontwerp wordt voorzien uit :

- de benoeming en de afzetting van de leden van de Raad door de Koning, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad (artikel 15, § 2 en § 5);

- de goedkeuring van de begroting en van de rekeningen van het Instituut door de minister bevoegd voor Begroting en die bevoegd voor Financiën (artikel 43);

- de verplichting om een jaarverslag op te stellen dat aan de "Minister" moet worden voorgelegd (artikel 42);

---

(11) Zie infra.

- het opstellen van het huishoudelijk reglement van de Raad, alsmede van het organigram en de personeelsformatie, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad (artikelen 21 en 25);

- het vaststellen van het statuut van de personeelsleden van het Instituut door de Koning (artikel 24);

- het toekennen van de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie door de Koning aan de "statutaire" leden van het personeel van het Instituut (artikel 25).

De uitvoerende macht zal daarentegen geen enkele hiërarchische bevoegdheid of enig toezicht uitoefenen op de volbrenging van die taken door het Instituut.

De afdeling wetgeving heeft reeds in het verleden aangenomen dat aan bepaalde instellingen administratieve taken worden toevertrouwd, zoals daar zijn taken van machtiging, controle of toezicht, waarvoor de Regering rechtstreeks geen enkel injunctierecht, vernietigings -of herzieningsbevoegdheid uitoefent [(12)]. Wat betreft domeinen die nauw aanleunen bij datgene waarover het onderhavige voorontwerp handelt, kan men aldus de Hoge Raad voor de Audiovisuele Sector van de Franse Gemeenschap citeren en de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas (hierna genoemd de CREG).

Met betrekking tot de Hoge Raad voor de Audiovisuele Sector van de Franse Gemeenschap bijvoorbeeld heeft de afdeling wetgeving het volgende geoordeeld :

> "(...) le pouvoir de sanction exercé par le "Conseil" revêtirait, ainsi, le caractère d'une compétence totalement soumise, en cas de contestation, à la censure desdites juridictions.
>
> Pour ce qui est des sanctions à prendre, il ne paraît, dès lors, pas s'imposer qu'un contrôle hiérarchique ou de tutelle vienne doubler ce contrôle juridictionnel.

---

(12) Met uitzondering evenwel van bevoegdheid om verordeningen uit te vaardigen.

Cela étant, la régulation de l'audiovisuel ne doit pas se limiter à la mise en oeuvre de sanctions; elle comportera aussi des abstentions d'agir dans le chef de l'autorité à laquelle le pouvoir de prendre ces sanctions sera confié.

Par définition, la censure de telles abstentions ne se prête pas à un contrôle juridictionnel effectif.

Pour que ces abstentions puissent faire l'objet d'un contrôle de l'autorité, plusieurs systèmes pourraient être envisagés. On en voit deux :

1° accorder au Gouvernement le pouvoir de saisir le Conseil d'autorisation et de contrôle aux fins de lui faire sanctionner les infractions qu'il aurait constatées;

2° l'insertion, dans le rapport annuel, d'une relation spéciale rendant compte de la politique menée, sur le plan des sanctions, par le "Conseil", de manière qu'à l'occasion du dépôt de ce rapport, un débat politique puisse avoir lieu au Conseil de la Communauté française.

Pour autant que ce système soit organisé, le Conseil d'Etat est d'avis qu'il serait satisfait à l'article 9, alinéa 2, de la loi spéciale du 8 août 1980, en tant que cette disposition requiert que le décret règle le contrôle de l'organisme envisagé." (13).

De afdeling wetgeving heeft eveneens zonder opmerking bewilligd in de zelfstandigheid die de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas geniet. De bevoegdheden van deze commissie en de controle waaraan ze onderworpen is vertonen evenwel een aantal niet te verwaarlozen verschillen met het Instituut dat door het onderhavige voorontwerp wordt opgericht. De Commissie is aldus in hoofdzaak "belast met een raadgevende taak ten behoeve van de overheid inzake de (...) werking van de (...) markt" en "met een algemene taak van toezicht en controle op de toepassing van de (...) wetten en reglementen" met betrekking tot de gas- en elektriciteitsmarkt (14). Ze is niet bevoegd om overtredingen van die reglementen te bestraffen en haar personeelsleden beschikken niet over het voorrecht van gerechtelijke politie. De wet bepaalt bovendien dat "het directiecomité (...) onder het toezicht (staat) van de algemene raad, die is samengesteld uit vertegenwoordigers van de federale regering" en die onder andere tot

---

(13) Zie advies 25.603/9, gegeven op 17 maart 1997, over een voorontwerp dat het decreet geworden is van 24 juli 1997 betreffende de "Conseil supérieur de l'audiovisuel" (Hoge Raad voor de audiovisuele sector van de Franse Gemeenschap van België) en de private diensten voor klankradio-omroep van de Franse Gemeenschap, gedr. St. Franse Gemeenschapsraad (zitting 1996-1997 - nr. 148/1).

(14) Artikel 23, § 2 van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt.

taak heeft "de wijze waarop het directiecomité zijn taken uitvoert, te evalueren en in dit verband adviezen en aanbevelingen te formuleren aan de minister en het directiecomité" (15).

Hoewel dus, zoals uit deze rechtspraak blijkt, kan worden aangenomen dat een instelling die belast is met bepaalde controletaken of zelfs met de taak om te bestraffen, over een relatieve zelfstandigheid beschikt, is de noodzaak dat de Regering voldoende controle uitoefent niet minder erkend.

Het al dan niet voldoende zijn van de controle moet beoordeeld worden in verhouding tot de omvang van de bevoegdheden die toevertrouwd worden aan de administratieve overheid. Wanneer het erom gaat op individuele gevallen een nauwkeurige regelgeving toe te passen, die slechts weinig discretionaire bevoegdheid overlaat aan de instelling, kan de controlebevoegdheid van de uitvoerende macht worden beperkt. Wanneer daarentegen de uitoefening van de bevoegdheden die aan die instelling worden toevertrouwd, opportuniteitskeuzes inhoudt, moet die overheid, die niet politiek verantwoordelijk is, onderworpen worden aan strengere controle vanwege de Regering.

In dat verband zijn de bevoegdheden van het Instituut, vooral in de sector van de telecommunicatie, nu reeds niet te verwaarlozen. Het voorontwerp strekt ertoe die omvangrijker te maken en de omzetting van de voornoemde richtlijnen zou niet tot gevolg mogen hebben dat ze beperkt worden. Het Instituut treedt op als administratieve overheid voor de toewijzing van zeldzame faciliteiten (nummering en radiogolven), voor het bepalen van organisaties met een sterke positie op de markt, waaraan bijzondere verplichtingen worden opgelegd, om verplichtingen op te leggen inzake toegang en interconnectie van de netwerken of gedeeld gebruik. Voor die beslissingen heeft het Instituut geen gebonden bevoegdheid, verre daarvan. Het beschikt daarenboven over bevoegdheden van gerechtelijke politie voor het opspeuren en vaststellen van overtredingen van de gezamenlijke regelgeving inzake postdiensten, telecommunicatie en radioberichtgeving en heeft de bevoegdheid om administratieve sancties uit te spreken.

---

(15) Artikel 24, § 3, van dezelfde wet.

Het voorontwerp verhoogt voorts die prerogatieven door het Instituut de mogelijkheid te bieden voorlopige maatregelen te bevelen "indien hij (de Raad) in het kader van het onderzoek van een verzoek vaststelt dat er schending is van de reglementering, op de toepassing en naleving waarvan het Instituut toeziet en controle uitoefent" (artikel 19 van het voorontwerp) [16].

Al die prerogatieven behoren te worden herzien teneinde, zoals opgemerkt is onder algemene opmerking 1, te zorgen voor een correcte omzetting van de Europese richtlijnen. Zo bijvoorbeeld de voorlopige maatregelen die zonet aan de orde zijn gesteld in artikel 10, lid 6, van de machtigingsrichtlijn. Die laatste bepaling beperkt niet, zoals in het voorontwerp, de voorlopige maatregelen tot tekortkomingen die vastgesteld zijn "in het kader van het onderzoek van een verzoek", maar preciseert daarentegen dat die voorlopige maatregelen genomen kunnen worden in geval van inbreuken die begaan zijn door ondernemingen en omschrijft verder de ernstige bedreigingen die die voorlopige maatregelen kunnen rechtvaardigen.

Een ander voorbeeld : artikel 109ter, § 5, tweede lid, van de wet van 21 maart 1991 biedt het Instituut de mogelijkheid om ondernemingen de interconnectie op te leggen van hun telecommunicatienetwerken die aan het publiek aangeboden worden "wanneer het Instituut dit absoluut noodzakelijk acht". De voorwaarden voor de uitoefening van een dergelijk prerogatief zijn ingeschreven in de toegangsrichtlijn. Deze verwijst naar artikel 8 van de Kaderrichtlijn, die de doelstellingen en beginselen vaststelt die door de nationale regelgevende instanties nageleefd moeten worden "bij de uitvoering van de in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen omschreven regelgevende taken". Die doelstellingen en beginselen moeten eveneens worden omgezet in de ontworpen wet.

---

(16) Wat die voorlopige maatregelen betreft, behoort de betekenis van de verwijzing naar de "burgerlijke rechten" nader te worden toegelicht in het licht van de activiteit van de betrokken personen en moeten de gevallen waarin een maatregel genomen kan worden, worden verduidelijkt.

Blijft het feit dat de bewoordingen van die doelstellingen, die in het algemeen zijn gesteld, de omvang aangeven van de discretionaire bevoegdheid waarover het Instituut zal beschikken bij het vervullen van de taken van regulering [17] van de betrokken markten, welke taken aan het Instituut worden toevertrouwd.

Zulk een discretionaire bevoegdheid kan niet zonder controle blijven. De kaderrichtlijn bepaalt voorts dat moet worden voorzien in een recht om tegen de besluiten van de nationale regelgevende instanties beroep in te stellen.

De ontworpen wet voorziet eveneens in een dergelijk beroep, bij het Hof van Beroep te Brussel, rechtsprekende in kort geding. Het voorontwerp bepaalt dat het om een beroep met volle rechtsmacht gaat, maar verduidelijkt niet wie gerechtigd is om zulk een beroep aan te tekenen.

Ten einde ervoor te zorgen dat zowel de onafhankelijkheid van het Instituut gewaarborgd is bij het vervullen van zijn taken inzake regulering van de markt, als de naleving van de grondwettelijke beginselen die maken dat de Regering de politieke verantwoordelijkheid kan dragen voor de genomen administratieve beslissingen, zou één van de controlevoorschriften erin kunnen bestaan dat de Staat zelf beroep vermag in te stellen tegen de beslissingen van het Instituut.

Overigens, wat de hoedanigheid betreft van officier van gerechtelijke politie die wordt toegekend aan personeelsleden van het Instituut, behoort te worden opgemerkt dat de personeelsleden van de andere zelfstandige reguleringinstanties, zoals de Commissie voor het Bank- en Financiewezen en de Commissie voor de Regulering van

---

(17) Wanneer in de richtlijnen het woord "wetsteksten" wordt gebruikt, heeft het betrekking op elke bemoeienis van de administratieve overheid, of deze nu bestaat in een algemene en abstracte maatregel, of in een bijzondere beslissing. Zoals de afdeling wetgeving reeds verschillende keren heeft gesteld, is het uitgesloten dat een algemene en abstracte regel wordt gegeven zonder rechtstreekse bemoeienis van een politiek verantwoordelijke overheidsinstantie. Het woord "regulering" dat weliswaar zelf dubbelzinnig is, wordt hier gebruikt in de enge betekenis van het woord, namelijk het nemen van bijzondere beslissingen door een administratieve overheid met een ruime discretionaire bevoegdheid, in tegenstelling tot de regelgeving die in de interne rechtstaal traditioneel alleen de algemene en abstracte rechtsregels beslaat.

.../...

de Elektriciteit en het Gas niet over een dergelijke bevoegdheid beschikken [18]. De ontworpen wet voorziet evenwel in een bijzondere wijze van controle op die taken van gerechtelijke politie, aangezien zij bepaalt dat die officieren "onder het toezicht (staan) van de procureur-generaal". De ontworpen wet zou nauwkeuriger moeten zijn nopens de nadere regels voor dat toezicht door het openbaar ministerie [19], ten einde in het bijzonder te verhoeden dat er gezagsconflicten ontstaan waarmee die personeelsleden geconfronteerd zouden kunnen worden omdat ze onderworpen zijn aan het dubbele gezag van de hiërarchie van het Instituut en van het openbaar ministerie [20]. Indien zou vaststaan dat alle taken van gerechtelijke politie van het Instituut uitgeoefend worden onder de leiding van het openbaar ministerie, zou het feit dat die personeelsleden overigens verantwoording verschuldigd zijn aan een niet politiek verantwoordelijke overheidsinstantie geen bezwaren moeten opleveren.

Tot slot, gelet op de huidige en toekomstige uitbreiding van de competenties van het Instituut, zouden de handelingen die door dat Instituut gesteld worden krachtens de voornoemde wetten van 21 maart 1991 en 30 juli 1979, en die van groot belang zijn voor de werking van die markten, onderworpen moeten worden aan een vorm van bijzonder toezicht door de Minister die belast is met de regelgeving voor de betrokken sectoren. Het bepalen van die aan toezicht onderworpen handelingen mag niet los gezien worden van de nakende uitwerking, door de Belgische wetgever, van het nieuwe Europese regelgevend kader inzake elektronische netwerken.

---

(18) Wat de gas- en elektriciteitsmarkt betreft, wordt bepaald dat inbreuken opgespoord en vastgesteld worden door ambtenaren van het Ministerie van Economische Zaken, onverminderd de bevoegdheden van de officieren van gerechtelijke politie (artikel 30bis van de voornoemde wet van 29 april 1999). De toekenning van de hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie aan andere personen dan aan personeelsleden die ressorteren onder een openbaar gezag, is evenwel geen nieuwigheid. Het Veldwetboek kent deze hoedanigheid toe aan de veldwachters van particulieren.

(19) In de commentaar op de bepaling wordt niet uitgelegd waarom en de afdeling wetgeving begrijpt niet wetshalve het toezicht uitgeoefend wordt door de procureur-generaal en niet door de procureur des Konings.

(20) De steller van het ontwerp zou in dat verband kunnen terugvallen op de bepalingen van de wet van 5 augustus 1992 op het politieambt, in het bijzonder op de artikelen 8/6 en volgende.

Indien de maatregelen die zonet voorgesteld zijn genomen worden, zouden de omvang van de discretionaire bevoegdheid die aan het Instituut wordt toegekend en het ontbreken van een algemeen toezicht toelaatbaar zijn.

5. Artikel 20 van het voorontwerp voorziet in de mogelijkheid voor het Instituut om administratieve sancties op te leggen. Bij deze bepaling behoren dezelfde opmerkingen te worden gemaakt als die welke geformuleerd zijn in advies 30.265/4, dat op 13 juni 2000 gegeven is over een voorontwerp van wet "houdende sociale, budgettaire en andere bepalingen" naar aanleiding van een soortgelijke bepaling die door dat voorontwerp zou worden ingevoegd in de voornoemde wet van 21 maart 1991.

In het bijzonder wordt eraan herinnerd dat het beroep tegen deze administratieve sancties, die strafrechtelijk van aard zijn in de zin van artikel 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, schorsende kracht moet hebben en dat de steller van het ontwerp moet verhinderen dat die administratieve sancties komen bovenop de strafrechtelijke straffen waarin voor dezelfde feiten voorzien wordt in de wetsbepalingen waarvan de toepassing en de naleving onderworpen zijn aan de controle van het Instituut.

6. Het voorontwerp strekt er eveneens toe een "Kamer van Beroep voor Telecommunicatie" op te richten, samengesteld uit "drie werkende leden en drie plaatsvervangende leden, gekozen onder de rechters bij de Rechtbank van Koophandel of de Rechtbank van Eerste Aanleg van het Rijk".

Dit rechtscollege zou uitspraak doen over "geschillen tussen telecommunicatieoperatoren of leveranciers van telecommunicatiediensten met betrekking tot interconnectie, huurlijnen, bijzondere toegang, ontbundelde toegang tot het aansluitnet en gedeeld gebruik".

Dit rechtscollege zou in zekere zin in de plaats treden van de "Kamer voor Interconnectie, huurlijnen, bijzondere toegang, ontbundelde toegang tot het aansluitnet en gedeeld gebruik", ingesteld door artikel 79ter van de voornoemde wet van 21 maart 1991, welke bepaling door artikel 47, tweede lid, van het onderhavige voorontwerp wordt opgeheven.

In tegenstelling tot de instelling waarin voorzien wordt door het onderhavige voorontwerp, neemt deze "Kamer" geen rechterlijke beslissingen, aangezien de wet immers bepaalt dat zij een administratieve beslissing neemt (artikel 79ter, § 3).

De oprichting van deze kamer is het resultaat van een verplichting opgelegd door de Europese richtlijnen inzake telecommunicatie, inzonderheid artikel 9, lid 5, van richtlijn 97/33/EG [(21)], om te voorzien in niet-rechterlijke mechanismen voor de oplossing van geschillen door "de nationale regelgevende instantie".

Artikel 20 van de kaderrichtlijn verplicht de Lidstaten eveneens te bepalen dat de nationale regelgevende instantie een "bindend besluit" neemt wanneer ze "op een onder deze richtlijn of de bijzondere richtlijnen vallend gebied" geadieerd wordt omtrent "een geschil in verband met de verplichtingen (...) tussen ondernemingen die elektronische communicatienetwerken of -diensten aanbieden in een lidstaat". In lid 2 van hetzelfde artikel wordt evenwel bepaald dat een nationale regelgevende instantie kan besluiten "een geschil niet op te lossen door middel van een bindend besluit wanneer er andere mechanismen bestaan, met inbegrip van bemiddeling, die beter zouden bijdragen tot het tijdige beslechten van het geschil overeenkomstig artikel 8".

Zoals de gemachtigde ambtenaar heeft verklaard, is het de bedoeling van de steller van het ontwerp te voorzien in een snel rechterlijk mechanisme voor de oplossing van geschillen, teneinde de moeilijkheden te voorkomen die in het interne recht ontstaan, door te werken met beslissingen van administratieve overheden om geschillen tussen ondernemingen op te lossen.

---

(21) Richtlijn 97/33/EG van het Europees Parlement en de raad van 30 juni 1997 inzake interconnectie op telecommunicatiegebied, wat betreft de waarborging van de universele dienst en van de interoperabiliteit door toepassing van de beginselen van Open Network Provision (ONP).

De steller van het ontwerp wordt er evenwel opmerkzaam op gemaakt dat, zoals de bevoegdheid van de Kamer in dit voorontwerp gedefinieerd wordt, zekere geschillen die bij die Kamer aanhangig zullen worden gemaakt onvermijdelijk betrekking zullen hebben op burgerlijke rechten. Krachtens artikel 144 van de Grondwet mogen die geschillen evenwel niet onttrokken worden aan de rechtbanken van de rechterlijke orde. Binnen de rechterlijke orde moeten dan ook instanties en procedures worden ingesteld die het mogelijk maken aan de vereisten van de voormelde richtlijn te voldoen [(22)]. Die oplossing wordt overigens geenszins uitgesloten door de kaderrichtlijn. In artikel 2, g), van de richtlijn wordt de nationale regelgevende instantie gedefinieerd als "één of meer lichamen die door een lidstaat zijn belast met een van de regelgevende taken die in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen worden opgelegd". Op grond van die bepaling kunnen de taken die in het regelgevend kader worden opgelegd aldus aan meer dan één instantie worden opgedragen.

Bovendien moet er rekening mee worden gehouden dat, opdat aan de vereisten van de richtlijn wordt voldaan, de mechanismen voor het snelle beslechten van geschillen ook moeten gelden voor andere geschillen dan die bedoeld in artikel 30 van het voorontwerp. Artikel 20, lid 1, van de kaderrichtlijn heeft immers betrekking op de beslechting van alle geschillen tussen ondernemingen die voortvloeien uit het Europese regelgevend kader inzake elektronische netwerken.

7. Ten slotte moet worden onderstreept dat dit nieuwe regelgevend kader ertoe strekt de algemene concurrentieregels op grotere schaal te laten toepassen op de betrokken markt. Daartoe worden in de kaderrichtlijn verscheidene verplichtingen opgelegd. Artikel 3, lid 4, bepaalt dat, wanneer de taken over verschillende instanties zijn verdeeld, "de lidstaten zorgen (...) voor overleg en samenwerking tussen die instanties onderling". Zij zorgen er ook voor "dat de respectieve taken van elke instantie in een gemakkelijk toegankelijke vorm bekendgemaakt worden". Volgens artikel 3, lid 5, "(leveren) de nationale regelgevende instanties en de nationale mededingingsautoriteiten ... elkaar de informatie die nodig is voor de toepassing van de onderhavige richtlijn en de bijzondere richtlijnen". Bijgevolg moet de wetgever de rol van

---

(22) Zie T. ZGAJEWSKI, Les incertitudes judiciaires dans les télécommunications : un révélateur du malaise juridictionnel belge face à la libéralisation européenne?, J.T., 2000, blz. 505-516, inzonderheid blz. 513-514.

de nationale mededingingsautoriteit in de betrokken sector bepalen en de onderscheiden voormelde verplichtingen nakomen. Zulks blijkt des te belangrijker in het licht van de voorstellen tot decentralisatie van de uitvoering van de Europese mededingingsregels, waardoor de verantwoordelijkheid van de nationale autoriteiten nog groter zal worden.

8. Een aantal bepalingen voorzien in de overdracht van het vermogen en het personeel van het Instituut, zoals dat onder de gelding van de huidige wet bestaat, naar het Instituut zoals het door het voorontwerp wordt opgericht.

De afdeling wetgeving maakt de steller van het ontwerp er opmerkzaam op dat het veel eenvoudiger zou zijn te bepalen dat het Instituut zijn rechtspersoonlijkheid behoudt. De radicale wijziging die bij dit voorontwerp in het statuut van dat Instituut wordt aangebracht, staat er immers niet aan in de weg dat het zijn rechtspersoonlijkheid behoudt.

9. Uit artikel 37 van het voorontwerp en uit de bespreking ervan in de memorie van toelichting, blijkt dat het Instituut hoofdzakelijk zal worden gefinancierd door de "rechten" die het int en waarvan het bedrag bij koninklijk besluit zal worden bepaald.

De steller van het ontwerp wordt er evenwel opmerkzaam op gemaakt dat het bedrag van heffingen alleen bij koninklijk besluit mag worden vastgesteld wanneer die heffingen de vergoeding vormen van een dienst die de overheid ten voordele van de individueel beschouwde heffingsplichtige presteert. Wanneer zulks niet het geval is, moet het bedrag overeenkomstig artikel 170 van de Grondwet bij de wet worden bepaald.

Doordat vele taken van het Instituut niet zulke individuele diensten vormen, zal de financiering van het Instituut wellicht niet hoofdzakelijk met "rechten" kunnen worden gewaarborgd.

Dat geldt des te meer daar het aantal gevallen waarin voor de exploitatie van elektronische communicatienetwerken en -diensten een individuele machtiging kan

worden afgegeven in plaats van een algemene machtiging, bij de machtigingsrichtlijn sterk wordt beperkt.

Hoewel die richtlijn in zekere mate de mogelijkheid biedt om de controle- en toezichtactiviteiten te financieren met aan de exploitanten opgelegde bijdragen of vergoedingen, moet het bedrag van die heffingen, wanneer zij niet de vergoeding vormen van een dienst die de overheid ten voordele van de individueel beschouwde heffingsplichtige presteert, overeenkomstig artikel 170 van de Grondwet bij de wet worden bepaald.

10. Uit alle voorgaande opmerkingen blijkt dat het voorontwerp grondig moet worden herzien, inzonderheid opdat rekening wordt gehouden met het nieuwe Europese regelgevend kader. Dat nieuwe kader biedt de gelegenheid om de volledige wetgeving terzake integraal te herzien en het nieuwe statuut van de regulerende instantie daar beter bij aan te laten sluiten.

Bijgevolg wordt in de hiernavolgende opmerkingen alleen ingegaan op de bijzondere problemen van overeenstemming met (andere) hogere regelingen (dan de voormelde richtlijnen) die door de bepalingen van het voorontwerp rijzen.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

Dispositief

Artikel 1

Voorzover bepalingen van het voorontwerp betrekking hebben op beroepen bij rechtbanken van de rechterlijke orde of op afwijkingen van de bevoegdheid van de Raad van State, houden zij verband met aangelegenheden die overeenkomstig artikel 77 van de Grondwet door beide Kamers op voet van gelijkheid moeten worden behandeld.

Artikel 4

1. Paragraaf 2, derde lid, zou het best vervallen. Dat een adviesorgaan slechts een beperkt aantal leden van hetzelfde geslacht mag tellen, vloeit reeds voort uit de wet van 20 juli 1990 ter bevordering van de evenwichtige aanwezigheid van mannen en vrouwen in organen met adviserende bevoegdheid.

2. In verband met het vierde en het vijfde lid behoort wederom te worden opgemerkt dat het principe van de respectieve autonomie van de federale Staat, de gemeenschappen en de gewesten eraan in de weg staat dat een overheid, in casu de federale Staat, eenzijdig voorschrijft dat een andere overheid verplicht is deel te nemen aan de organen die zij opricht, tenzij artikel 92ter van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen wordt toegepast, en dat niet bij gewone wet kan worden bepaald in welke gevallen een samenwerkingsovereenkomst moet worden gesloten.

Er mag bijgevolg alleen worden bepaald dat de Koning kan voorzien in de vertegenwoordiging van de gemeenschaps- en gewestregeringen in het Raadgevend Comité voor de Telecommunicatie. De Koning kan die vertegenwoordiging dan, overeenkomstig het voormelde artikel 92ter, regelen bij koninklijk besluit, "genomen na akkoord van" de gemeenschaps- en gewestregeringen.

3. Deze opmerkingen gelden eveneens voor artikel 8.

Artikel 6

Het is tegenstrijdig te bepalen dat over de aanbevelingen van het Raadgevend Comité voor de Telecommunicatie niet wordt gestemd en vervolgens het geval te behandelen dat er geen eenparigheid is.

Deze bepaling moet worden herzien teneinde rekening te houden met deze opmerking.

.../...

Deze opmerking geldt eveneens voor artikel 10.

Artikel 12

Het tweede lid moet vervallen. Het Instituut wordt immers bestuurd door een Raad.

Artikel 13

Zoals paragraaf 1 geformuleerd is, is niet uitgesloten dat aan het Instituut bij verordening andere taken worden toegekend.

Voorzover deze bepaling de Koning aldus machtigt om aan het Instituut andere taken toe te kennen dan die waarin de wet voorziet, is ze een te vergaande opdracht van bevoegdheid.

Achteraan in paragraaf 1 dienen de woorden "en reglementaire teksten" te vervallen.

Artikel 16

1. De uitzondering waarin het eerste lid voorziet, behoort door de steller van het ontwerp te worden verantwoord in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

2. In het tweede lid is sprake van de "functionele kennis van het Nederlands en het Frans". De wetgever dient zelf de vraag te regelen hoe de taal van de leden wordt bepaald en hoe wordt nagegaan of ze een functionele kennis van het Frans en het Nederlands bezitten. Dat begrip is thans immers in geen enkele regeling gedefinieerd.

Artikel 18

1. Het recht gehoord te worden vloeit voort uit een algemeen rechtsbeginsel. Gelet op inzonderheid de omstandigheid dat het Instituut over de bevoegdheid beschikt om straffen op te leggen, mag in de ontworpen wet niet worden bepaald dat het recht om gehoord te worden bij besluit van de Raad mag worden geweigerd.

2. Paragraaf 2 dient te vervallen. De wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen geldt in het algemeen voor alle administratieve overheden, en dus ook voor de instantie die men van zins is bij het voorontwerp op te richten.

Artikel 23

Paragraaf 1, waarin bepaald wordt dat de aan het Instituut meegedeelde inlichtingen vertrouwelijk zijn, is in tegenspraak met paragraaf 3, waarin een onderscheid wordt gemaakt tussen de inlichtingen "die als vertrouwelijk worden behandeld" en de andere informatie.

Deze bepaling moet dan ook worden herdacht. De steller van het ontwerp moet zich in het bijzonder afvragen of er gegronde redenen zijn om af te wijken van de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur, waarin onder meer wordt bepaald dat een administratieve overheid kan weigeren een inlichting waarover ze beschikt mee te delen wanneer "het uit de aard van de zaak vertrouwelijk karakter van de ondernemings- en fabricagegegevens die aan de overheid zijn meegedeeld" moet worden beschermd (artikel 6, § 1, 7°).

Artikel 24

Gelet op algemene opmerking nummer 8, zouden paragraaf 2 en paragraaf 3 mogen vervallen.

Artikel 25

Volgens paragraaf 4 zijn "de processen-verbaal van de officieren van gerechtelijke politie rechtsgeldig tot bewijs van het tegendeel".

Die regel vormt een uitzondering op de algemene regel dat een proces-verbaal geldt als een loutere inlichting en, zoals er door het Arbitragehof op is gewezen, derhalve ook op de regel van de vrije bewijslevering in strafzaken, waarbij de rechter, naar eigen overtuiging, de bewijswaarde beoordeelt van een bepaald element, zodat het verschil in behandeling dat eruit voortvloeit op een redelijke verantwoording dient te berusten en het de rechten van de beklaagde niet op een onevenredige wijze mag beperken [(23)]. Het verdient aanbeveling om in de memorie van toelichting het toekennen van een bijzondere bewijswaarde aan processen-verbaal te verantwoorden.

Artikel 31

Onverminderd algemene opmerking nr. 6, mag in artikel 31 niet worden bepaald dat het gebruik van de talen "in de procedure voor de Kamer" door de Koning wordt geregeld. Het gebruik van de talen is immers een aangelegenheid die krachtens artikel 30 van de Grondwet alleen door de wet mag worden geregeld.

Artikel 32

In het tweede lid wordt bepaald dat de Kamer haar vonnissen bekendmaakt "met uitzondering van de geheimen beschermd door de wet". In de artikelsgewijze bespreking wordt de reikwijdte van die bepaling niet verduidelijkt.

De Raad van State wijst erop dat artikel 23, paragraaf 1, van het voorontwerp bepaalt dat "de aan het Instituut meegedeelde inlichtingen ... vertrouwelijk

---

(23) Arbitragehof, nr. 40/2000, 6 april 2000, overweging B.14.1 en nr. 16/2001, overweging B.12.1. Zie ook advies 32.053/1 dat op 6 december 2001 is gegeven over een voorontwerp van wet betreffende de opsporing en de vaststelling van de economische misdrijven.

(zijn)" [24] en dat niet voorzien is in een bijzondere regel voor het geval tegen de beslissing van de kamer beroep wordt ingesteld bij het Hof van beroep te Brussel.

De wetgever dient een coherente regeling uit te werken, zowel voor de bekendmaking van de beslissingen van het Instituut en de Kamer als voor de bescherming van de inlichtingen die de ondernemingen in hun betrekkingen met het Instituut of tijdens debatten voor de kamer moeten geven. De wetgever zou daarbij kunnen steunen op de regeling die geldt voor de Raad voor de Mededinging, die opgericht is bij de wet tot bescherming van de economische mededinging, gecoördineerd op 1 juli 1999 [25].

Het spreekt vanzelf dat elke afwijking van het algemene stelsel ingevoerd bij de wet van 11 april 1994 betreffende de openbaarheid van bestuur en elke discrepantie tussen onderscheiden bepalingen van het voorontwerp moet worden verantwoord in het licht van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

Slotopmerkingen van taalkundige aard

Onder voorbehoud van de voorgaande inhoudelijke opmerkingen zij erop gewezen dat de Nederlandse tekst van vele bepalingen van het ontwerp uit een oogpunt van correct taalgebruik en wetgevingstechniek te wensen overlaat. Zo bijvoorbeeld schrijve men in artikel 4, § 2, zesde lid, "zitting hebben" en niet "zetelen", een opmerking die geldt voor de rest van het ontwerp; in artikel 5, eerste lid, "aanbevelingen doen" en niet "verstrekken"; in artikel 6, eerste lid, tweede zin, "Onderaan de aanbevelingen ... worden de namen vermeld van ..."; in artikel 13, § 2, 4°, "het doen van voorstellen" in plaats van "het verstrekken van voorstellen"; in artikel 13, § 3, 2°, tweede lid, "inlichtingen ... kunnen ... worden opgevraagd" in plaats van "opgeëist"; in artikel 15, § 2, "op voordracht van" en niet "op voorstel van"; in § 5, tweede lid, van hetzelfde artikel "bij koninklijk besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad" in plaats van "bij Koninklijk Besluit overlegd in Ministerraad"; in artikel 18, § 1, tweede lid, "bij een ... besluit ... dat ... ter

---

(24) Er wordt verwezen naar de opmerking betreffende dat artikel wat betreft de afwijkende regeling vervat in paragraaf 2.

(25) Zie inzonderheid de artikelen 27, § 1, tweede en derde lid, en 32ter van de voormelde gecoördineerde wet.

kennis wordt gebracht van" in plaats van "door een gemotiveerd besluit ... dat ... betekend wordt", welke opmerking mutatis mutandis voor de rest van het ontwerp geldt; in artikel 19, § 4, "bepaald in het eerste en tweede lid" en niet "voorzien in alinea 1 en 2"; in artikel 25, § 2, eerste lid, 1°, "zich te laten overleggen" en niet "zich te doen vertonen" en "overtreding" in plaats van "inbreuk", welke laatste opmerking geldt voor geheel het ontwerp; in artikel 34, § 1, eerste lid, "Tegen de besluiten ... kan beroep met volle rechtsmacht worden ingesteld bij het Hof van beroep te Brussel, rechtsprekend in kort geding", een opmerking die mutatis mutandis geldt voor heel het ontwerp; in artikel 44, § 3, "bekrachtigd" en niet "bevestigd"; en in artikel 55, vierde lid, "tweede tot zesde lid" en niet "lid 2 à 6".

Soms zijn er discrepanties tussen de Nederlandse en de Franse tekst; zo bijvoorbeeld hebben in artikel 25, § 6, tweede lid, de woorden "met name" geen tegenhanger in de Franse tekst.

Ten slotte is er niet altijd overeenkomst qua terminologie tussen het ontwerp en de memorie : in artikel 38 van het ontwerp komt "bijdragen" in de Franse versie overeen met "contributions" en in de memorie beantwoordt aan "bijdragen" in de Franse lezing "cotisations".

La chambre était composée de

Madame Mevrouw	M.-L. WILLOT-THOMAS,	président de chambre, kamervoorzitter,
Monsieur de Heer	P. LIÉNARDY,	conseillers d'Etat, staatsraden,
Madame Mevrouw	M. BAGUET,	
Monsieur de Heer	F. DEHOUSSE,	assesseur de la section de législation, assessor van de afdeling wetgeving,
Madame Mevrouw	C. GIGOT,	greffier, griffier.

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

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

De kamer was samengesteld uit

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

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de H. P. LIÉNARDY.

LE GREFFIER - DE GRIFFIER,

C. GIGOT

LE PRÉSIDENT - DE VOORZITTER,

M.-L. WILLOT-THOMAS