ROYAUME DE BELGIQUE

_ _ _ _ _ _ _ _ _ _

AVIS 37.295/4
DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

_ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _ _

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par la Ministre des Télécommunications, le 1er juin 2004, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "relatif aux communications électroniques", a donné le 28 juin 2004 l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 1°, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

Observations générales

1. Comme l'indique l'exposé des motifs, le présent avant-projet tend à assurer la transposition du nouveau cadre réglementaire européen en matière de communications électroniques.

Ce nouveau cadre est constitué par les directives suivantes :

- 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"), ci-après "la 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"), ci-après la "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"), ci-après la "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"), ci-après la "directive-service universel";

- directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques), ci-après la "directive-vie privée";

- directive 2002/77/CE de la Commission du 16 septembre 2002 relative à la concurrence dans le marché des réseaux et des services de communications électroniques, ci-après la "directive-concurrence" [(1)].

Dans son avis 33.255/4, donné sur un avant-projet de loi devenu la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur du secteur des postes et des télécommunications belges, la section de législation avait observé :

> "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 directive 2002/21/CE, (ci-après «directive-cadre»), entend par «réseau de communications électroniques» «les systèmes de transmission et, le cas échéant, les équipements de 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».

---

(1) Il est hautement recommandé que l'exposé des motifs contienne un tableau de correspondance entre le texte du projet et celui des normes européennes transposées, afin spécialement que les Chambres législatives puissent se prononcer en connaissance de cause sur le choix des moyens mis en oeuvre par les auteurs du projet pour transposer les directives précitées, et éviter que l'exercice du droit d'amendement inscrit dans l'article 76 de la Constitution ne dépasse les limites du pouvoir d'appréciation laissé aux États membres par le droit européen.

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

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'État 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".

---

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

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 la transmission de programmes de radiodiffusion et de télévision, ou pour d'autres services de communications électroniques.

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» (article 3, paragraphes 1er et 4). Toutefois l'article 8, paragraphe 1er, alinéa 2, de la même directive, précise que «les États 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'article 20 impose aux États 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 communications 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 (article 12 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'État 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.

---

(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.

> 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'article 92bis de la loi spéciale du 8 août 1980 précitée."

La section de législation ne peut que constater que cette observation garde sa pertinence [(5)].

En tout état de cause, l'article 3, paragraphe 4, de la directive-cadre ne pourra être considéré comme intégralement transposé en droit interne que lorsqu'auront été mises en place une consultation et une coopération entre les diverses autorités auxquelles des tâches sont assignées dans le cadre de la mise en oeuvre de la législation européenne en matière de communications électroniques. Cette disposition énonce en effet :

> "Les États membres publient les tâches à accomplir par les autorités réglementaires nationales d'une manière aisément accessible, en particulier lorsque ces tâches sont confiées à plusieurs organismes. Les États membres assurent, le cas échéant, la consultation et la coopération entre ces autorités, ainsi qu'entre ces autorités et les autorités nationales chargées de l'application du droit de la concurrence et les autorités nationales chargées de l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, sur des sujets d'intérêt commun. Lorsque plus d'une autorité est compétente pour traiter ces questions, les États membres veillent à ce que les tâches respectives de chaque autorité soient publiées d'une manière aisément accessible."

2. Par ailleurs, dans le but d'assurer la transposition des directives précitées sans excéder les compétences de l'autorité fédérale, l'avant-projet limite son champ d'application aux réseaux de communications électroniques et aux services de communications électroniques définis respectivement comme suit à l'article 2 :

> "«réseau de communications électroniques» : les systèmes de transmission, actifs ou passifs et, le cas échéant, les équipements de commutation ou 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, sauf s'ils sont utilisés pour la transmission de programmes de radio ou de télévision au public";

---

(5) Voy. aussi l'observation générale 2 ci-après.

et

> "«service de communications électroniques» : le service fourni normalement contre rémunération qui consiste entièrement ou principalement en la transmission et/ou la diffusion, en ce compris les opérations de commutations et de routage, de signaux sur des réseaux de communications électroniques, à l'exclusion des services consistant à fournir un contenu ou à exercer une responsabilité éditoriale sur ce contenu, à l'exception des services de la société de l'information tels que défini à l'article 2 de (la) loi du 11 mars 2003 sur certains aspects juridiques des services de la société de l'information qui ne consistent pas entièrement ou principalement en la transmission de signaux sur des réseaux de communications électroniques et à l'exception des services de radiodiffusion sonore et télévisuelle".

Ces définitions correspondent en substance à celles figurant sous l'article 2, a) et c), de la directive-cadre, sauf que sont exclus, en ce qui concerne les réseaux, ceux qui "sont utilisés pour la transmission de programmes de radio ou de télévision au public" et, en ce qui concerne les services, ceux "de radiodiffusion sonore et télévisuelle".

Les mêmes réseaux de communications électroniques peuvent servir aussi bien pour l'acheminement de signaux de radiodiffusion - qui comprend la télévision - que pour toute autre communication électronique.

En vertu de l'article 4 de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et de l'article 4 de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles de la Communauté germanophone, les Conseils de la Communauté française, de la Communauté flamande et de la Communauté germanophone, chacun pour ce qui le concerne, règlent par décret, "la radiodiffusion et la télévision, à l'exception de l'émission de communications du Gouvernement fédéral".

Comme l'a jugé la Cour d'arbitrage :

> "Sous réserve de l'exception qu'il a prévue, le législateur spécial a transféré aux communautés l'ensemble de la matière de la radiodiffusion et de la télévision. Les communautés sont compétentes pour déterminer le statut des services de radiodiffusion et de télévision et pour édicter des règles en matière de programmation et de diffusion des émissions. Cette compétence n'est pas liée à un mode déterminé de diffusion ou de transmission. Elle permet aux communautés de régler les aspects techniques de la transmission en tant qu'ils sont un accessoire de la matière de la radiodiffusion et télévision.

> Il convient à cet égard d'observer que certaines techniques, telle celle qui est utilisée pour une communication d'un émetteur à un récepteur individualisé (point to point), peuvent aujourd'hui être aussi bien utilisées pour la réception des émissions de radiodiffusion traditionnelles que pour la réception d'émissions relevant des autres modes de télécommunication. Il en résulte que les programmes diffusés au moyen de ces techniques ne sortent pas nécessairement du champ des compétences communautaires et que les techniques utilisées ne relèvent pas nécessairement de cette compétence." (6)

Il résulte de ce partage matériel de compétence que si les communautés sont compétentes pour régler les aspects techniques de la transmission en tant qu'ils sont un accessoire de la matière de la radiodiffusion et de la télévision, elles ne peuvent réglementer ces systèmes de transmission que dans la mesure où ils sont utilisés pour une telle transmission. Ces mêmes systèmes, dans la mesure où ils sont utilisés pour la transmission de communications ne relevant pas de la radiodiffusion, relèvent de la compétence de l'autorité fédérale.

Par conséquent, à l'article 2, 3°, de l'avant-projet, il convient de remplacer les mots "sauf s'ils sont utilisés pour la transmission de programmes de radio ou télévision au public" par les mots "dans la mesure où ils sont utilisés pour la transmission de signaux autres que ceux de radiodiffusion et de télévision".

En outre dans la définition des "services de communications électroniques", il y a lieu, pour éviter toute confusion, d'omettre les mots "et/ou diffusion". D'une part, au sens de la directive, la transmission comprend de toute façon la "diffusion", et d'autre part la définition de cette notion figurant à l'article 2, 5°, de l'avant-projet exclut précisément les services de radiodiffusion.

3. Il y a lieu par ailleurs de ne pas perdre de vue que la matière de la radiodiffusion n'échappe pas entièrement à la compétence de l'autorité fédérale. Celle-ci reste en effet compétente, en vertu de l'article 127, § 2, de la Constitution, pour les matières culturelles, dont font partie la radiodiffusion et la télévision, sur le territoire de la région bilingue de Bruxelles-capitale, sauf à l'égard des institutions qui, en raison de leurs activités, doivent être considérées comme appartenant exclusivement à l'une ou l'autre Communauté.

---

(6) Arrêt n° 156/2002, cons. B.4.2.

La transposition complète des directives européennes précitées implique donc que soient également revues les dispositions de la loi du 30 mars 1995 concernant les réseaux de distribution d'émissions de radiodiffusion et l'exercice d'activités de radiodiffusion dans la région bilingue de Bruxelles-capitale.

4. L'avant-projet tend à fondre dans un même texte la matière couverte par le titre III - Les télécommunications -, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques et par la loi du 30 juillet 1979 relative aux radiocommunications.

Le champ d'application de ces deux législations se recouvre partiellement. Dans la loi du 30 juillet 1979, les radiocommunications sont en effet définies comme "toute transmission au moyen d'ondes radioélectriques, d'informations de toute nature, notamment de sons, textes, images, signes conventionnels, expressions numériques ou analogiques, signaux de commande à distance, signaux destinés au repérage ou à la détermination de la position ou du mouvement et d'objets".

Les deux législations utilisent toutefois une terminologie distincte tout en visant parfois les mêmes objets.

La loi en projet reproduit en substance les dispositions de la loi du 30 juillet 1979 mais sans unifier la terminologie. Il en résulte un certain nombre de contradictions.

Le représentant de la ministre n'a ainsi pas pu éclairer la section de législation sur ce qui distingue un "équipement hertzien", défini dans la loi comme étant "un produit ou un composant pertinent d'un produit qui permet de réaliser des communications électroniques par l'émission et/ou la réception d'ondes radioélectriques en utilisant le spectre radioélectrique attribué aux communications terre/espace ..." [(7)], d'un "appareil émetteur-récepteur de radiocommunications", défini comme "tout générateur et récepteur

---

(7) Il est à noter que cette définition est une reproduction imparfaite de celle de l'article 2, c) de la directive 1999/5/CE du Parlement européen et du conseil du 9 mars 1999 concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité. Dans cette dernière, au lieu des mots "communications terre/espace", figurent les mots, plus précis, "communications radio terrestres ou spatiales".

d'oscillations électromagnétiques conçu en vue de l'émission et de la réception de radiocommunications", les radiocommunications étant elles-mêmes définies comme étant "toute transmission d'ondes radioélectriques ...".

Le présent avant-projet manque donc de cohérence sur cette question.

Ainsi, alors que l'article 9 de l'avant-projet prévoit, conformément à la directive-autorisation, que la fourniture d'un réseau de communications nécessite une simple notification préalable à l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (ci-après "l'Institut"), l'article 47 pose comme principe que nul ne peut "détenir un appareil émetteur et/ou récepteur de radiocommunications, ni établir et faire fonctionner une station ou un réseau de radiocommunications sans avoir obtenu l'autorisation écrite de l'Institut".

Certes, l'article 6 de la directive-autorisation prévoit effectivement, que lorsqu'un réseau de communications électroniques requiert l'utilisation de radiofréquences, celle-ci peut être soumise à l'octroi de droits individuels. Mais cet octroi fait déjà l'objet des articles 16 à 23 de l'avant-projet (8). L'article 17 prévoit ainsi notamment, conformément à l'article 6, paragraphe 1er, de la directive, que, lorsque le danger de brouillage préjudiciable est négligeable et lorsque c'est compatible avec les exigences d'une gestion du spectre des radiofréquences efficace et performante, l'utilisation de radiofréquences peut être effectuée sans décision individuelle d'octroi.

L'avant-projet doit donc être revu pour présenter de manière cohérente les règles relatives à l'utilisation des ondes radioélectriques (9).

---

(8) La sous-section 2 du titre II, chapitre Ier, de l'avant-projet a comme intitulé "les règles applicables aux fréquences utilisées entièrement ou partiellement pour les services publics". Mais aucune des dispositions de cette sous-section ne prévoit que son champ d'application serait restreint aux "services publics". Or il convient de rappeler que les intitulés n'ont pas de portée normative. En outre, l'avant-projet ne précise pas ce qu'il y a lieu d'entendre par "service public" . En tout état de cause l'avant-projet ne pourrait fixer des conditions d'utilisation distinctes.

(9) Nécessité d'autant plus importante que le projet abroge la loi du 30 juillet 1979 précitée et de nombreuses dispositions de la loi du 31 mars 1991 précitée pour présenter un texte tendant à couvrir l'ensemble de la matière.

5. Il y aura lieu à cette occasion d'être particulièrement attentif aux règles répartitrices de compétence dans cette matière.

Dans l'état actuel de l'avant-projet, en effet, seule la définition des équipements hertziens exclut les "appareils destinés exclusivement à la réception des émissions de radiodiffusion sonore et télévisuelle".

Par contre les définitions des appareils émetteurs ou récepteurs de radiocommunications ne contiennent pas une telle restriction, alors qu'elle figurait bien dans la loi du 30 juillet 1979, telle que modifiée par la loi du 6 mai 1998.

En outre, l'article 47 reproduit en substance l'article 3 de la loi du 30 juillet 1979, à l'exception du seul paragraphe 5.

Comme telle, cette disposition est donc contraire aux règles répartitrices de compétence dans la mesure où elle établit un régime d'autorisation par l'autorité fédérale et prévoit l'élaboration de normes sans aucune restriction pour tenir compte de la compétence des communautés en matière de radiodiffusion.

La Cour d'arbitrage avait pour ce motif annulé partiellement l'article 3 de la loi du 30 juillet 1979 [(10)].

Les dispositions relatives aux fréquences radioélectriques seront revues pour tenir compte de cette observation.

6. Sur la question de la répartition des compétences en matière de radiocommunications, il convient encore de signaler que les articles 12 à 15 de l'avant-projet de loi excèdent les compétences de l'autorité fédérale.

---

(10) Arrêt n° 7/91. Voy. également l'avis 29.368/4, donné le 22 mai 2000, sur un projet d'arrêté royal "coordonnant les dispositions du Titre III, certaines dispositions du Chapitre 10 du Titre I et les annexes à la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, ainsi que les dispositions de la loi du 30 juillet 1979 relatives aux radiocommunications".

Comme l'a encore récemment rappelé la Cour d'arbitrage :

"B.7.2. Sous réserve de l'exception qu'il a prévue, le législateur spécial a transféré aux communautés l'ensemble de la matière de la radiodiffusion et de la télévision. Cette compétence permet aux communautés de régler les aspects techniques des émissions de radio et de télévision en tant qu'ils sont un accessoire de la matière de la radiodiffusion et de la télévision. Cette compétence emporte aussi celle d'attribuer les fréquences, dans le respect des normes techniques qui sont du ressort de l'autorité fédérale.

En effet, pour permettre l'intégration de chacune des ondes radioélectriques dans le réseau de toutes celles qui sont émises sur le territoire national et afin d'éviter les perturbations mutuelles, il revient à l'autorité nationale d'assurer la police générale des ondes radioélectriques.

Cette mission inclut la compétence d'élaborer les normes techniques relatives, et à l'attribution des fréquences, et à la puissance des émetteurs, qui doivent rester communes pour l'ensemble des radiocommunications, quelle que soit leur destination, ainsi que la compétence d'organiser un contrôle technique et d'assurer par la voie répressive le respect desdites normes.

B.10. L'exposé fait par les parties devant la Cour montre la nécessité de pourvoir à une coordination entre l'État fédéral et les communautés en matière d'attribution des fréquences en cause, et ce tant au niveau national qu'au niveau international. Étant donné que ni la Constitution, ni les lois de réformes institutionnelles n'ont prévu de coopération obligatoire en cette matière, il appartient aux autorités exerçant des compétences complémentaires d'apprécier l'opportunité de faire usage de l'article 92*bis* de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, qui dispose : «L'État, les Communautés et les Régions peuvent conclure des accords de coopération qui portent notamment sur la création et la gestion conjointe de services et institutions communes, sur l'exercice conjoint de compétences propres, ou sur le développement d'initiatives en commun »." (11)

La loi en projet ne peut donc habiliter ni le Roi ni l'Institut à prendre des normes ou à édicter des prescriptions techniques en matière de radiocommunications que si ces normes ou prescriptions (12) sont propres aux radiocommunications ne relevant pas de la radiodiffusion ou s'il s'agit de normes qui doivent rester communes à l'ensemble des radiocommunications.

---

(11) C.A. n° 92/2003.

(12) Voy. également l'observation n° 8 ci-dessous.

En outre, l'Institut ne peut se voir confier la coordination des radio-fréquences propres à la radiodiffusion, ni exercer un contrôle autre que technique quant à l'utilisation de ces radiofréquences.

Enfin, la loi ne peut prévoir que les normes qui, par hypothèse, relèvent de la compétence de l'autorité fédérale, ne peuvent être adoptées qu'après concertation avec les Gouvernements des Communautés.

L'autonomie respective des communautés et des régions s'oppose en effet à ce que l'État fédéral ou une entité fédérée décide unilatéralement d'associer les autorités d'autres entités fédérale ou fédérées à l'exercice de ses propres compétences. Seule une loi adoptée à la majorité spéciale ou un accord de coopération pourrait imposer une telle concertation [(13)].

À l'instar de la Cour d'arbitrage, la section de législation ne peut que constater, à nouveau, que la nécessaire coordination de fréquences radioélectriques, compte tenu des règles de répartition de compétence en vigueur, ne peut être réalisée que par un accord de coopération.

7. Plusieurs dispositions de l'avant-projet s'écartent de la terminologie des directives qu'il tend à transposer.

Certaines de ces divergences se justifient par le souci soit d'assurer la cohérence terminologique en droit interne, soit d'adopter une rédaction plus précise.

Dans certains cas toutefois, ces divergences ne paraissent pas pouvoir être ainsi justifiées [(14)].

Mieux vaudrait, dans ces cas, reproduire le texte des directives.

---

(13) Voy. dans le même sens, l'avis 29.665/4, donné le 20 décembre 1999 sur une proposition de loi "organisant les services de secours et abrogeant la loi du 31 décembre 1963 sur la protection civile", (Doc. parl. Sénat, 1999-2000, n° 16/2).

(14) Voy., par exemple, les articles 2, 10°, 6, 8, 9, § 2.

8. Comme la section de législation l'a relevé dans l'avis 33.255/4 précité, l'Institut peut se voir attribuer à certaines conditions, le pouvoir de prendre de manière relativement autonome des décisions individuelles.

Il ne peut par contre pas se voir conférer un pouvoir d'édicter des règlements, sauf à prévoir que ces règlements seraient soumis à l'approbation préalable d'une autorité politiquement responsable.

Certaines des tâches conférées à l'Institut par le présent avant-projet relèvent du pouvoir réglementaire.

Tel est le cas des pouvoirs conférés à l'Institut par les articles 13, 17, 132, § 1er et 146.

Le projet doit être revu à la lumière de ces observations.

Observations particulières

Article 1er

L'article 145, § 4, de l'avant-projet attribue une compétence à la Cour d'appel de Bruxelles. Cette disposition règle une matière visée à l'article 77 de la Constitution.

Il en va de même de l'article 170, qui tend à modifier la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et les traitements des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur du secteur des postes et des télécommunications belges.

Article nouveau (à insérer)

Il y a lieu d'indiquer dans le dispositif les références des directives que l'avant-projet tend à transposer. Ceci est en effet requis par les directives en question.

Article 3

Selon cette disposition

"Toutes les activités en matière de communications électroniques sont libres sans préjudices des dispositions de la présente loi."

Cette disposition pourrait être interprétée comme abrogeant implicitement toute autre disposition législative limitant les activités en matière de communications électroniques, ce qui ne saurait être l'intention de l'auteur de l'avant-projet.

D'autres limitations existent en effet : on songe, notamment, à celles introduites par la loi du 30 juin 1994 relative à la protection de la vie privée contre les écoutes, la prise de connaissance et l'enregistrement de communications et de télécommunications.

L'article 3, paragraphe 1er, de la directive-autorisation stipule d'ailleurs :

"Les États membres garantissent la liberté de fournir des réseaux et des services de communications électroniques, sous réserve des conditions fixées dans la présente directive. A cette fin, les États membres n'empêchent pas une entreprise de fournir des réseaux ou des services de communications électroniques, sauf pour les raisons visées à l'article 46, paragraphe 1, du traité."

La législation européenne ne s'oppose donc pas à ce que d'autres normes que celles qu'elle prévoit soient édictées lorsqu'elles sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique.

Dans la mesure où il apparaît nécessaire d'affirmer la liberté de principe de fournir des réseaux et des services de communications électroniques - ce qui peut se justifier historiquement -, mieux vaudrait écrire :

"La fourniture de réseaux et de services de communications électroniques est libre, sous réserve des conditions fixées par ou en vertu de la loi."

Article 9

Il y a lieu d'écrire, aux paragraphes 2 et 4, 1°, "ressources" plutôt que "facilités".

Article 10

L'alinéa 2 n'est pas la transposition exacte de l'article 3, paragraphe 1er, deuxième phrase, de la directive-accès.

Selon le représentant de la ministre, l'hypothèse que semble envisager la directive, à savoir la possibilité pour une entreprise de demander l'accès ou l'interconnexion à un réseau dans un État dans lequel elle ne fournit pas de services ou n'exploite pas de réseau, est irréaliste.

Si tel est bien le cas, alors la disposition en projet ne soulève pas d'observations.

Article 11

L'article 30 de la directive-service universel fait de la portabilité des numéros un droit pour les abonnés aux services téléphoniques accessibles au public. Il y a lieu d'inscrire ce droit dans la loi elle-même, plutôt que de se limiter à y habiliter le Roi à en préciser les modalités.

Articles 16 à 23

1. Ainsi qu'en a convenu le représentant de la ministre, il y a lieu de préciser que l'utilisation des radiofréquences dont il est question dans ces dispositions est celle qui est utilisée en vue de fournir des réseaux ou des services de communications électroniques, tels que définis à l'article 2.

2. L'article 17 vise l'hypothèse prévue par l'article 5, paragraphe 1er, de la directive-autorisation.

Les mots "sans préjudice des conditions stipulées à l'article 16" sont obscurs, puisque l'hypothèse de l'article 16 vise précisément les conditions dans lesquelles des droits individuels d'utilisation des radiofréquences sont octroyés.

Ainsi qu'en a convenu le représentant de la ministre, il y a lieu de prévoir, que lorsque les conditions énoncées à l'article 17 sont remplies, le Roi (15) - le cas échéant par arrêté délibéré en Conseil des ministres (par analogie avec l'article 16) - dispense de l'octroi de droits individuels, l'utilisation, par les entreprises ayant fait la notification visée à l'article 9, des radiofréquences en question et fixe les conditions générales de cette utilisation.

Pour le surplus, il est renvoyé à l'observation générale 4.

Articles 25 à 32

1. Ces dispositions tendent à régler les conditions relatives à l'installation de câbles, lignes aériennes, antennes et supports, ainsi que d'équipements connexes, tant sur les propriétés privées que sur le domaine public.

S'il peut être admis que dans le cadre de l'exercice de sa compétence résiduelle en matière de communications électroniques, l'État fédéral institue des servitudes légales d'utilité publique, il doit toutefois tenir compte de la compétence des Régions en ce qui concerne "le régime juridique de la voirie terrestre et des voies hydrauliques, quel qu'en soit le gestionnaire, à l'exclusion des voies ferrées gérées par la société nationale des chemins de fer belges" (article 6, § 1er, X, 2°*bis*, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles).

(15) Et non l'Institut, car il s'agit d'une compétence réglementaire.

Saisie d'un avant-projet d'ordonnance "organique du régime juridique du domaine public terrestre en Région de Bruxelles-capitale" [16], la section de législation a toutefois été amenée à s'interroger sur les compétences respectives des diverses autorités fédérale et fédérées en ce qui concerne les permissions de voirie.

Après avoir fait un relevé des diverses dispositions réglementant la matière, la section de législation a observé :

> "La question se pose de savoir comment il y a lieu de combiner les diverses dispositions législatives qui viennent d'être rappelées et l'ordonnance en projet.
>
> Ainsi, par exemple, comment concilier, d'une part, celles des dispositions évoquées qui soumettent l'occupation de la voirie à un régime d'autorisation dans lequel les divers gestionnaires de voiries n'ont pas, comme tels, de pouvoir de décision, et, d'autre part, l'article 18, alinéa 3, de l'ordonnance en projet, dont il résulte que «(le gestionnaire du domaine public terrestre) autorise l'occupation du domaine public terrestre à d'autres usages, par voie de permission ou de concession» ?
>
> (...)
>
> En tout état de cause, il convient de se demander si la Région de Bruxelles-Capitale est pleinement compétente pour déterminer le sort à réserver aux dispositions législatives évoquées dans la présente observation.
>
> Aucune difficulté ne se présente, à cet égard, pour les dispositions précitées de la loi du 10 mars 1925 (en tant, du moins, qu'elles se rapportent à la distribution et au transport local d'électricité au moyen de réseaux dont la tension nominale est inférieure ou égale à 70.000 volts) [17], celles de la loi du 17 janvier 1938 [18] et, bien entendu, celles de l'ordonnance du 22 novembre 1990.
>
> La question est plus délicate pour les autres dispositions évoquées, et notamment celles - que l'ordonnance en projet entend abroger en partie - des lois précitées du 6 février 1987 et du 21 mars 1991.
>
> Pour l'essentiel, ces lois règlent des matières - en l'occurrence, d'une part, la radiodistribution et la télédistribution et, d'autre part, les télécommunications - qui ne relèvent pas des compétences régionales. Toutefois, elles contiennent également des dispositions qui règlent l'usage du domaine public, en particulier

---

(16) Avis 29.489/4, donné le 22 mars 2000.

(17) Sur la compétence régionale en cette matière, voir l'article 6, § 1er, VII, alinéa 1er, a), de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles.

(18) Eu égard aux compétences de la Région dans les matières de la distribution d'eau et de la distribution publique de gaz (article 6, § 1er, II, alinéa 1er, 4°, et VII, alinéa 1er, b), de la loi précitée du 8 août 1980).

celui de la voirie, en s'écartant du droit commun applicable en la matière. Comme on l'a vu, elles tentent d'assurer un équilibre entre les besoins du développement des services dont il s'agit et ceux de la gestion du domaine [19].

En réalité, ces dispositions ont deux objets indissociables : d'une part, elles règlent l'exploitation des réseaux de radiodistribution, de télédistribution et de télécommunications et, d'autre part, elles déterminent des éléments du régime juridique de la voirie.

Il s'ensuit que ni l'autorité fédérale ni les autorités fédérées ne pourraient seules modifier le régime que lesdites dispositions ont mis en place sans contrarier gravement les compétences de l'autre.

En conséquence, seule la conclusion d'un accord de coopération entre les niveaux de pouvoirs concernés permettra de résoudre l'enchevêtrement des compétences." [20]

À défaut d'un accord de coopération, les dispositions de la loi en projet qui fixent les conditions des relations entre les opérateurs de réseaux de communications électroniques d'une part, et les autorités dont relèvent le domaine public ou les opérateurs d'autres réseaux [21], d'autre part, pourraient être jugées non conformes au principe de proportionnalité, dans la mesure où elles pourraient être considérées comme rendant impossible ou exagérément difficiles l'exercice par les Régions de leur compétence en matière de voirie.

2. Le régime juridique applicable aux opérateurs de réseaux non publics n'apparaît pas clairement.

---

[19] À propos de dispositions analogues qui étaient contenues dans la loi du 13 octobre 1930 coordonnant les différentes dispositions législatives concernant la télégraphie et la téléphonie avec fil - loi qu'a abrogée celle du 21 mars 1991 -, la Cour de cassation a même déclaré que "le législateur (avait) veillé à ce que l'utilité publique de la voirie prime celle de la Régie (des télégraphes et téléphones)" (Cass., 26 juin 1987, Pas., 1987, I, p. 1330).

[20] Voy. également l'avis 33.865/4, donné le 13 novembre 2002, sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, (Doc. parl., C.C.F., 2002-2003, n° 357/1,).

[21] Articles 27 et 31 de l'avant-projet.

En effet, l'article 24, qui fixe le champ d'application des dispositions qui suivent, rend celles-ci applicables à ces opérateurs, à l'exception de certaines de ces dispositions qu'il énumère, alors que l'article 25, qui fixe le principe général, ne vise plus que les opérateurs de réseaux publics.

Articles 33 et 34

1. Ces dispositions reproduisent les termes de l'article 92*quinquies* de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

Dans son avis 30.856/4, donné le 6 novembre 2000, sur l'avant-projet de loi devenu la loi du 2 janvier 2001 portant des dispositions sociales, budgétaires et diverses, qui a inséré cette disposition dans la loi du 21 mars 1991, la section de législation avait douté que l'obligation imposée généralement à tout opérateur qui disposait d'un site d'antennes d'accepter de partager son site avec d'autres opérateurs fût conforme à la législation européenne alors en vigueur.

La question se pose de savoir si une telle obligation est admise par les nouvelles directives.

L'article 12 de la directive-cadre est en effet rédigé comme suit :

> "1. Lorsqu'une entreprise fournissant des réseaux de communications électroniques a le droit, aux termes de la législation nationale, de mettre en place des ressources sur, au-dessus ou au-dessous de propriétés publiques ou privées, ou peut profiter d'une procédure d'expropriation ou d'utilisation d'un bien foncier, les autorités réglementaires nationales encouragent le partage de ces ressources ou de ce bien foncier.
>
> 2. En particulier lorsque les entreprises sont privées de l'accès à d'autres possibilités viables du fait de la nécessité de protéger l'environnement, la santé ou la sécurité publiques, ou de réaliser des objectifs d'urbanisme ou d'aménagement du territoire, les États membres peuvent imposer le partage de ressources ou de biens fonciers (y compris la colocalisation physique) à une entreprise exploitant un réseau de communications électroniques ou prendre des mesures visant à faciliter la coordination de travaux publics uniquement après une période de consultation publique appropriée au cours de laquelle toutes les parties intéressées doivent avoir la possibilité de donner leur avis. Ces arrangements de partage ou de coordination peuvent inclure des règles de répartition des coûts du partage de la ressource ou du bien foncier."

Il résulte de cette disposition que ce n'est que lorsque certaines conditions sont remplies et moyennant une "période de consultation publique", que les États membres peuvent imposer une obligation de partage des ressources ou de biens fonciers à une entreprise exploitant un réseau de radiocommunications.

En outre, il y a lieu de relever qu'en vertu des articles 8, paragraphe 3, et 12, paragraphe1, alinéa 2, f), de la directive-accès, seuls des opérateurs désignés comme disposant d'une puissance significative sur un marché peuvent se voir imposer "de fournir une possibilité de colocalisation ou d'autres formes de partage des ressources, y compris le partage des gaines, des bâtiments ou des pylônes".

Certes l'article 8, paragraphe 3, de la directive-accès précise que cette disposition s'applique sans préjudice, notamment, de l'article 12 de la directive-cadre, mais l'article 12, f), de la directive-accès serait dénué de toute portée si l'article 12 de la directive-cadre devait être interprété comme autorisant les États membres à imposer inconditionnellement une obligation de partage de ressources ou de biens tels que des sites d'antennes.

2. Pour le surplus, il est renvoyé à l'avis 30.856/4 précité. Dans cet avis la section de législation du Conseil d'État avait considéré que l'obligation de consultation publique en matière de partage des installations, prévue par l'article 11 de la 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 fournitures d'un réseau ouvert (ONP), en vigueur à l'époque, devait se comprendre comme étant applicable au cas par cas. La même interprétation s'impose en ce qui concerne l'obligation de consultation publique prévue par l'article 12, paragraphe 2, de la directive-cadre.

Article 37

Une redevance est la contrepartie d'un service rendu individuellement au redevable.

Dans le cas contraire il s'agit d'un impôt qui, en vertu de l'article 170 de la Constitution, doit être établi par la loi. Une disposition législative établissant un impôt qui attribue au pouvoir exécutif la compétence d'en fixer les éléments essentiels tels que l'identité des redevables, l'assiette et le montant de l'impôt méconnaît cette disposition constitutionnelle (22).

Les services visés par l'article 37 de l'avant-projet, au demeurant définis de manière beaucoup trop vagues pour être identifiables, ne peuvent pas être exclusivement considérés comme des services rendus individuellement aux opérateurs. Les contributions qui seraient réclamées à ceux-ci ne peuvent donc être qualifiées indistinctement de redevances. Dans la mesure où ces contributions revêtiraient donc le caractère d'un impôt, leurs éléments essentiels doivent être fixés par la loi.

Il est indifférent à cet égard que le recouvrement de ces contributions soit ou non effectué par l'Institut.

Cette disposition de l'avant-projet doit donc être fondamentalement repensée.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'identifier clairement les services individuels dont le coût serait mis à charge des opérateurs. Si l'auteur de l'avant-projet entend imposer d'autres contributions aux opérateurs, il doit le faire dans le respect de l'article 170 de la Constitution (23).

Il y aura lieu en outre de veiller à assurer la cohérence de cette disposition de l'avant-projet avec l'article 30 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur de postes et des télécommunications belges qui attribue à l'Institut "l'ensemble des contributions perçues en vertu des titres III et IV de la loi du 21 mars 1991 et de la loi du 30 juillet 1979, à l'exception du droit unique de concession visé à l'article 89, § 1er, c, de la loi du 21 mars 1991".

---

(22) C.A. n° 117/2002, cons. B.4.

(23) Voy. CA. n° 88/2004, cons. B.7.2.

Article 53

Cette disposition doit être complétée en vue de transposer également l'article 5, paragraphe 3, de la directive-service universel.

Article 55

Il y a lieu de définir ce qu'il y a lieu d'entendre par "systèmes de communications électroniques mis à disposition du public".

Article 60

Selon l'alinéa 2, "lorsque l'Institut (...) impose des obligations en matière d'interconnexion, il justifie de manière détaillée chaque dérogation du (lire : au) principe de réciprocité".

Or, si l'article 4, paragraphe 1er, de la directive-accès prévoit que les opérateurs de réseaux publics de communications électroniques ont "l'obligation de négocier une interconnexion réciproque", elle ne prévoit pas que les conditions de cette interconnexion doivent être symétriques.

Lorsque les autorités réglementaires interviennent dans cette matière, soit de leur propre initiative, soit à la demande de l'une des parties concernées, elles doivent veiller à garantir le respect des objectifs fondamentaux prévus à l'article 8 de la directive-cadre (article 5, paragraphe 4, de la directive-accès).

L'article 8 de la directive-cadre est transposé par les articles 6 à 8 du présent avant-projet. L'intervention de l'Institut doit donc être motivée par les principes définis par ces dispositions et non par un quelconque "principe de réciprocité", puisqu'il ne saurait lui être enjoint, sans méconnaître les directives européennes, de veiller au respect d'un tel principe.

L'alinéa 2 doit être revu pour tenir compte de cette observation.

S'il ne paraît pas contraire à la législation européenne d'imposer à l'Institut d'indiquer le cas échéant dans sa décision les raisons pour lesquelles il estime qu'il n'est pas justifié, au regard des principes définis aux articles 6 à 8 de l'avant-projet, d'imposer des conditions symétriques pour l'interconnexion réciproque, on omettra toute référence à un "principe de réciprocité", puisqu'un tel principe n'est pas prévu par la législation européenne.

Article 63

Conformément à l'article 16, paragraphe 1er, de la directive-cadre, l'analyse des marchés pertinents ne doit pas être effectuée "au moins une fois par an" mais "dès que possible après l'adoption de la recommandation ou de sa mise à jour éventuelle".

Article 64

Cette disposition transpose l'article 8, paragraphe 3, alinéa 1er, de la directive-accès.

L'avant-projet s'abstient toutefois de transposer l'alinéa 2 du même paragraphe, qui dispose :

> "Dans des circonstances exceptionnelles, lorsqu'une autorité réglementaire nationale entend imposer aux opérateurs qui disposent d'une puissance significative sur le marché des obligations en matière d'accès ou d'interconnexion autres que celles qui sont énoncées aux articles 9 à 13, elle soumet cette demande à la Commission. La Commission, agissant conformément à l'article 14, paragraphe 2, prend une décision donnant l'autorisation ou interdisant à l'autorité réglementaire nationale de prendre ces mesures."

Cette disposition n'est pas transposée. Certes, ainsi qu'il ressort de l'article 2, g), de la directive-cadre, l'"autorité réglementaire nationale" au sens de cette directive est "l'organisme ou les organismes chargés par un État membre d'une quelconque des tâches de réglementation assignées dans la présente directive et dans les directives particulières". En outre les exigences en terme d'indépendance et de compétence imposées à ces

"autorités réglementaires nationales" par les directives "ne porte pas atteinte à l'autonomie institutionnelles des États membres" (24).

La législation européenne ne requiert donc pas que l'Institut soit l'autorité réglementaire habilitée à solliciter de la Commission l'autorisation d'imposer une obligation autre que celle énoncée aux articles 9 à 13 de la directive-accès, que les articles 66 à 70 du présent avant-projet tendent à transposer.

Néanmoins, dès lors que la directive-accès envisage elle-même que dans des circonstances exceptionnelles, d'autres mesures que celles qu'elle prévoit explicitement pourraient se justifier au regard des objectifs énoncés à l'article 8 de la directive-cadre (transposé par les articles 6 à 8 du présent avant-projet), il est requis que la loi en projet, dans la mesure où elle tend à assurer la transposition de ce cadre réglementaire, envisage également cette hypothèse.

Ainsi que la section de législation l'avait rappelé en substance à propos de l'avant-projet de loi devenu la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges (25), lorsqu'il s'agit de mettre en oeuvre des larges pouvoirs discrétionnaires, il convient qu'une autorité politiquement responsable exerce directement ces pouvoirs ou en contrôle étroitement l'exercice.

Il appartient au législateur d'apprécier s'il convient d'habiliter l'Institut à prendre lui-même l'initiative de prendre d'autres mesures que celles prévues par la loi et de requérir à cette fin l'autorisation de la Commission ou si une telle prérogative doit rester entre les mains du Gouvernement.

On relèvera à cet effet, d'une part, que le pouvoir discrétionnaire qui serait, dans la première hypothèse, ainsi conféré à l'Institut serait relativement large puisque la nature des mesures à prendre ne serait pas définie - seuls le seraient les objectifs à atteindre -, mais que d'autre part, les décisions de l'Institut n'échapperaient pas entièrement au contrôle du gouvernement. La loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du

---

(24) Voy. le onzième considérant de la directive-cadre.

(25) Avis 33.255/4, (Doc parl., 2002-2003, Chambre, n° 50-1937/1).

régulateur des secteurs des postes et des télécommunications a en effet prévu que le Ministre peut introduire un recours en pleine juridiction devant la Cour d'appel de Bruxelles contre les décisions de l'Institut. Dans le cadre de ce contrôle juridictionnel, la Cour d'appel aura à vérifier, notamment, si la mesure prise par l'Institut poursuit effectivement les objectifs définis par les articles 6 à 8 de la loi en projet, mais également si elle respecte les principes de proportionnalité, d'objectivité, de transparence, de non-discrimination et de neutralité technologique (article 5 de l'avant-projet). S'agissant d'un contrôle de pleine juridiction, le Ministre pourra solliciter la réformation de la décision prise par l'Institut. A ce contrôle juridictionnel, s'ajoute la possibilité pour le Roi de mettre en oeuvre le contrôle de tutelle prévu par l'article 15, § 1er, de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges. Les contrôles prévus par la législation en vigueur permettent donc au Gouvernement d'assumer la responsabilité politique des décisions prises par l'Institut, mais le Gouvernement ne pourrait substituer aux mesures prises par cette autorité d'autres qu'il jugerait plus opportunes.

Article 67

L'article 9, paragraphe 4, de la directive-accès que le paragraphe 3 tend à transposer, renvoie à l'annexe 2 de cette directive, dont il convient également d'assurer la transposition, ce qu'omet de faire le présent avant-projet.

Article 69

1. Le paragraphe 1er, alinéa 1er, transpose de manière incomplète l'article 11, paragraphe 1, alinéa 1er, de la directive-accès.

2. Il y a lieu d'observer que le paragraphe 1er, alinéa 3, est conforme à la version néerlandaise de l'article 12, paragraphe 1er, alinéa 3, de la directive-accès, mais

diverge de la version française de celle-ci [26]. Selon cette dernière, il y aurait lieu de viser des conditions de délai, plutôt que d'opportunité.

3. Au paragraphe 2, 5°, il y a lieu, de l'accord du représentant de la ministre de remplacer les mots "les éventuels droits de propriété ou droits réels pertinents" par les mots "les éventuels droits de propriété intellectuelle".

Article 70

Le paragraphe 1er transpose de manière incorrecte et incomplète l'article 13, paragraphe 1er, de la directive-accès.

Article 77

Le paragraphe 2 devrait prévoir également expressément l'hypothèse visée à l'article 6, paragraphe 2, de la directive-service universel.

Article 78

Au paragraphe 2, le mot "vocal" doit être omis.

Articles 79 et 81

Il convient que soient précisées les modalités selon lesquelles "un appel d'offres concurrentiel" est organisé en vue de désigner le ou les prestataires du service universel.

---

(26) Une rapide comparaison de quelques versions linguistiques de la directive n'a pas permis de comprendre laquelle des deux versions, française ou néerlandaise, de la directive résulte d'une erreur de traduction. La version française correspond ainsi, notamment, à la version anglaise, tandis que la version espagnole est équivalente à la version néerlandaise.

En tout état de cause il ne s'agit pas à proprement parler d'un "marché", comme l'indique à tort l'article 81, 2°, de l'avant-projet. Il n'existe donc pas de législation à laquelle les mots "un appel d'offres concurrentiel" feraient implicitement référence.

En outre et surtout, il n'est pas admissible que les prestations de service universel soient rétribuées selon les termes d'un "marché".

En effet l'article 13 de la directive-service universel ne permet d'indemniser l'entreprise qui supporte une charge inéquitable du fait de sa désignation comme prestataire du service universel que pour les coûts nets tels qu'ils ont été calculés conformément à l'article 12 de la même directive, et non pas en fonction d'un prix fixé contractuellement.

Quant est mise en place une procédure ouverte de mise en concurrence de plusieurs entreprises pour déterminer laquelle sera désignée pour prester le service universel, le choix de cette entreprise ne doit pas être effectué sur la base du montant de la rétribution en contrepartie de laquelle elle accepterait de prester le service universel, mais bien sur la base d'autres critères à déterminer, puisqu'en tout état de cause la rétribution du service universel devra se faire sur la base du coût net de cette prestation.

Il est à relever que cette obligation de n'indemniser le prestataire du service qu'en fonction des coûts nets s'applique dans tous les cas, que cette rétribution soit à charge des fonds publics ou à charge des autres opérateurs.

La même observation vaut pour les articles 86 et 88.

Article 82

Il y a une contradiction qui peut être source d'une insécurité juridique en ce qui concerne les entreprises qui sont tenues par "la composante sociale du service universel".

L'article 82 impose en effet cette obligation à "chaque opérateur", alors que l'annexe en son article 22, § 1er, qui définit les conditions tarifaires particulières, ne vise que les "prestataires", ceux-ci étant définis à l'article 1er, 1° de la même annexe comme

.../...

"toute personne désignée en application des articles 79, 84, 88 ou 96 de la loi pour fournir un ou plusieurs des services mentionnés à l'article 76 de la loi sur une ou plusieurs zones géographiques".

Bien que la directive-service universel ne soit pas très claire sur ce point, il est toutefois douteux que les États membres puissent imposer à tous les opérateurs sans distinction de "proposer aux consommateurs des options ou des formules tarifaires qui diffèrent de celles offertes dans des conditions normales d'exploitation commerciale dans le but notamment de garantir que les personnes ayant de faibles revenus ou des besoins sociaux spécifiques ne soient pas empêchées d'accéder au service téléphonique accessible au public ou d'en faire usage".

L'article 9, paragraphe 2, de la directive prévoit en effet que les États membres doivent "désigner" les entreprises dont elles exigent la fourniture de cette composante du service universel, ce qui, comme le spécifie l'article 8 de la même directive, ne doit exclure a priori aucune entreprise, mais semble toutefois interdire d'en faire une obligation générale imposée à tous les opérateurs sans distinction.

Article 88

Au paragraphe 1er, 2°, les mots "s'il l'estime nécessaire" doivent être omis. L'article 8, paragraphe 2, de la directive-service universel prévoit en effet que la désignation des entreprises pour fournir le service universel doit se faire selon "un mécanisme de désignation efficace, objectif, transparent et non discriminatoire qui n'exclut a priori aucune entreprise". Il est donc exclu que le Roi désigne d'office une entreprise sans recourir à une procédure de sélection ouverte.

Le paragraphe 2, ainsi que l'article 94, seront adaptés en conséquence.

La même observation vaut pour les articles 98 et 103.

Article 91

En vertu de l'article 25, paragraphe 2, de la directive-service universel, les informations pertinentes mises à disposition par des entreprises attribuant des numéros de téléphone en vue de la fourniture de services de renseignements téléphoniques ou d'annuaires, doivent l'être "à des conditions qui soient équitables, objectives, modulées en fonction des coûts et non discriminatoires".

L'avant-projet ne peut donc prévoir que la mise à disposition de données relatives aux utilisateurs finals doit être effectuée "gratuitement".

La même observation vaut pour l'article 100.

Article 94

Cette disposition ne prévoit d'indemniser le cas échéant le prestataire du service universel en cause que dans la seule hypothèse où il est désigné d'office.

Pour être conforme à la directive-service universel, la loi doit veiller à ce que le service universel soit effectivement rendu. Elle ne peut donc exclure a priori que la prestation du service universel en cause représente une charge inéquitable à indemniser, même dans l'hypothèse où plusieurs entreprises auraient manifesté au cours de la procédure ouverte le souhait de prester ce service.

La même observation vaut pour l'article 103.

Article 107

Il y aura lieu de pouvoir justifier au regard du principe d'égalité le fait que ne pourront être déduites du chiffre d'affaires les dépenses supportées vis-à-vis d'autres opérateurs que dans la seule hypothèse où ces opérateurs ne sont pas soumis à l'obligation d'orientation des prix en fonction des coûts.

Article 111

Il y a lieu de vérifier si le renvoi fait à l'article 110, alinéa 2, 2°, ne concerne pas l'article 110, alinéa 3.

Articles 112 et 113 et annexe

Il résulte de l'article 12, paragraphe 1er, de la directive-service universel que la fourniture du service universel ne peut être rétribuée que si elle représente une charge inéquitable pour le prestataire de service universel.

L'avant-projet prévoit que le montant de la rétribution correspond au coût net de la prestation de service universel, mais ne prévoit pas qu'il soit évalué si ce coût net, tel qu'il est calculé conformément à la méthodologie fixée en annexe, correspond ou non à une charge inéquitable.

Cette manière de faire paraît pouvoir être jugée conforme à la directive pour autant que tous les bénéfices indirects, en ce compris les bénéfices immatériels qui peuvent résulter de cette prestation, soient bien pris en considération dans le calcul du coût net. Dans cette hypothèse en effet, toute situation déficitaire résultant de ce calcul représente nécessairement une charge inéquitable.

La définition que donne l'article 1er, 15°, de l'annexe du "bénéfice indirect" permet de satisfaire à cette condition pour autant que l'énumération des bénéfices indirects qu'elle donne ne soit pas interprétée comme étant limitative. À cette fin, mieux vaut remplacer les mots "plus précisément" par le mot "notamment".

Article 120

Le paragraphe 2, alinéa 2, doit être omis. La directive-service universel ne prévoit pas de possibilité de dérogation à l'obligation imposée par son article 20, paragraphe 4.

Article 121

L'alinéa 3 impose une obligation qui n'est pas prévue par la directive-service universel. Cette disposition est donc contraire à la directive-autorisation. Une telle mesure d'encadrement des tarifs ne peut être imposée qu'aux opérateurs déterminés comme étant puissants sur le marché.

Article 128

Il résulte de l'article 10 et de l'annexe I, A, de la directive-service universel que l'obligation prévue par cette disposition ne peut être imposée qu'aux entreprises désignées pour prester le service universel.

La disposition sera adaptée en conséquence.

La même observation vaut pour les articles 129 et 131.

Article 133

Au paragraphe 2, alinéa 3, et au paragraphe 3, 1°, alinéa 2, l'avant-projet prévoit que le consentement de l'utilisateur ne serait pas requis pour le traitement de données de trafic lorsque cet utilisateur travaille pour un abonné qui est une personne morale et qui a donné son consentement.

Il ne peut être déduit de l'article 6 de la directive-vie privée que le consentement de l'abonné puisse dispenser du consentement de l'utilisateur.

La même observation vaut pour l'article 134, § 2, alinéa 2.

Article 137

Au paragraphe 2, alinéa 2, la rédaction du texte doit être revue afin que son dispositif prévoie plus clairement la conservation des données en Belgique comme le précise le commentaire de l'article.

Article 138

Les références aux articles 41*bis* et 82*bis* du Code d'instruction criminelle doivent être remplacés par des références aux articles 46*bis* et 88*bis* du même Code.

Article 139

L'alinéa 3, dans sa version française, est incompréhensible.

Article 142

Il résulte de l'article 3, paragraphe 3 et de l'article 11 de la directive-vie privée que l'obligation prévue par l'article 142, alinéa 1er, doit être imposée aux opérateurs, à moins que cela ne soit techniquement impossible ou que cela nécessite un effort économique disproportionné. Dans ce cas l'État membre doit en informer la Commission.

Cette disposition sera revue de manière à permettre cette information. Il conviendrait d'imposer à l'opérateur qui estime ne pas pouvoir remplir cette obligation de solliciter une dérogation.

Article 145

Le principe d'autonomie exclut que l'avant-projet prévoie unilatéralement la présence de représentants des communautés dans le Comité d'éthique pour les télécommunications.

Cette présence n'est en effet pas présentée comme facultative. En outre les compétences de cette commission ne sont pas purement consultatives.

Si l'auteur de l'avant-projet entend permettre la présence de représentants des communautés, la loi doit se limiter à en prévoir la possibilité et habiliter le Roi à organiser cette représentation. Il reviendra alors à Celui-ci, conformément à l'article 92*ter* de la loi spéciale du 8 août 1980 précitée, de prendre un arrêté en ce sens, après avoir obtenu l'accord des Gouvernements des communautés et des régions.

Article 159

Afin d'éviter tout cumul des poursuites contraire au principe *non bis in idem*, il y a lieu de stipuler expressément que si le Procureur du Roi a notifié sa décision de ne pas poursuivre ou a omis de notifier sa décision dans le délai prescrit, seules les mesures prévues par l'article 21 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur du secteur des postes et des télécommunications peuvent encore être appliquées.

Article 166

Certains des articles visés par cette disposition abrogatoire n'existent pas, sont déjà abrogés ou sont des abrogatoires qu'il est inutile d'abroger.

Ainsi qu'en a convenu le représentant de la ministre, cette disposition sera entièrement revue.

La chambre était composée de

Madame	M.-L. WILLOT-THOMAS,	président de chambre,
Messieurs	P. LIÉNARDY, P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par M. L. DETROUX, auditeur.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT M.-L. WILLOT-THOMAS

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 37.295/4

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, vierde kamer, op 1 juni 2004 door de Minister van Telecommunicatie verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "betreffende de elektronische communicatie", heeft op 28 juni 2004 het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Algemene opmerkingen

1. Zoals wordt aangegeven in de memorie van toelichting, strekt het onderhavige wetsontwerp ertoe te zorgen voor de omzetting van het nieuwe Europese regelgevingskader inzake elektronische communicatie.

Dit nieuwe kader omvat de volgende richtlijnen :

- 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"), hierna de "toegangsrichtlijn" genoemd);

- richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten ("machtigingsrichtlijn"), hierna de "machtigingsrichtlijn" genoemd;

- 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"), hierna de "kaderrichtlijn" genoemd;

- 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 ("universeledienstrichtlijn"), hierna de "universeledienstrichtlijn" genoemd;

- richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie), hierna de "privacyrichtlijn" genoemd;

- richtlijn 2002/77/EG van de Commissie van 16 september 2002 betreffende de mededinging op de markten voor elektronische-communicatienetwerken en-diensten, hierna de "mededingingsrichtlijn" genoemd [(1)].

In haar advies nr. 33.255/4, gegeven over een voorontwerp van wet dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, had de afdeling wetgeving het volgende opgemerkt :

> "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 (hierna genoemd «kaderrichtlijn») onder «elektronische-communicatienetwerk» verstaan wordt «de transmissiesystemen en

---

(1) Er wordt ten zeerste aanbevolen dat de memorie van toelichting een tabel zou bevatten die voor elke bepaling van het ontwerp aangeeft welke omgezette Europese regels ermee overeenstemmen**,** inzonderheid opdat de wetgevende kamers zich met kennis van zaken een oordeel kunnen vormen over de keuze van de middelen die de stellers van het ontwerp hebben uitgewerkt om de voornoemde richtlijnen om te zetten, en kunnen voorkomen dat de uitoefening van het amenderingsrecht, dat besloten ligt in artikel 76 van de Grondwet, verder reikt dan de grenzen van de beoordelingsbevoegdheid die het Europees recht aan de lidstaten laat.

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

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 informatie-technologie 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 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,

---

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

(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.

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."

De afdeling wetgeving kan alleen maar vaststellen dat deze opmerking pertinent blijft [(5)].

In ieder geval kan artikel 3, lid 4, van de kaderrichtlijn slechts worden geacht volledig omgezet te zijn in het interne recht wanneer er gezorgd zal zijn voor overleg en samenwerking tussen de verschillende instanties waaraan taken toegewezen zijn in het kader van de tenuitvoerlegging van de Europese wetgeving inzake elektronische communicatie. Deze bepaling luidt immers als volgt :

"De lidstaten maken de door de nationale regelgevende instanties uit te voeren taken op een gemakkelijk toegankelijke wijze bekend, met name wanneer die taken aan meer dan één lichaam worden toegewezen. De lidstaten zorgen in voorkomend geval voor overleg en samenwerking tussen die instanties onderling en tussen die instanties en de nationale instanties belast met de uitvoering van het mededingingsrecht en de nationale instanties belast met de uitvoering van het consumentenrecht, in aangelegenheden van gemeenschappelijk belang. Indien meer dan één instantie bevoegd is om die aangelegenheden te behandelen, zorgen de lidstaten ervoor dat de respectieve taken van elke instantie in een gemakkelijk toegankelijke vorm bekendgemaakt worden."

2. Met het oog op de omzetting van de voormelde richtlijnen zonder de bevoegdheden van de federale overheid te overschrijden, voorziet het voorontwerp overigens in een toepassingsgebied dat beperkt is tot de elektronische-communicatienetwerken en tot de elektronische-communicatiediensten die in artikel 2 als volgt omschreven zijn :

"«elektronische-communicatienetwerk»: de actieve of passieve transmissiesystemen en, in voorkomend geval, de schakel- of routeringsapparatuur

---

(5) Zie ook algemene opmerking 2 hierna.

> en andere middelen die het mogelijk maken signalen over te brengen via draad, radiogolven, optische of andere elektromagnetische middelen, uitgezonderd voorzover zij worden gebruikt voor de transmissie van radio- of televisieprogramma's aan het publiek";

en

> «elektronische-communicatiedienst» : een gewoonlijk tegen vergoeding aangeboden dienst die geheel of hoofdzakelijk bestaat in het overbrengen en/of uitzenden, waaronder schakel- en routeringsverrichtingen, van signalen via elektronische-communicatienetwerken, met uitsluiting van de diensten waarbij met behulp van elektronische-communicatienetwerken en -diensten overgebrachte inhoud wordt geleverd of inhoudelijk wordt gecontroleerd, met uitzondering van de diensten van de informatiemaatschappij zoals omschreven in artikel 2 van wet van 11 maart 2003 betreffende bepaalde juridische aspecten van de diensten van de informatiemaatschappij, die niet geheel of hoofdzakelijk bestaan uit het overbrengen van signalen via elektronische-communicatienetwerken en met uitzondering van radio- en televisieomroepdiensten".

Deze definities stemmen in hoofdzaak overeen met die welke opgenomen zijn in artikel 2, a) en c), van de kaderrichtlijn, "uitgezonderd voorzover zij worden gebruikt voor de transmissie van radio- of televisieprogramma's aan het publiek", wat de netwerken betreft, en "met uitzondering van radio- en televisieomroepdiensten", wat de diensten betreft.

Dezelfde elektronische-communicatienetwerken kunnen zowel voor de overbrenging van radio-omroepsignalen - wat ook televisie-omroepsignalen inhoudt - als voor enige andere elektronische communicatie worden gebruikt.

Krachtens artikel 4 van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen en artikel 4 van de wet van 31 december 1983 tot hervorming der instellingen voor de Duitstalige Gemeenschap regelen de Franstalige Gemeenschapsraad, de Vlaamse Gemeenschapsraad en de Raad van de Duitstalige Gemeenschap elk per decreet "de radio-omroep en de televisie, het uitzenden van mededelingen van de Nationale Regering uitgezonderd".

Het Arbitragehof heeft het volgende geoordeeld :

> "Behoudens de uitzondering waarin hij heeft voorzien, heeft de bijzondere wetgever de aangelegenheid van de radio-omroep en de televisie in haar geheel naar de gemeenschappen overgeheveld. De gemeenschappen zijn bevoegd om het statuut van de diensten voor radio-omroep en televisie te bepalen en om regels uit te vaardigen inzake de programmatie en verdeling van de uitzendingen. Die

bevoegdheid is niet gebonden aan een wijze van uitzenden of overbrengen. Zij staat de gemeenschappen toe de technische aspecten van de overdracht te regelen als accessorium van de aangelegenheid van de radio-omroep en de televisie.

Dienaangaande dient te worden opgemerkt dat sommige technieken, zoals degene die wordt aangewend voor een mededeling van een uitzender aan een geïndividualiseerde ontvanger (point-to-point), tegenwoordig evenzeer kunnen worden gebruikt voor de ontvangst van traditionele radio-uitzendingen als voor de ontvangst van uitzendingen door andere telecommunicatievormen. Daaruit volgt dat de door middel van die technieken uitgezonden programma's niet noodzakelijk buiten de bevoegdheidssfeer van de gemeenschappen vallen en dat de aangewende technieken niet noodzakelijk tot diezelfde bevoegdheid behoren." (6)

Deze materiële bevoegdheidsverdeling heeft tot gevolg dat, hoewel de gemeenschappen bevoegd zijn om de technische aspecten van de overbrenging van signalen te regelen voorzover deze aspecten het accessorium vormen van de aangelegenheid van radio-omroep en televisie, ze voor deze transmissiesystemen alleen regels mogen uitvaardigen in zoverre deze systemen worden gebruikt voor zulke overbrenging. Diezelfde systemen vallen onder de bevoegdheid van de federale overheid, voorzover ze worden gebruikt voor de overbrenging van informatie die niet onder radio-omroep valt.

Bijgevolg dienen in artikel 2, 3°, van het voorontwerp de woorden "uitgezonderd voorzover zij worden gebruikt voor de transmissie van radio- of televisieprogramma's aan het publiek" te worden vervangen door de woorden "voorzover ze worden gebruikt voor de overbrenging van andere signalen dan signalen voor radio-of televisieomroep".

Bovendien moeten in de definitie van "elektronische-communicatiedienst" de woorden "en/of uitzenden" vervallen om alle verwarring te vermijden. Enerzijds omvat transmissie in de zin van de richtlijn in ieder geval het "uitzenden", en anderzijds sluit de definitie van dit begrip die gegeven wordt in artikel 2, 5°, van het voorontwerp precies de omroepdiensten uit.

3. Voorts mag niet uit het oog worden verloren dat de aangelegenheid van radio-omroep niet volledig buiten de bevoegdheid van de federale overheid valt. Deze

(6) Arrest nr. 156/2002, overweging B.4.2.

blijft immers, krachtens artikel 127, § 2, van de Grondwet, bevoegd voor culturele aangelegenheden, waartoe radio- en televisieomroep behoren, op het grondgebied van het tweetalige Brussels Hoofdstedelijk Gewest, behalve ten aanzien van de instellingen die wegens hun activiteiten geacht moeten worden uitsluitend tot de ene of de andere gemeenschap te behoren.

De volledige omzetting van de voormelde Europese richtlijnen impliceert dus eveneens de herziening van de bepalingen van de wet van 30 maart 1995 betreffende de netten voor distributie voor omroepuitzendingen en de uitoefening van omroepactiviteiten in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad.

4. Het voorontwerp strekt ertoe de aangelegenheid waarop titel III - De telecommunicatie - van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven betrekking heeft en de aangelegenheid waarover de wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberichtgeving handelt onder te brengen in eenzelfde tekst.

De toepassingsgebieden van deze twee wetgevingen overlappen elkaar gedeeltelijk. In de wet van 30 juli 1979 wordt een radioverbinding immers gedefinieerd als volgt: "elke overbrenging, door middel van radio-elektrische golven, van inlichtingen van alle aard, inzonderheid van klanken, teksten, beelden, overeengekomen tekens, numerieke of analoge uitdrukkingen, seinen voor afstandsbediening, seinen bestemd voor de opsporing of voor de bepaling van de plaats of de beweging van voorwerpen".

In de twee wetgevingen wordt evenwel een verschillende terminologie gebezigd, waarbij soms dezelfde onderwerpen worden bedoeld.

De ontworpen wet neemt in hoofdzaak de bepalingen van de wet van 30 juli 1979 over, maar zonder dat gezorgd wordt voor eenvormigheid in de terminologie. Dit geeft aanleiding tot een aantal tegenstellingen.

De vertegenwoordiger van de Minister heeft aldus aan de afdeling wetgeving geen verduidelijking kunnen verstrekken over wat het onderscheid is tussen "radioapparatuur", in de wet omschreven als "een product of een relevant onderdeel ervan

dat geschikt is voor elektronische communicatie door uitzending en/of ontvangst van radiogolven waarbij gebruik wordt gemaakt van het aan aarde/ruimtecommunicatie toegewezen radiospectrum ..." [(7)], en een "zend- en ontvangtoestel voor radiocommunicatie", omschreven als "iedere generator en ontvanger van elektromagnetische trillingen gebouwd om radiocommunicatie uit te zenden en te ontvangen", waarbij radiocommunicatie zelf wordt omschreven als "elke overbrenging, door middel van radiogolven, ...".

Het onderhavige voorontwerp vertoont dus een gebrek aan samenhang wat dit betreft.

Zo bepaalt artikel 9 van het voorontwerp, overeenkomstig de machtigingsrichtlijn, dat het aanbieden van een elektronische-communicatienetwerk alleen maar een voorafgaande kennisgeving aan het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (hierna "het Instituut") vereist, terwijl artikel 47 als principe stelt dat "niemand (...) een zend- en/of ontvangtoestel voor radiocommunicatie (mag) houden, of een station of een net voor radiocommunicatie aanleggen en doen werken zonder schriftelijke vergunning van het Instituut".

Artikel 6 van de machtigingsrichtlijn bepaalt weliswaar dat, wanneer voor een elektronische-communicatienetwerk radiofrequenties moeten worden gebruikt, dit gebruik kan worden onderworpen aan de toekenning van individuele rechten. Maar deze toekenning wordt reeds geregeld in de artikelen 16 tot 23 van het voorontwerp [(8)].

---

(7) Er dient op te worden gewezen dat deze definitie een onvolledige overname is van die welke opgenomen is in artikel 2, c) van richtlijn 1999/5/EG van het Europees Parlement en de Raad van 9 maart 1999 betreffende radioapparatuur en telecommunicatie-eindapparatuur en de wederzijdse erkenning van hun conformiteit. In de Franse tekst van die laatste definitie staan de woorden "communications radio terrestres ou spatiales", die veel preciezer zijn dan de woorden "communications terre/espace".

(8) Onderafdeling 2 van titel II, hoofdstuk I, van het voorontwerp heeft als opschrift "Regels inzake de frequenties die geheel of gedeeltelijk gebruikt worden voor publieke diensten". Maar geen enkele bepaling van deze onderafdeling voorziet in een beperking van het toepassingsgebied ervan tot "publieke diensten". Er dient evenwel aan te worden herinnerd dat opschriften geen regelgevende waarde hebben. Bovendien wordt in het voorontwerp niet gepreciseerd wat onder "publieke dienst" moet worden verstaan. In ieder geval mogen in het voorontwerp geen verschillende gebruiksvoorwaarden worden vastgelegd.

Artikel 17 bepaalt aldus, overeenkomstig artikel 6, lid 1, van de richtlijn, dat wanneer het gevaar op schadelijke storing verwaarloosbaar is, en het verenigbaar is met de vereisten van een daadwerkelijk en efficiënt beheer van het radiofrequentiespectrum, radiofrequenties kunnen worden gebruikt zonder een individuele beslissing over de toekenning.

Het voorontwerp dient dus te worden herzien om de bepalingen betreffende het gebruik van radio-elektrische golven op een samenhangende wijze voor te stellen [(9)].

5. Bij deze gelegenheid dient bijzonder aandacht te worden besteed aan de regels betreffende de verdeling van de bevoegdheden ter zake.

Bij de huidige stand van het voorontwerp wordt immers alleen in de definitie van radio-apparatuur de "toestellen (uitgesloten) die uitsluitend voor de ontvangst van radio- en televisieomroepuitzendingen bestemd zijn".

De definities van zendtoestellen voor radiocommunicatie en van ontvangtoestellen voor radiocommunicatie bevatten daarentegen geen dergelijke beperking, terwijl deze wel voorkwam in de wet van 30 juli 1979, zoals ze gewijzigd is bij de wet van 6 mei 1998.

Bovendien wordt in artikel 47 in hoofdzaak artikel 3 van de wet van 30 juli 1979 overgenomen, en dit alleen met uitzondering van paragraaf 5.

Deze bepaling is als zodanig dus strijdig met de regels inzake de bevoegdheidsverdeling in zoverre ze een regeling instelt waarbij een federale instantie vergunningen verleent, en voorziet in het uitwerken van regels zonder enige beperking, om rekening te houden met de bevoegdheden van de gemeenschappen inzake radio-omroep.

---

(9) Een noodzaak die des te groter is daar het ontwerp de voormelde wet van 30 juli 1979 opheft, alsmede talrijke bepalingen van de voornoemde wet van 31 juli 1991, om over een tekst te kunnen beschikken die tot doel heeft de aangelegenheid in haar geheel te behandelen.

Het Arbitragehof had om deze reden artikel 3 van de wet van 30 juli 1979 gedeeltelijk vernietigd [10].

De bepalingen betreffende de radiofrequenties moeten worden herzien om met deze opmerking rekening te houden.

6. Wat betreft de aangelegenheid van de verdeling van de bevoegdheden inzake radiocommunicatie, dient er nog op te worden gewezen dat de artikelen 12 tot 15 van het voorontwerp van wet de bevoegdheden van de federale overheid overschrijden.

Het Arbitragehof heeft onlangs nog gewezen op het volgende :

"B.7.2. Behoudens de uitzondering waarin hij heeft voorzien, heeft de bijzondere wetgever de aangelegenheid van de radio-omroep en de televisie in haar geheel naar de gemeenschappen overgeheveld. Die bevoegdheid staat de gemeenschappen toe de technische aspecten van radio- en televisie-uitzendingen te regelen als accessorium van de aangelegenheid van de radio-omroep en de televisie. Die bevoegdheid omvat tevens de bevoegdheid om de frequenties toe te wijzen, mits de technische normen die tot de federale bevoegdheid behoren in acht worden genomen.

Immers, om de integratie van elk van de radio-elektrische golven in het geheel van die welke over het nationale grondgebied worden uitgezonden, mogelijk te maken en om wederzijdse storingen te vermijden, moet de federale overheid instaan voor de algemene politie van de radio-elektrische golven.

Die opdracht omvat de bevoegdheid om de technische normen betreffende het toekennen van de frequenties en betreffende het vermogen van de zendtoestellen aan te nemen, die gemeenschappelijk moeten blijven voor het geheel van de radioberichtgeving, ongeacht de bestemming ervan, en de bevoegdheid een technische controle te organiseren en de overtreding van bedoelde normen strafbaar te stellen.

B.10. Uit de uiteenzetting van de partijen voor het Hof blijkt de noodzaak om inzake het toewijzen van de in het geding zijnde frequenties te voorzien in een coördinatie tussen de federale Staat en de gemeenschappen, zowel op het nationale als op het internationale vlak. Nu noch de Grondwet, noch de wetten tot

---

(10) Arrest nr. 7/91. Zie eveneens advies 29.368/4, gegeven op 22 mei 2000, over een ontwerp van koninklijk besluit "tot coördinatie van de bepalingen van Titel III, sommige bepalingen van Hoofdstuk 10 van Titel I en de bijlagen bij de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, alsook de bepalingen van de wet van 30 juli 1979 betreffende de radioberichtgeving".

hervorming der instellingen in die aangelegenheid in een verplichte samenwerking voorzien, staat het aan de overheden die complementaire bevoegdheden uitoefenen te beoordelen of het opportuun is gebruik te maken van artikel 92*bis* van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen, dat bepaalt : «De Staat, de Gemeenschappen en de Gewesten kunnen samenwerkingsakkoorden sluiten die onder meer betrekking hebben op de gezamenlijke oprichting en het gezamenlijk beheer van gemeenschappelijke diensten en instellingen, op het gezamenlijk uitoefenen van eigen bevoegdheden, of op de gemeenschappelijke ontwikkeling van initiatieven»." (11)

De ontworpen wet mag dus de Koning of het Instituut alleen machtigen om normen vast te stellen of technische voorschriften inzake radiocommunicatie uit te vaardigen als deze normen of voorschriften (12) van toepassing zijn op radiocommunicatie die geen radioberichtgeving is of indien het gaat om normen die voor het geheel van de radiocommunicatie gemeenschappelijk moeten blijven.

Bovendien mag het Instituut niet worden belast met de coördinatie van de radiofrequenties voor radioberichtgeving en mag het geen andere dan de technische controle uitoefenen op het gebruik van deze radiofrequenties.

Ten slotte mag de wet alleen voorzien in de normen die, per definitie, vallen onder de bevoegdheid van de federale overheid en die slechts na overleg met de gemeenschapsregeringen mogen worden uitgevaardigd.

De autonomie van respectievelijk de gemeenschappen en de gewesten staat er immers aan in de weg dat de federale Staat of een deelentiteit eenzijdig zouden beslissen de instanties van andere deelentiteiten of van de federale Staat te betrekken bij de uitoefening van zijn of haar bevoegdheden. Alleen een wet aangenomen met een bijzondere meerderheid of een samenwerkingsakkoord zou zulk een overleg kunnen opleggen (13).

---

(11) Arbitragehof, nr. 92/2003.

(12) Zie eveneens opmerking nr. 8 hieronder.

(13) Zie in dezelfde zin advies 29.665/4, gegeven op 20 december 1999 over een wetsvoorstel "tot regeling van de hulpdiensten en tot opheffing van de wet van 31 december 1963 betreffende de civiele bescherming", (Gedr. St., Senaat, 1999-2000, nr. 16/2).

Zoals het Arbitragehof kan de afdeling wetgeving dus opnieuw alleen maar vaststellen dat de noodzakelijke coördinatie van de radiofrequenties, gelet op de vigerende regels voor de bevoegdheidsverdeling, alleen met een samenwerkingsakkoord kan worden verwezenlijkt.

7. Verschillende bepalingen van het voorontwerp wijken af van de terminologie van de richtlijnen die dat ontwerp beoogt om te zetten.

Sommige van deze verschillen zijn gerechtvaardigd door het streven naar terminologische overeenstemming in het interne recht of naar een nauwkeuriger redactie.

In sommige gevallen lijken deze verschillen evenwel niet op deze manier te kunnen worden gewettigd [(14)].

In deze gevallen zou beter de tekst van de richtlijnen worden overgenomen.

8. Zoals de afdeling wetgeving heeft opgemerkt in het voornoemde advies 33.255/4, kan het Instituut onder bepaalde vooraarden worden gemachtigd om op een relatief autonome wijze individuele beslissingen te nemen.

Het Instituut mag evenwel niet de bevoegdheid worden opgedragen om verordeningen uit te vaardigen, tenzij wordt bepaald dat deze verordeningen vooraf ter goedkeuring aan een politiek verantwoordelijke overheid moeten worden voorgelegd.

Bepaalde taken die bij het onderhavige voorontwerp aan het Instituut worden opgedragen, hebben te maken met een verordenende bevoegdheid.

Dit is het geval met de bevoegdheden die aan het Instituut worden opgedragen door de artikelen 13, 17, 132, § 1, en 146.

Het ontwerp dient in het licht van deze opmerkingen te worden herzien.

---

(14) Zie bijvoorbeeld de artikelen 2, 10°, 6, 8, 9, § 2.

Bijzondere opmerkingen

Artikel 1

Bij artikel 145, § 4, van het voorontwerp wordt een bevoegdheid opgedragen aan het hof van beroep te Brussel. Bij die bepaling wordt aldus een aangelegenheid geregeld als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet.

Hetzelfde geldt voor artikel 170, dat strekt tot wijziging van de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector.

Nieuw artikel (in te voegen)

In het dispositief dient te worden verwezen naar de richtlijnen tot de omzetting waarvan het voorontwerp strekt. Dat is immers vereist krachtens de richtlijnen in kwestie.

Artikel 3

Deze bepaling luidt als volgt :

"Alle activiteiten in verband met elektronische communicatie zijn vrij, onverminderd de bepalingen van deze wet."

Deze bepaling zou aldus kunnen worden uitgelegd dat ze impliciet elke andere wetsbepaling opheft waarbij activiteiten in verband met elektronische communicatie worden beperkt, wat niet de bedoeling van de steller van het voorontwerp kan zijn geweest.

Er bestaan immers nog andere beperkingen : te denken valt inzonderheid aan die welke ingesteld zijn bij de wet van 30 juni 1994 ter bescherming van de persoonlijke levenssfeer tegen het afluisteren, kennisnemen en openen van privé-communicatie en -telecommunicatie.

Artikel 3, lid 1, van de machtigingsrichtlijn luidt trouwens als volgt :

> "De lidstaten waarborgen de vrijheid om, mits aan de door deze richtlijn vastgestelde voorwaarden voldaan is, elektronische-communicatienetwerken en -diensten aan te bieden. Te dien einde mogen de lidstaten een onderneming niet beletten elektronische-communicatienetwerken en -diensten aan te bieden, tenzij dat noodzakelijk is omwille van de in artikel 46, lid 1, van het Verdrag bedoelde redenen."

De Europese wetgeving staat er dus niet aan in de weg dat andere rechtsregels dan die waarin ze voorziet, worden uitgevaardigd als die rechtsregels uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn.

Voorzover het noodzakelijk lijkt erop te wijzen dat het aanbieden van elektronische-communicatienetwerken en -diensten in principe vrij is - wat vanuit historisch perspectief gerechtvaardigd kan zijn -, zou het beter zijn te schrijven :

"Het aanbieden van elektronische-communicatienetwerken en -diensten is vrij, mits voldaan wordt aan de voorwaarden gesteld bij of krachtens de wet."

Artikel 9

In de Franse tekst van de paragrafen 2 en 4, 1°, schrijve men "ressources" in plaats "facilités".

Artikel 10

Het tweede lid vormt geen exacte omzetting van artikel 3, lid 1, tweede zin, van de toegangsrichtlijn.

Volgens de vertegenwoordiger van de minister is het geval waarop de richtlijn betrekking lijkt te hebben, namelijk de mogelijkheid dat een onderneming om toegang of om interconnectie verzoekt in een lidstaat waarin ze geen diensten aanbiedt en geen netwerk exploiteert, onrealistisch.

Als zulks inderdaad het geval is, geeft de ontworpen bepaling geen aanleiding tot opmerkingen.

Artikel 11

Bij artikel 30 van de universele-dienstrichtlijn wordt van de nummerportabiliteit een recht gemaakt voor de abonnees van openbare telefoondiensten. Dat recht dient in de wet zelf te worden ingeschreven in plaats van zich ertoe te beperken de Koning te machtigen tot het bepalen van de nadere regels ervan.

Artikelen 16 tot 23

1. De vertegenwoordiger van de minister is het ermee eens dat vermeld moet worden dat het gebruik van de radiofrequenties waarvan in deze bepalingen sprake is het gebruik is met het oog op het aanbieden van elektronische-communicatienetwerken en -diensten, zoals gedefinieerd in artikel 2.

2. Artikel 17 heeft betrekking op het geval waarin artikel 5, lid 1, van de machtigingsrichtlijn voorziet.

De woorden "Ongeacht de voorwaarden bepaald in artikel 16" zijn onduidelijk, aangezien het in artikel 16 behandelde geval net verband houdt met de voorwaarden waarop individuele rechten voor het gebruik van radiofrequenties worden verleend.

De vertegenwoordiger van de minister is het ermee eens dat bepaald dient te worden dat wanneer voldaan is aan de voorwaarden gesteld in artikel 17, de Koning [15] - in voorkomend geval bij een besluit uitgevaardigd na overleg in de Ministerraad (naar analogie van artikel 16) - de ondernemingen die de kennisgeving bedoeld in artikel 9 hebben gedaan, vrijstelt van het verkrijgen van individuele rechten voor het gebruik van de radiofrequenties in kwestie en de algemene voorwaarden voor dat gebruik vastlegt.

Voor het overige wordt verwezen naar algemene opmerking nr. 4.

Artikelen 25 tot 32

1. Deze bepalingen strekken ertoe de voorwaarden te regelen voor het installeren van kabels, bovengrondse lijnen, antennes en steunen alsook van bijhorende uitrustingen, zowel op private eigendommen als op het openbaar domein.

Hoewel kan worden aanvaard dat de Federale Staat in het kader van zijn residuaire bevoegdheid inzake elektronische communicatie, wettelijke erfdienstbaarheden van openbaar nut instelt, dient hij evenwel rekening te houden met de bevoegdheid van de gewesten voor "het juridisch stelsel van de land- en waterwegenis, welke ook de beheerder ervan zij, met uitzondering van de spoorwegen beheerd door de Nationale Maatschappij der Belgische Spoorwegen" (artikel 6, § 1, X, 2°*bis*, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen).

Toen bij de afdeling wetgeving een voorontwerp van ordonnantie "houdende organisatie van het juridisch stelsel van het openbaar landdomein in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest" aanhangig was gemaakt [16], heeft ze de respectieve bevoegdheden van de federale overheid en van de onderscheiden deelgebieden wat de wegvergunningen betreft dienen te onderzoeken.

---

(15) En niet het Instituut, aangezien het om een verordeningsbevoegdheid gaat.

(16) Advies 29.489/4, gegeven op 22 maart 2000.

Na een overzicht te hebben gegeven van de onderscheiden bepalingen waarbij die aangelegenheid geregeld is, heeft de afdeling wetgeving op het volgende gewezen :

"De vraag rijst hoe de verschillende, zonet genoemde wetsbepalingen in onderling verband gelezen moeten worden met de ontworpen ordonnantie.

Hoe moeten bijvoorbeeld onder de genoemde bepalingen die welke het innemen van wegen aan een regeling van vergunningen onderwerpen waarbij de verschillende wegbeheerders als zodanig geen beslissingsbevoegdheid hebben, samengaan met artikel 18, derde lid, van de ontworpen ordonnantie, waaruit blijkt dat (de beheerder van het openbaar landdomein) «door middel van een vergunning of een concessie (toestaat) dat het openbaar landdomein voor andere doeleinden wordt ingenomen» ?

(...)

Men dient zich hoe dan ook af te vragen of het Brussels Hoofdstedelijk Gewest volledig bevoegd is om uit te maken wat er behoort te gebeuren met de wetsbepalingen waarover hier een opmerking gemaakt is.

In dat verband doet zich geen enkele moeilijkheid voor wat betreft de voornoemde bepalingen van de wet van 10 maart 1925 (tenminste voor zover ze betrekking hebben op de distributie en het plaatselijk overbrengen van elektriciteit via netten waarvan de nominale spanning lager is dan of gelijk aan 70.000 volt) [(17)], die van de wet van 17 januari 1938 [(18)] en natuurlijk die van de ordonnantie van 22 november 1990.

De zaak ligt gevoeliger voor de overige aangehaalde bepalingen, en inzonderheid die - welke de ontworpen ordonnantie ten dele wil opheffen - van de voornoemde wetten van 6 februari 1987 en 21 maart 1991.

Die wetten regelen in hoofdzaak aangelegenheden - in casu, enerzijds, radiodistributie en kabeltelevisie en, anderzijds, telecommunicatie - die geen gewestelijke bevoegdheden zijn. Ze omvatten evenwel ook bepalingen die het gebruik van het openbaar domein regelen, meer bepaald dat van wegen, waarbij afgeweken wordt van het gemeen recht dat op die aangelegenheid van toepassing is. Zoals reeds gezegd trachten deze wetten een evenwicht te bewerkstelligen

---

(17) Wat betreft de bevoegdheid van het gewest hiervoor, zie artikel 6, § 1, VII, eerste lid, a, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen.

(18) Met inachtneming van de bevoegdheden van het gewest voor watervoorziening en openbare gasdistributie (artikel 6, § 1, II, eerste lid, 4°, en VII, eerste lid, b, van de voornoemde wet van 8 augustus 1980).

tussen de vereisten van de uitbouw van de diensten waarvan sprake en die van het beheer van het openbaar domein [19].

Die bepalingen hebben in feite twee doelstellingen die onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn : enerzijds regelen zij de exploitatie van netwerken voor radiodistributie, kabeltelevisie en telecommunicatie en anderzijds regelen zij onderdelen van het rechtstelsel van wegen.

Daaruit volgt dat noch de federale overheid, noch de overheden van de deelentiteiten op zich wijzigingen kunnen aanbrengen in de regeling die door de voornoemde bepalingen is ingesteld, zonder de andere in zijn bevoegdheid ernstig te dwarsbomen.

Bijgevolg zal alleen met een akkoord voor samenwerking op de verschillende niveaus van gezagsuitoefening een verstrengeling van bevoegdheden vermeden kunnen worden" [20].

Bij ontstentenis van een samenwerkingsakkoord zouden de bepalingen van de ontworpen wet waarbij de voorwaarden worden bepaald van de relaties tussen de operatoren van elektronische-communicatienetwerken, enerzijds, en de overheden waaronder het openbaar domein ressorteert of de operatoren van andere netwerken [21], anderzijds, geacht kunnen worden niet in overeenstemming te zijn met het proportionaliteitsbeginsel doordat ze geacht zouden kunnen worden het voor de gewesten onmogelijk of overdreven moeilijk te maken hun bevoegdheid inzake de wegen uit te oefenen.

2. Er blijkt niet duidelijk welke rechtsregels van toepassing zijn op de operatoren van niet-openbare netwerken.

---

[19] In verband met soortgelijke bepalingen in de wet van 13 oktober 1930 tot samenordening der verschillende wetsbepalingen op de telegrafie en de telefonie met draad - welke wet is opgeheven bij de wet van 21 maart 1991 -, heeft het Hof van Cassatie zelfs verklaard dat "de wetgever (...) in acht (heeft) genomen dat het openbaar nut van de wegenis dat van de Regie (van telegrafie en telefonie) overstijgt. (Cass. AR 654, 26 juni 1987, Arr. Cass. 1986-87, 1482).

[20] Zie eveneens advies 33.865/4, dat op 13 november 2002 is gegeven over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van de Franse Gemeenschap d.d. 27 februari 2003 betreffende de radio-omroep, (Gedr. St., Franse Gemeenschapsraad, 2002-2003, nr. 357/1).

[21] Artikelen 27 en 31 van het voorontwerp.

Artikel 24, waarbij het toepassingsgebied van de daaropvolgende artikelen wordt bepaald, maakt die bepalingen immers van toepassing op die operatoren, met uitzondering van sommige van die bepalingen die daarin worden vermeld, terwijl artikel 25, waarbij het algemeen beginsel wordt bepaald, alleen nog verwijst naar de operatoren van openbare netwerken.

Artikelen 33 en 34

1. In deze bepalingen worden de bewoordingen overgenomen van artikel 92*quinquies* van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

In advies 30.856/4, dat de afdeling wetgeving op 6 november 2000 heeft gegeven over het voorontwerp van wet dat geleid heeft tot de wet van 2 januari 2001 houdende sociale, budgettaire en andere bepalingen waarbij die bepaling in de wet van 21 maart 1991 is ingevoegd, heeft de afdeling wetgeving betwijfeld of de verplichting die aan ongeacht welke operator die over een antennesite beschikt, werd opgelegd om in te stemmen met het delen van zijn site met andere operatoren wel in overeenstemming was met de toen geldende Europese wetgeving.

De vraag rijst of het opleggen van zulk een verplichting toegestaan is krachtens de nieuwe richtlijnen.

Artikel 12 van de kaderrichtlijn luidt immers als volgt :

> "1. Wanneer een onderneming die elektronische-communicatienetwerken aanbiedt, krachtens de nationale wetgeving het recht heeft om faciliteiten te installeren op, over of onder openbaar of particulier eigendom, dan wel een procedure kan volgen voor de onteigening of het gebruik van eigendom, moedigen de nationale regelgevende instanties het gedeeld gebruik van die faciliteiten of dat eigendom aan.
>
> 2. Met name wanneer ondernemingen geen toegang hebben tot haalbare alternatieven vanwege de noodzaak om het milieu, de volksgezondheid of de openbare veiligheid te beschermen of om stedenbouwkundige en planologische redenen, kunnen de lidstaten aan een onderneming die een elektronische-communicatienetwerk exploiteert, het gedeeld gebruik van faciliteiten of eigendom (met inbegrip van fysieke collocatie) voorschrijven of maatregelen treffen om de coördinatie van publieke werken te vergemakkelijken, doch zulks pas na een

.../...

> passende periode van openbare raadpleging waarin alle belanghebbende partijen in staat zijn gesteld hun standpunten naar voren te brengen. Dergelijke regelingen inzake gedeeld gebruik of coördinatie kunnen een omslagregeling bevatten voor de kosten van het gedeeld gebruik van faciliteiten of eigendom."

Uit die bepaling volgt dat de lidstaten alleen als aan bepaalde voorwaarden is voldaan en na een "periode van openbare raadpleging" aan een onderneming die een radiocommunicatienetwerk exploiteert de verplichting kunnen opleggen gedeeld gebruik van faciliteiten of eigendommen toe te staan.

Voorts dient erop te worden gewezen dat krachtens de artikelen 8, lid 3, en 12, lid 1, tweede alinea, f) van de toegangsrichtlijn alleen aan operatoren die op een markt een aanmerkelijke macht blijken te bezitten de verplichting kan worden opgelegd "co-lokatie of andere vormen van gedeeld gebruik van faciliteiten (aan te bieden) inclusief gedeeld gebruik van kabelgoten, gebouwen of masten".

In artikel 8, lid 3, van de toegangsrichtlijn wordt weliswaar gesteld dat die bepaling geldt onverminderd artikel 12 van de kaderrichtlijn, maar artikel 12, f) van de toegangsrichtlijn zou volstrekt doelloos zijn als artikel 12 van de kaderrichtlijn aldus uitgelegd zou worden dat het de lidstaten toestaat om onvoorwaardelijk een verplichting tot het delen van faciliteiten of eigendommen, zoals antennesites, op te leggen.

2. Voor het overige wordt verwezen naar het voormelde advies 30.856/4. In dat advies heeft de afdeling wetgeving van de Raad van State geoordeeld dat de verplichting om een openbare raadpleging te houden inzake gedeeld gebruik van faciliteiten, vervat in artikel 11 van 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), dat toen van kracht was, aldus moest worden begrepen dat het geval voor geval van toepassing was. Dezelfde interpretatie moet worden gehanteerd voor de verplichting tot openbare raadpleging waarin artikel 12, lid 2, van de kaderrichtlijn voorziet.

Artikel 37

Met de term "bijdrage" wordt in het ontwerp de vergoeding bedoeld van een dienst die de overheid ten voordele van de individueel beschouwde heffingsplichtige presteert.

In het andere geval gaat het om een belasting, die krachtens artikel 170 van de Grondwet door een wet moet worden ingevoerd. Een wetsbepaling waarbij een belasting wordt vastgesteld die aan de uitvoerende macht de bevoegdheid zou toekennen om de essentiële elementen daarvan vast te stellen, zoals de identiteit van de belastingplichtigen, de belastinggrondslag en het bedrag van de belasting, houdt een schending in van die grondwetsbepaling [(22)].

De diensten waarvan in artikel 37 van het voorontwerp sprake is, en die overigens zodanig vaag gedefinieerd zijn dat ze niet nader kunnen worden bepaald, kunnen niet geacht worden uitsluitend diensten te zijn die ten voordele van de individueel beschouwde operatoren worden gepresteerd. De heffingen die van die operatoren zouden worden gevorderd, kunnen dan ook niet zonder onderscheid als gewone bijdragen worden bestempeld. Doordat die heffingen dus de aard van een belasting zouden bezitten, dienen de essentiële elementen ervan bij de wet te worden bepaald.

In dit verband maakt het geen verschil of de invordering van die heffingen al dan niet door het Instituut geschiedt.

Deze bepaling van het voorontwerp behoort dan ook grondig te worden herdacht.

De steller van het voorontwerp dient duidelijk aan te geven van welke individuele diensten de kostprijs ten laste van de operatoren zou worden gelegd. Als de steller van het voorontwerp aan de operatoren andere heffingen wil opleggen, dient hij daarbij artikel 170 van de Grondwet na te leven [(23)].

---

(22) Arbitragehof, nr. 117/2002, overweging B.4.

(23) Zie Arbitragehof, nr. 88/204, overweging B.7.2.

Bovendien behoort te worden gezorgd voor samenhang tussen deze bepaling van het voorontwerp en artikel 30 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector waarbij "het geheel van de rechten geïnd op basis van de titels III en IV van de wet van 21 maart 1991 en de wet van 30 juli 1979, met uitzondering van het unieke concessierecht bedoeld in artikel 89, § 1, c, van de wet van 21 maart 1991" aan het Instituut wordt toegewezen.

Artikel 53

Deze bepaling dient te worden aangevuld opdat ook artikel 5, lid 3, van de universele-dienstrichtlijn wordt omgezet.

Artikel 55

Er behoort te worden aangegeven wat verstaan moet worden onder "voor het publiek beschikbare elektronische-communicatiesystemen".

Artikel 60

Het tweede lid luidt als volgt : "Wanneer het Instituut (...) verplichtingen inzake interconnectie oplegt, dient het elke afwijking van het principe van reciprociteit (...) omstandig te motiveren".

In artikel 4, lid 1, van de toegangsrichtlijn wordt weliswaar bepaald dat exploitanten van openbare elektronische-communicatienetwerken "verplicht (zijn) te onderhandelen over interconnectie", maar daarin wordt evenwel niet gesteld dat de voorwaarden van die interconnectie symmetrisch dienen te zijn.

Wanneer de regelgevende instanties, hetzij op eigen initiatief, hetzij op verzoek van een van de betrokken partijen in deze aangelegenheid regels uitvaardigen, moeten zij ervoor zorgen dat de beleidsdoelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn gewaarborgd worden (artikel 5, lid 4, van de toegangsrichtlijn).

Artikel 8 van de kaderrichtlijn wordt omgezet bij de artikelen 6 tot 8 van dit voorontwerp. Het optreden van het Instituut moet dan ook gemotiveerd zijn door de in die bepalingen gedefinieerde beginselen en niet door een of ander "principe van reciprociteit", aangezien aan het Instituut alleen met schending van de Europese richtlijnen het bevel kan worden gegeven om op de naleving van zulk een principe toe te zien.

Het tweede lid behoort te worden herzien opdat met deze opmerking rekening wordt gehouden.

Hoewel het niet strijdig met de Europese wetgeving lijkt om het Instituut ertoe te verplichten om in voorkomend geval in zijn beslissing aan te geven waarom het van oordeel is dat het in het licht van de beginselen vervat in de artikelen 6 tot 8 van het voorontwerp niet gerechtvaardigd is om symmetrische voorwaarden op te leggen voor de wederzijdse interconnectie, dient elke verwijzing naar een "principe van reciprociteit" te vervallen, aangezien zulk een principe niet in de Europese wetgeving voorkomt.

Artikel 63

Overeenkomstig artikel 16, lid 1, van de kaderrichtlijn dient de analyse van de relevante markten niet "minstens éénmaal per jaar" te geschieden, maar "zo spoedig mogelijk na de aanneming van de Aanbeveling of een bijwerking daarvan".

Artikel 64

Bij deze bepaling wordt artikel 8, lid 3, eerste alinea, van de toegangsrichtlijn omgezet.

De tweede alinea van hetzelfde lid wordt evenwel niet omgezet in het voorontwerp. Die alinea bepaalt :

> "Wanneer een nationale regelgevende instantie in uitzonderlijke omstandigheden voornemens is aan exploitanten met een aanmerkelijke marktmacht andere verplichtingen met betrekking tot toegang of interconnectie op te leggen dan die welke zijn vermeld in de artikelen 9 tot en met 13 van deze richtlijn, vraagt zij daarvoor toestemming aan de Commissie. De Commissie neemt overeenkomstig artikel 14, lid 2, een besluit dat de nationale regelgevende instantie toestaat of verhindert dergelijke maatregelen te nemen."

Deze bepaling is niet omgezet. Zoals blijkt uit artikel 2, g), van de kaderrichtlijn, is de "nationale regelgevende instantie" in de zin van deze richtlijn weliswaar "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". Bovendien doen de vereisten inzake onafhankelijkheid en bevoegdheid die bij de richtlijnen aan die "nationale regelgevende instanties" zijn opgelegd, "niet af aan de institutionele autonomie van de lidstaten" [(24)].

De Europese wetgeving vereist dus niet dat het Instituut de regelgevende instantie is die gemachtigd is om aan de Commissie de toestemming te vragen een andere verplichting op te leggen dan die vermeld in de artikelen 9 tot 13 van de toegangsrichtlijn, tot omzetting waarvan de artikelen 66 tot 70 van dit voorontwerp strekken.

Aangezien de toegangsrichtlijn echter zelf bepaalt dat in uitzonderlijke omstandigheden andere maatregelen dan die waarin ze uitdrukkelijk voorziet gewettigd kunnen zijn ten aanzien van de doelstellingen vermeld in artikel 8 van de kaderrichtlijn (omgezet bij de artikelen 6 tot 8 van het voorliggende voorontwerp), moet de ontworpen wet, voorzover ze ertoe strekt dit regelgevingskader om te zetten, ook in die hypothese voorzien.

Zoals de afdeling wetgeving in hoofdzaak had opgemerkt in verband met het voorontwerp van wet dat de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector is geworden [(25)], dienen,

---

(24) Zie de elfde overweging van de kaderrichtlijn.

(25) Advies 33.255/4, (Gedr. St., 2002-2003, Kamer, nr. 50-1937/1)

wanneer het gaat om de uitoefening van ruime discretionaire bevoegdheden, deze rechtstreeks uitgeoefend te worden door een politiek verantwoordelijke instantie of dient deze instantie nauwlettend toe te zien op de uitoefening daarvan.

Het staat aan de wetgever te beoordelen of het Instituut gemachtigd moet worden om zelf het initiatief te nemen om andere maatregelen uit te vaardigen dan die waarin de wet voorziet en daartoe de toestemming te vragen aan de Commissie, dan wel of zulk een prerogatief in handen van de Regering moet blijven.

In dat verband moet worden opgemerkt dat enerzijds de discretionaire bevoegdheid die aldus in het eerste geval aan het Instituut zou worden toevertrouwd, vrij ruim zou zijn aangezien de aard van de te nemen maatregelen niet bepaald zou zijn - alleen de te bereiken doelstellingen zouden dat zijn -, maar dat anderzijds de beslissingen van het Instituut niet volledig ontsnappen aan de controle van de Regering. In de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector is immers bepaald dat de Minister tegen de beslissingen van het Instituut een beroep met volle rechtsmacht kan instellen bij het Hof van beroep van Brussel. In het kader van die rechterlijke controle, zal het hof van beroep inzonderheid moeten nagaan of met de maatregel genomen door het Instituut daadwerkelijk de doelstellingen bepaald in de artikelen 6 tot 8 van de ontworpen wet worden nagestreefd, maar ook of daarmee de beginselen van proportionaliteit, objectiviteit, transparantie, niet-discriminatie en technologische neutraliteit (artikel 5 van het voorontwerp) in acht zijn genomen. Aangezien het gaat om controle met volle rechtsmacht, kan de Minister vorderen dat de door het Instituut genomen beslissing herzien wordt. Naast die rechterlijke controle bestaat ook de mogelijkheid voor de Koning om de toezichtscontrole uit te oefenen waarin is voorzien in artikel 15, § 1, van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector. De controles waarin is voorzien bij de geldende wetgeving bieden de Regering dus de mogelijkheid de politieke verantwoordelijkheid op te nemen voor de beslissingen genomen door het Instituut, maar de Regering kan de maatregelen genomen door die instantie niet vervangen door andere maatregelen die ze geschikter acht.

Artikel 67

In artikel 9, lid 4, van de toegangsrichtlijn tot omzetting waarvan paragraaf 3 strekt, wordt verwezen naar bijlage 2 bij die richtlijn, die ook omgezet moet worden, wat het voorliggende voorontwerp verzuimt te doen.

Artikel 69

1. In paragraaf 1, eerste lid, wordt artikel 11, lid 1, alinea 1, van de toegangsrichtlijn onvolledig omgezet.

2. Er dient op gewezen te worden dat paragraaf 1, derde lid, overeenstemt met de Nederlandse versie van artikel 12, lid 1, derde lid, van de toegangsrichtlijn, maar verschilt van de Franse versie daarvan [(26)]. In de laatstgenoemde versie is er sprake van voorwaarden inzake de termijn, in plaats van inzake de opportuniteit.

3. De vertegenwoordiger van de Minister is het ermee eens dat in paragraaf 2, 5°, de woorden "de terzake geldende intellectuele eigendomsrechten of zakelijke rechten" vervangen moeten worden door de woorden "de terzake geldende intellectuele eigendomsrechten".

Artikel 70

Bij paragraaf 1 wordt artikel 13, lid 1, van de toegangsrichtlijn onjuist en onvolledig omgezet.

---

(26) Een snelle vergelijking van enkele versies in verschillende talen van de richtlijn heeft niet kunnen uitwijzen in welke van de twee versies van de richtlijn, de Franse of de Nederlandse, een vertaalfout is geslopen. Zo komt de Franse versie onder meer overeen met de Engelse versie, terwijl de Spaanse versie overeenstemt met de Nederlandse.

Artikel 77

In paragraaf 2 zou ook uitdrukkelijk het geval genoemd in artikel 6, lid 2, van de universeledienstrichtlijn moeten worden vermeld.

Artikel 78

In paragraaf 2 schrijve men "basistelefoondienst" in plaats van "basisspraaktelefoondienst".

Artikelen 79 en 81

De nadere regels volgens welke "een concurrentiële gunningsprocedure" georganiseerd wordt om de aanbieder(s) van de universele dienstverlening aan te wijzen, moeten worden gepreciseerd.

Het gaat hoe dan ook niet echt om een "opdracht" zoals ten onrechte wordt aangegeven in artikel 81, 2°, van het voorontwerp. Er bestaat dus geen wetgeving waarnaar de woorden "een concurrentiële gunningsprocedure" impliciet verwijzen.

Het is bovendien en vooral onaanvaardbaar dat universeledienstverlening vergoed zou worden volgens de voorwaarden van een "opdracht".

Artikel 13 van de universele-dienstrichtlijn staat immers alleen toe dat een onderneming die een onredelijke last draagt doordat ze aangewezen is als aanbieder van de universele dienst, vergoed wordt voor de nettokosten zoals die berekend zijn overeenkomstig artikel 12 van dezelfde richtlijn, en niet op basis van een contractueel bepaalde prijs.

Wanneer een open procedure wordt gestart waarbij verscheidene ondernemingen kunnen meedingen, om te bepalen welke daarvan aangewezen zal worden om de universele dienst te verlenen, mag de keuze van die onderneming niet gedaan worden op basis van het bedrag van de vergoeding waartegen deze bereid is de universele

dienst te verlenen, maar dient deze te geschieden op grond van andere te bepalen criteria, aangezien de vergoeding van de universele dienst in iedere geval moet geschieden op basis van de nettokosten van die prestatie.

Opgemerkt moet worden dat deze verplichting om de dienstverlener alleen te vergoeden op basis van de netto-kosten in alle gevallen van toepassing is, ongeacht of die vergoeding ten laste valt van de overheidsfondsen dan wel van de overige operatoren.

Dezelfde opmerking geldt voor de artikelen 86 en 88.

Artikel 82

Er is een tegenstrijdigheid die aanleiding kan geven tot rechtsonzekerheid wat betreft de ondernemingen die gebonden zijn door "het sociale element van de universele dienst".

Artikel 82 legt die verplichting immers op aan "elke operator", terwijl artikel 22, § 1, van de bijlage, waarin de bijzondere tariefvoorwaarden worden vastgelegd, alleen maar betrekking heeft op de "aanbieders", die in artikel 1, 1°, van dezelfde bijlage gedefinieerd worden als "elke persoon die overeenkomstig de artikelen 79, 84, 88 of 96 van de wet is aangewezen om één of meer diensten te leveren die vermeld zijn in artikel 76 van de wet in één of meer geografische gebieden".

Ook al is de universeledienstrichtlijn wat dat betreft niet erg duidelijk, het valt te betwijfelen of de lidstaten alle operatoren zonder onderscheid kunnen verplichten "de consument tariefopties of pakketten aan (te) bieden die afwijken van die welke onder de gebruikelijke commerciële voorwaarden worden verstrekt, met name om ervoor te zorgen dat de toegang tot of het gebruik van de openbare telefoondienst niet wordt verhinderd voor consumenten met een laag inkomen of met bijzondere sociale behoeften".

Artikel 9, lid 2, van de richtlijn bepaalt immers dat de lidstaten de ondernemingen moeten "aanwijzen", waarvan ze verlangen dat ze dit sociale element van de universele dienst aanbieden, waarbij, zoals gespecificeerd wordt in artikel 8 van dezelfde richtlijn, geen enkele onderneming a priori is uitgesloten, maar het toch verboden lijkt daarvan een algemene verplichting te maken voor alle operatoren zonder onderscheid.

Artikel 88

In paragraaf 1, 2°, moeten de woorden "indien Hij dat nodig acht" vervallen. Artikel 8, lid 2, van de universeledienstrichtlijn bepaalt immers dat het aanwijzen van ondernemingen om de universele dienst te verlenen moet geschieden volgens "een efficiënt, objectief, doorzichtig en niet-discriminerend aanwijzingssysteem waarin geen enkele onderneming a priori van aanwijzing is uitgesloten". Het is dus uitgesloten dat de Koning ambtshalve een onderneming aanwijst zonder gebruik te maken van een open selectieprocedure.

Paragraaf 2 moet net als artikel 94 dienovereenkomstig worden aangepast.

Dezelfde opmerking geldt voor de artikelen 98 en 103.

Artikel 91

Krachtens artikel 25, lid 2, van de universeledienstrichtlijn moet de terbeschikkingstelling van relevante informatie door ondernemingen die telefoonnummers toekennen ten behoeve van het verstrekken van telefooninlichtingendiensten en telefoongidsen, geschieden "op billijke, objectieve, kostengeoriënteerde en niet-discriminerende voorwaarden".

In het voorontwerp mag dus niet worden bepaald dat de gegevens betreffende de eindgebruikers "gratis" ter beschikking moeten worden gesteld.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 100.

Artikel 94

Deze bepaling voorziet alleen maar in een vergoeding, in voorkomend geval, van de betrokken aanbieder van de universele dienst wanneer die van ambtswege is aangewezen.

Om in overeenstemming te zijn met de universeledienstrichtlijn, moet de wet ervoor zorgen dat de universele dienst effectief wordt verstrekt. Ze mag dus niet a priori uitsluiten dat het verstrekken van de betrokken universele dienst een onredelijke last vertegenwoordigt die vergoed moet worden, zelfs niet wanneer verscheidene ondernemingen in de loop van de open procedure te kennen zouden hebben gegeven die dienst te willen verlenen.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 103.

Artikel 107

Dat de uitgaven tegenover andere operatoren alleen kunnen worden afgetrokken van de omzet wanneer die operatoren niet onderworpen zijn aan de verplichte kostenoriëntatie, moet gewettigd kunnen worden ten aanzien van het gelijkheidsbeginsel.

Artikel 111

Er dient te worden nagegaan of de verwijzing naar artikel 110, tweede lid, 2°, niet slaat op artikel 110, derde lid.

Artikelen 112 en 113 en bijlage

Uit artikel 12, lid 1, van de universele-dienstrichtlijn blijkt dat het aanbieden van de universele dienst alleen mag worden vergoed wanneer dit een onredelijke last vertegenwoordigt voor de aanbieder van de universele dienst.

Het voorontwerp bepaalt dat het bedrag van de vergoeding overeenstemt met de nettokosten van het aanbieden van de universele dienst, maar voorziet nergens in een evaluatie van die nettokosten om na te gaan of ze, zoals ze berekend worden overeenkomstig de in de bijlage vastgestelde methode, al dan niet een onredelijke last vertegenwoordigen.

Er zou geoordeeld kunnen worden dat die werkwijze strookt met de richtlijn, voorzover bij de berekening van de nettokosten rekening wordt gehouden met alle indirecte winst, met inbegrip van de immateriële winst die gehaald kan worden uit die prestatie. In dat geval immers is iedere deficitaire toestand die blijkt uit die berekening inderdaad een onredelijke last.

De definitie die in artikel 1, 15°, van de bijlage wordt gegeven van "indirecte winst" biedt de mogelijkheid aan die voorwaarde te voldoen voorzover de opsomming van de gevallen van indirecte winst die ze geeft niet geïnterpreteerd wordt als een limitatieve opsomming. Het zou beter zijn daartoe de woorden "meer bepaald" te vervangen door de woorden "onder meer".

Artikel 120

Paragraaf 2, tweede lid, moet vervallen. De universeledienstrichtlijn voorziet niet in de mogelijkheid om af te wijken van de verplichting opgelegd bij artikel 20, lid 4, ervan.

Artikel 121

Het derde lid legt een verplichting op waarin niet is voorzien in de universeledienstrichtlijn. Die bepaling is dus in strijd met de machtigingsrichtlijn. Zulk een begeleidende maatregel met betrekking tot de tarieven mag alleen worden opgelegd aan de operatoren waarvan bepaald is dat ze een sterke marktpositie hebben.

Artikel 128

Uit artikel 10 en uit bijlage I, A, van de universeledienstrichtlijn blijkt dat de verplichting waarin die bepaling voorziet alleen kan worden opgelegd aan de ondernemingen die aangewezen zijn om de universele dienst aan te bieden.

De bepaling moet dienovereenkomstig worden aangepast.

Dezelfde opmerking geldt voor de artikelen 129 en 131.

Artikel 133

In paragraaf 2, derde lid, en in paragraaf 3, 1°, tweede lid, van het voorontwerp staat dat de toestemming van de gebruiker niet vereist zou zijn voor het verwerken van de verkeersgegevens wanneer die gebruiker werkt voor een abonnee die een rechtspersoon is en die zijn toestemming gegeven heeft.

Uit artikel 6 van de privacyrichtlijn kan niet worden afgeleid dat de toestemming van de gebruiker niet nodig is wanneer de abonnee zijn toestemming heeft gegeven.

Dezelfde opmerking geldt voor artikel 134, § 2, tweede lid.

Artikel 137

De redactie van paragraaf 2, tweede lid, moet worden herzien zodat daarin duidelijker wordt bepaald dat de gegevens in België bewaard moeten worden, zoals te lezen staat in de commentaar bij het artikel.

Artikel 138

De verwijzingen naar de artikelen 41*bis* en 82*bis* van het Wetboek van Strafvordering moeten vervangen worden door verwijzingen naar de artikelen 46*bis* en 88*bis* van hetzelfde Wetboek.

Artikel 139

De redactie van de Franse versie van het derde lid is onbegrijpelijk.

Artikel 142

Uit artikel 3, lid 3, en artikel 11 van de privacyrichtlijn blijkt dat de verplichting voorgeschreven in artikel 142, eerste lid, opgelegd moet worden aan de operatoren, tenzij zulks technisch onhaalbaar is of onevenredig veel economische middelen vergt. In dat geval moet de lidstaat de Commissie daarvan op de hoogte brengen.

Deze bepaling moet worden herzien zodat die informatie kan worden meegedeeld. De operator die van oordeel is dat hij niet aan die verplichting kan voldoen, moet worden verplicht een afwijking te vragen.

Artikel 145

Het beginsel van de autonomie staat eraan in de weg dat eenzijdig in het voorontwerp wordt bepaald dat vertegenwoordigers van de gemeenschappen aanwezig zijn in de Ethische Commissie voor de telecommunicatie.

Die aanwezigheid wordt immers niet als facultatief voorgesteld. De bevoegdheden van die commissie zijn bovendien niet louter adviserend.

Indien de steller van het voorontwerp de aanwezigheid van vertegenwoordigers van de gemeenschappen mogelijk wil maken, moet de wetgever zich ertoe bepalen in de mogelijkheid daartoe te voorzien en de Koning machtigen die vertegenwoordiging te organiseren. Het staat dan aan de Koning, overeenkomstig artikel 92*ter* van de genoemde bijzondere wet van 8 augustus 1980, een besluit in die zin uit te vaardigen, na de instemming van de gemeenschaps- en gewestregeringen te hebben verkregen.

Artikel 159

Om iedere cumulatie van vervolging die in strijd is met het beginsel non bis in idem te voorkomen, dient uitdrukkelijk bepaald te worden dat indien de procureur des Konings zijn beslissing om niet te vervolgen ter kennis heeft gebracht of verzuimd heeft zijn beslissing binnen de voorgeschreven termijn ter kennis te brengen, alleen de maatregelen waarin is voorzien in artikel 21 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector nog mogen worden toegepast.

Artikel 166

Sommige van de artikelen genoemd in deze opheffingsbepaling bestaan niet, zijn reeds opgeheven of zijn opheffingsbepalingen zodat het geen zin heeft ze op te heffen.

Met de vertegenwoordiger van de Minister is overeengekomen dat deze bepaling volledig zal worden herzien.

De kamer was samengesteld uit

Mevrouw	M.-L.	WILLOT-THOMAS,	kamervoorzitter,
de Heren	P.	LIÉNARDY,	staatsraden,
	P.	VANDERNOOT,	
Mevrouw	C.	GIGOT,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de H. L. DETROUX, auditeur.

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

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

C. GIGOT M.-L. WILLOT-THOMAS