AW

ROYAUME DE BELGIQUE

– – – – – – – – – –

AVIS 38.753/2/V
DE LA SECTION DE LÉGISLATION DU CONSEIL D'ÉTAT

– – – – – – – – – – – –

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, deuxième chambre des vacations, saisi par le Vice-Premier Ministre et Ministres des Entreprises publiques, le 8 juillet 2005, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, prorogé jusqu'au 15 septembre 2005 (*), sur un avant-projet de loi "concernant GSM-R", a donné le 12 septembre 2005 l'avis suivant :

(*) Par une lettre du Ministre du 12 juillet 2005.

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.

Formalité préalable

L'article 6, § 4, 3°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles prévoit une procédure d'association avec les Gouvernements des Régions pour l'élaboration des règles de police générale et de la réglementation relatives aux communications et aux transports, ainsi qu'aux prescriptions techniques relatives aux moyens de communication et de transport.

Il ressort du dossier transmis au Conseil d'État, ainsi que de différentes dispositions ou décisions de droit européen [(1)], que les réseau et services GSM-R qui font l'objet de l'avant-projet à l'examen, relèvent de l'infrastructure du réseau ferroviaire et doivent être mis en relation avec des spécifications techniques européennes en matière de

---

(1) Voir le règlement (CEE) n° 2598/70 de la Commission du 18 décembre 1970 relatif à la fixation du contenu des différentes positions des schémas de comptabilisation de l'annexe I du règlement (CEE) n° 1108/70 du Conseil du 4 juin 1970, annexe I, A, 7e tiret : il résulte de ce règlement que relève de l'infrastructure ferroviaire notamment les "installations de sécurité, de signalisation et de télécommunication de pleine voie, de gare et de triage, y compris les installations de production, de transformation et de distribution de courant électrique pour le service de la signalisation et des télécommunications. Voy, concernant spécialement le GSM-R, la décision de la Commission du 28 juillet 1999 concernant les paramètres fondamentaux du sous-système «contrôle-commande et signalisation» relatif au système ferroviaire transeuropéen à grande vitesse, la décision de la Commission du 21 mars 2001 concernant les paramètres fondamentaux du sous-système contrôle-commande et signalisation du système ferroviaire transeuropéen à grande vitesse appelés «Caractéristiques de l'ERTMS» à l'annexe II, point 3, de la directive 96/48/CE et la décision de la Commission du 30 mai 2002 concernant la spécification technique d'interopérabilté au sous-système «contrôle-commande et signalisation» du système ferroviaire transeuropéen à grande vitesse visée à l'article 6, paragraphe 1, de la directive 96/48/CE".

transport ferroviaire. Par conséquent, si le GSM-R relève des télécommunications et communications électroniques, il relève également des communications et transports au sens de l'article 6, § 4, 3°, précité. À ce titre, l'avant-projet à l'examen peut être qualifié de réglementation relative aux communications et transports et les prescriptions techniques relatives au GSM-R, de prescriptions techniques relatives aux moyens de communication et de transport.

À cet égard, l'accomplissement de la formalité requise ne ressort pas du dossier et le délégué du ministre a confirmé qu'il n'avait pas été procédé à l'association des Gouvernements concernés.

L'auteur de l'avant-projet veillera à l'accomplissement de cette formalité.

Examen de l'avant-projet

Observations générales

Selon l'article 4 de l'avant-projet à l'examen,

> "Dans le cadre du GSM-R et excepté si la présente loi y déroge, la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, titre III de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques autonomes, la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges et 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 régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges sont d'application dans le cadre du GSM-R et des services y afférents."

L'article 7 de l'avant-projet dispose pour sa part comme suit :

> "Sans préjudice de l'article 4 de la présente loi, les articles 68 à 104; 108 à 112; 119 et 120; 121 et 134 à 136 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques ne sont pas applicables."

Les articles 8 et 10 de l'avant-projet doivent quant à eux, être mis en relation avec les articles 106 et 11 de la loi précitée, auxquels ils renvoient, en y dérogeant expressément ou implicitement.

Outre qu'il serait plus cohérent de grouper les articles 4 et 7 dans une même disposition, et que l'on n'aperçoit pas la portée exacte des mots "sans préjudice de l'article 4", qui figurent à l'article 7, les dispositions précitées appellent les observations générales suivantes.

1. De manière générale, les dérogations à la loi du 13 juin 2005, expresses ou implicites, prévues par le texte en projet, doivent pouvoir se justifier raisonnablement au regard du principe d'égalité inscrit aux articles 10 et 11 de la Constitution, compte tenu de la nature et de l'objectif poursuivi par le réseau et les services GSM-R.

Par conséquent, si, compte tenu de cette nature et de cet objectif, les dérogations envisagées peuvent le cas échéant effectivement se justifier, les justifications de chaque dérogation expresse et des dispositions implicitement ou partiellement dérogatoires, doivent apparaître dans l'exposé des motifs, qui doit être complété en conséquence, spécialement en ce qui concerne l'article 7 de l'avant-projet.

Par ailleurs, les dérogations envisagées doivent demeurer cohérentes. Or, cette cohérence fait parfois défaut.

À titre d'exemple, il résulte de l'article 7 de l'avant-projet ainsi que de la note au Conseil des ministres que l'intention est de faire figurer parmi les dispositions de la loi du 13 juin 2005 inapplicables au GSM-R, celles relatives au service universel.

Or, il résulte du même article 7 que demeurent applicables au GSM-R les articles 117 et 118 de la loi du 13 juin 2005, qui sont relatives aux prestataires de services prestés au titre de service universel. Certes, ces dispositions ne trouveront pas, dans les faits, à s'appliquer à l'opérateur GSM-R, qui n'est pas appelé à être désigné comme prestataire de services prestés au titre de service universel. Toutefois, dans un souci de cohérence et afin d'éviter toute confusion, mieux vaudrait rendre ces dispositions expressément inapplicables au GSM-R.

2. L'articulation entre les différentes dispositions du texte en projet et des différentes lois rendues applicables "dans le cadre du GSM-R" par l'article 4 en projet, n'apparaît pas toujours clairement.

Pour ne prendre que quelques exemples significatifs, l'on relève ce qui suit :

1° L'on n'aperçoit pas toujours la cohérence entre les termes employés par le texte en projet et ceux employés et définis par la loi du 13 juin 2005.

Ainsi :

a) L'article 5 de l'avant-projet emploie à plusieurs reprises la notion d'"abonné" au réseau GSM-R.

L'article 2, 15°, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques définit l'abonné comme étant "toute personne physique ou morale titulaire d'un numéro attribué par un opérateur pour la fourniture de services de communications électroniques et qui utilise un service de communications électroniques en exécution d'un contrat passé avec un opérateur".

La question se pose de savoir si le terme "abonné" employé par le texte en projet a le même sens que celui que lui donne la loi du 13 juin 2005 rendue applicable dans nombre de ses dispositions -notamment l'article 2- aux réseau et services GSM-R par les articles 4 et 7 de l'avant-projet à l'examen.

Il résulte des explications communiquées par l'intermédiaire du délégué du ministre que la fourniture de services GSM-R n'impliquera pas nécessairement un contrat spécifique entre l'opérateur GSM-R et le bénéficiaire de ces services, la fourniture desdits services pouvant être couverte par le contrat global conclu par une entreprise ferroviaire dans le cadre de l'accès à l'infrastructure ferroviaire. De l'avis du délégué du ministre, la notion d'abonné pourrait être remplacée par celle d'"utilisateur final", tel que visé à l'article 2, 13°, de la loi du 13 juin 2005, cette notion étant plus large que celle d'abonné.

Il n'est pas sûr qu'un tel remplacement soit de nature à clarifier les choses. Le texte devrait être revu en conséquence. Il convient en tout état de cause d'en assurer la cohérence interne. En effet, alors que le paragraphe 2, 1°, de l'article 5 de l'avant-projet se réfère à un "numéro d'abonné" le 4° du même paragraphe précise que la matrice d'accès définit "les abonnés qui peuvent communiquer avec les autres abonnés sur le réseau GSM-R".

b) L'article 17, § 2, de l'avant-projet permet à l'Institut d'imposer certaines exigences à l'opérateur GSM-R pour limiter le risque de perturbations sur "les autres réseaux de communications" causées par les stations de base du réseau GSM-R.

Il est prévu que ces exigences ne peuvent être imposées à l'opérateur GSM-R que s'il apparaît que les réseaux visés ci-avant ont été construits et sont exploités selon les règles de l'art.

L'article 17, § 2, de l'avant-projet ne précise toutefois pas ce qu'il faut entendre par les mots "autres réseaux de communications". La question se pose dès lors de savoir quels sont les réseaux concernés et si sont seuls visés les réseaux de communications électroniques au sens de l'article 2, 3°, de la loi du 13 juin 2005.

Pour rappel, la loi du 13 juin 2005 définit les "réseaux de communications électroniques" comme étant "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, dans la mesure où ils sont utilisés pour la transmission de signaux autres que ceux de radiodiffusion et de télévision".

La loi du 13 juin 2005 ne vise donc les systèmes de transmission que "dans la mesure où ils sont utilisés pour la transmission de signaux autres que ceux de radiodiffusion et de télévision".

Cette restriction, telle qu'elle est rédigée, fait suite à une observation émise par la section de législation du Conseil d'État dans son avis 37.295/4 donné le 28 juin 2004 sur un avant-projet devenu la loi du 13 juin 2005.

Dans son observation générale 2 relative à cet avant-projet, le Conseil d'État s'était exprimé comme suit :

> "[...]
>
> 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.» (2)

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»."

De ce qui précède, il suit que la restriction mise à la définition de la notion de réseau de communications électroniques est requise par la répartition des compétences entre l'autorité fédérale et les Communautés.

---

(2) Arrêt n° 156/2002, cons. B.4.2.

Il en résulte aussi que si la notion d'"autres réseaux de communication" employée à l'article 17, § 2, de l'avant-projet revêtait une signification plus large que celle de "réseaux de communications électroniques" visée à l'article 2 de la loi du 13 juin 2005, ledit article 17, § 2, pourrait être sujet à critique au regard de la répartition des compétences rappelée ci-avant.

En effet, il résulte de cette disposition que l'Institut sera appelé le cas échéant à vérifier si ces "autres réseaux" "ont été construits et sont exploités selon les règles de l'art".

Or, il va de soi que l'Institut ne peut exercer pareil contrôle que si celui-ci s'inscrit dans les limites des compétences fédérales en la matière et qu'il ne pourrait dès lors vérifier si des réseaux de communication ont été construits et exploités dans les règles de l'art que dans la mesure où ces règles de l'art en matière de construction et d'exploitation des réseaux sont relatives à la transmission de signaux autres que ceux de radiodiffusion et de télévision.

Par conséquent, il appartient à l'auteur de l'avant-projet de revoir la disposition ici examinée, de manière non seulement à assurer la cohérence de terminologie avec la loi du 13 juin 2005 mais également afin de garantir le respect des règles répartitrices de compétence entre l'autorité fédérale et les Communautés.

2° Selon l'article 8 de l'avant-projet, l'article 106 de la loi du 13 juin 2005 est applicable à l'opérateur GSM-R à deux conditions.

Selon la seconde de ces conditions, l'applicabilité de l'article 106 à l'opérateur GSM-R est subordonnée à la circonstance que les missions visant à satisfaire l'intérêt général concernées soient "imposées expressément par le Roi, sur proposition de l'Institut, à l'opérateur GSM-R".

La section de législation n'aperçoit pas la portée de cette seconde condition au regard de l'article 106 de la loi du 13 juin 2005, spécialement ses paragraphes 1er et 4.

En effet, d'une part, selon le paragraphe 1er de cette disposition, le Roi établit, après avis de l'Institut, la liste des opérateurs qui collaborent à la défense civile, la liste des opérateurs qui collaborent avec la Commission mixte des télécommunications et la liste des opérateurs et les modalités de mise à disposition des lignes louées demandées par les services visés à l'article 151 de la même loi. D'autre part, selon le paragraphe 4 de la même disposition, "un ou plusieurs opérateurs peuvent être chargés par le Roi, par arrêté délibéré en Conseil des ministres, après avis de l'Institut, d'autres missions visant à satisfaire l'intérêt général".

En d'autres termes, il résulte déjà de l'article 106, §§ 1er et 4, de la loi du 13 juin 2005 que le Roi est chargé de désigner expressément les opérateurs qui rempliront les missions d'intérêt général concernées - puisqu'il doit établir la liste de ces opérateurs pour les missions visées au paragraphe 1er, et charger certains opérateurs des autres missions visées au paragraphe 4.

Telle qu'elle est rédigée, la seconde condition prévue à l'article 8 de l'avant-projet ne paraît n'avoir de sens que si elle entend subordonner la désignation de l'opérateur GSM-R pour les missions visées à l'article 106, § 1er, ou § 4, non pas à un avis de l'Institut mais à une proposition de celui-ci, ou bien si elle a pour objet de déroger à l'exigence de la délibération en Conseil des ministres, prévue à l'article 106, § 4.

Cette seconde condition pourrait aussi être comprise comme faisant obstacle à ce que l'opérateur GSM-R figure dans les listes visées à l'article 106, § 1er, et comme imposant que le Roi désigne l'opérateur en dehors de ces listes.

La portée de cette seconde condition demeure floue et l'exposé des motifs ne permet pas de mieux la comprendre.

Tel qu'il est rédigé, il laisse en effet entendre que l'intention pourrait être, en réalité, de ne pas rendre applicable l'article 106 de la loi du 13 juin 2005 à l'opérateur GSM-R, tout en permettant néanmoins au Roi de lui imposer à titre ponctuel l'accomplissement de missions d'intérêt général, aux seules conditions fixées par l'article 8 de l'avant-projet.

En conclusion sur ce point, l'article 8 de l'avant-projet doit être revu de sorte que l'intention de l'auteur de l'avant-projet apparaisse clairement et que le respect du principe d'égalité soit assuré.

3° Concernant l'article 10 de l'avant-projet, l'on se demande en quoi consistera la "capacité ad hoc" octroyée par l'Institut à l'opérateur GSM-R.

Par ailleurs, l'articulation entre l'article 10 de l'avant-projet et l'article 11 de la loi du 13 juin 2005 n'est pas claire. Plus spécialement, dès lors que l'article 10 de l'avant-projet paraît imposer à l'Institut d'accorder "une capacité ad hoc" à l'opérateur GSM-R, la section de législation se demande comment cette obligation se conciliera avec l'article 11, § 3, de la loi du 13 juin 2005 qui prévoit que le ministre fixe -notamment- les conditions d'obtention des droits d'utilisation.

4° L'article 12 de l'avant-projet est libellé comme suit :

> "La redevance annuelle et les frais de dossier sont déterminés, après avis de l'Institut, par arrêté royal délibéré en conseil des ministres et couvre l'ensemble des frais de l'Institut relatifs à, la mise à disposition, la gestion et le contrôle du spectre des fréquences pour le GSM-R."

Cette disposition suscite plusieurs interrogations. D'abord, elle ne précise pas qui sera le redevable de la redevance visée, à qui elle sera versée, ni quels sont les frais de dossiers ainsi visés. La circonstance que le redevable est l'opérateur GSM-R et que les frais visés sont les frais du "dossier de notification" apparaît seulement à la lecture du commentaire des articles.

Ensuite, l'on s'interroge sur la manière dont cette disposition entend s'articuler avec les dispositions de la loi du 13 juin 2005 en matière de redevances administratives, spécialement les articles 29 et 30, qui sont, selon l'avant-projet, applicables au GSM-R.

En effet, d'une part, l'article 29, § 1er, 1°, de la loi du 13 juin 2005 prévoit que les redevances administratives qui sont imposées aux opérateurs [...] servent à couvrir les coûts liés notamment à l'établissement, la gestion, le contrôle et à l'application de la législation et des droits d'utilisation.

D'autre part, l'article 30, § 1er, de la même loi dispose que "les droits d'utilisation visés aux articles 11 et 18 peuvent être soumis à des redevances afin de garantir une utilisation optimale de ces moyens. Les redevances sont recouvrées par l'Institut".

Dans les deux cas, c'est au Roi qu'il appartient de fixer le montant des redevances sur proposition de l'Institut, mais sans qu'une délibération en Conseil des ministres soit requise, tandis que la fixation du montant de la redevance visée à l'article 12 de l'avant-projet requiert non pas la proposition, mais l'avis préalable de l'Institut, ainsi qu'une délibération en Conseil des ministres.

La question se pose dès lors de savoir comment ces différentes dispositions sont appelées à se combiner.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet de prendre clairement position afin d'éviter tout risque de confusion, d'incertitude et de double-emploi entre les systèmes de contributions concernés.

*

* *

De ces différents exemples, il suit que l'avant-projet doit être complété afin de préciser et de clarifier la portée de plusieurs de ses dispositions ainsi que la manière dont il entend s'articuler avec les autres dispositions légales auxquelles il est envisagé de soumettre les réseau, services et opérateur GSM-R et en veillant au respect du principe d'égalité.

Eu égard au caractère fondamental de l'observation générale, les observations particulières se limitent aux observations suivantes.

Observations particulières

Article 1er

L'article 4 de l'avant-projet prévoit qu'est notamment applicable "dans le cadre du GSM-R et des services y afférents", 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 régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges.

La loi ainsi rendue applicable attribue une compétence à la Cour d'appel de Bruxelles et règle ainsi une matière visée à l'article 77 de la Constitution.

La disposition en projet qui la rend applicable "dans le cadre du GSM-R" règle par conséquent, elle aussi, pour partie, une matière visée à l'article 77 de la Constitution (3).

Article 2

1. Il ressort de son dispositif ainsi que de l'exposé des motifs que l'avant-projet de loi doit être mis en rapport avec l'arrêté royal du 3 avril 2000 relatif à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen à grande vitesse, et avec l'arrêté royal du 15 mai 2003 relatif à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen conventionnel.

À cet égard, l'article 2 de l'avant-projet appelle les observations suivantes :

1° Les définitions que l'avant-projet donne de l'"entreprise ferroviaire" (arrêté royal précité du 15 mai 2003) et du "gestionnaire de l'infrastructure ferroviaire" (arrêtés royaux précités du 3 avril 2000 et du 15 mai 2003) diffèrent des définitions que donnent de ces deux notions les arrêtés précités.

(3) Voir dans le même ordre d'idée, l'observation faite par le Conseil d'État dans son avis 37.295/4, à propos de l'article 1er d'un avant-projet devenu la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques.

Elles diffèrent également des définitions que donne de ces notions, l'article 197, 1° et 2°, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques autonomes, dispositions relatives à Infrabel.

Certes, dans la loi et les arrêtés précités, les définitions sont assorties de la mention "pour l'application du présent ..." mais il est peu heureux que dans des textes qui s'appliquent aux mêmes agents économiques ou aux mêmes institutions, les définitions et partant les champs d'application varient ainsi au gré des textes.

Il y a lieu de revoir l'avant-projet de loi à l'examen et, le cas échéant, les autres textes cités ci-avant, afin d'assurer la cohérence entre ceux-ci.

2° Certaines notions employées par l'avant-projet de loi méritent d'être définies. Il en va notamment ainsi des notions de "sous-système", employée à l'article 2, 13°, et d'interopérabilité, lesquelles sont d'ailleurs définies avec précision dans l'arrêté royal du 3 avril 2000 relatif à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen à grande vitesse, ainsi que dans l'arrêté royal du 15 mai 2003 relatif à l'interopérabilité du système ferroviaire transeuropéen conventionnel.

2. L'article 2, 12°, de l'avant-projet définit la notion d'"offre de référence". Or, cette notion n'apparaît dans aucune autre disposition du texte en projet de sorte que la définition qui en est donnée est, en réalité, sans objet.

De l'accord du délégué du ministre, cette disposition sera omise.

Article 3

Selon les explications communiquées par le délégué du ministre, la référence aux directives européennes qui est faite à l'article 3 de l'avant-projet aurait pour but d'imposer à l'opérateur GSM-R, dès l'entrée en vigueur du texte en projet, dont la date envisagée est le 1er janvier 2006, de mettre en place un réseau qui serait conforme à la directive 2004/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 avril 2004 qui modifie les directives mentionnées à la disposition à l'examen, même si celle-ci n'a pas encore fait l'objet de mesures de transposition en droit interne, le délai de transposition de cette directive expirant, selon son article 4, alinéa 1er, le 30 avril 2006.

Cette façon de procéder ne peut être admise. Il va de soi que les autorités belges compétentes pour prendre les mesures requises pour la transposition de la directive concernée ne sont nullement tenues d'attendre le 30 avril 2006 pour adopter ces mesures. Et les obligations qui seront ou seraient imposées à l'opérateur GSM-R en suite de cette directive ne pourront l'être qu'une fois que ces mesures de transpositions auront été adoptées.

La disposition à l'examen ne peut donc imposer directement à l'opérateur GSM-R de mettre en place un réseau conformément à des directives européennes.

Il convient dès lors de supprimer la mention des directives visées et de ne mentionner que les dispositions législatives ou réglementaires de droit interne qui en assurent la transposition.

Le texte en projet sera revu en conséquence.

Article 17

La disposition à l'examen n'est pas claire. Ainsi la section de législation s'interroge sur la nature de l'"aide technique" qui pourrait être accordée en vertu de celle-ci par l'Institut à l'opérateur GSM-R et sur la nature des actes que l'Institut pourrait ainsi accomplir "pour autant qu'ils soient raisonnables".

De même l'on se demande quelles seront les "exigences techniques et économiques" que l'Institut pourra imposer à l'opérateur et dans quelles limites et selon quelle procédure ces exigences seront imposées.

La disposition à l'examen manquant de précision et le commentaire des articles étant muet sur ce point, sa portée exacte ne peut être appréciée, singulièrement au regard du principe d'égalité dont le respect doit être assuré entre les différents opérateurs en matière de communications électroniques.

La disposition à l'examen doit par conséquent être revue et complétée de sorte que les prestations dont pourrait bénéficier l'opérateur GSM-R et les exigences qui pourraient lui être imposées apparaissent clairement. Ces prestations et exigences devront par ailleurs être limitées aux spécificités des réseau et services GSM-R.

Article 18

La disposition à l'examen permet au Roi, après avis de la Commission de la protection de la vie privée, d'autoriser l'opérateur GSM-R ou son mandataire à enregistrer les communications vocales opérationnelles relatives à la régulation et à la sécurité du trafic ferroviaire.

Cette disposition doit être mise en rapport avec l'article 22 de la Constitution qui dispose comme suit :

> "Chacun a droit au respect de sa vie privée et familiale, sauf dans les cas et conditions fixés par la loi.
>
> La loi, le décret ou la règle visée à l'article 134 garantissent la protection de ce droit."

Il résulte de cette disposition que c'est au législateur qu'il appartient de prévoir, le cas échéant, les limitations qui peuvent être apportées au respect du droit au respect de la vie privée, et d'organiser les éléments essentiels du régime de limitation.

À ce propos, les dispositions de l'article 18 de l'avant-projet de loi, qui permet l'enregistrement de communications téléphoniques vocales, enregistrement de nature à entraîner une atteinte au respect de la vie privée, n'apparaissent pas suffisantes. Certes, seules peuvent être enregistrées des "communications vocales opérationnelles", mais cette notion n'est pas définie.

L'article 18 de l'avant-projet doit être revu et complété de manière à préciser le régime de limitation mis en place.

En outre, il convient de souligner que, comme il résulte de l'article 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, et eu égard par ailleurs au principe d'égalité inscrit à l'article 14 de la même Convention et aux articles 10 et 11 de la Constitution, la limitation envisagée devra être justifiée par un but d'intérêt légitime, s'inscrire dans un rapport de proportionnalité raisonnable avec ce but, et par conséquent, être réduite à ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif ainsi fixé. À titre d'exemple, n'apparaîtrait pas justifiable un régime qui permettrait la conservation illimitée dans le temps, des enregistrements autorisés.

La chambre était composée de

Messieurs	P. HANSE,	conseiller d'État, président,
	P. LIÉNARDY, J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
	H. BOSLY,	assesseur de la section de législation,
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par Mme A. VAGMAN, auditeur.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT P. HANSE

AW

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 38.753/2/V

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, tweede vakantiekamer, op 8 juli 2005 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Overheidsbedrijven verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen verlend tot 15 september 2005 (*), van advies te dienen over een voorontwerp van wet "betreffende GSM-R", heeft op 12 september 2005 het volgende advies gegeven :

(*) Bij brief van de Minister van 12 juli 2005.

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 ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Voorafgaand vormvereiste

Artikel 6, § 4, 3°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen voorziet in een procedure van het betrekken van de Gewestregeringen bij het ontwerpen van de regels van de algemene politie en de reglementering op het verkeer en vervoer, alsook van de technische voorschriften inzake verkeers- en vervoermiddelen.

Uit het dossier dat aan de Raad van State is voorgelegd en uit verschillende bepalingen en beschikkingen van Europees recht (1) blijkt dat het GSM-R-netwerk en de GSM-R-diensten waarop het voorliggende voorontwerp betrekking heeft, behoren tot de

(1) Zie Verordening (EEG) nr. 2598/70 van de Commissie van 18 december 1970 betreffende de vaststelling van de inhoud van de verschillende posten van de boekhoudkundige schema's bedoeld in bijlage I bij Verordening (EEG) nr. 1108/70 van de Raad van 4 juni 1970, bijlage I, A, zevende streepje : uit deze verordening blijkt dat onder meer tot de spoorweginfrastructuur behoren "de installaties voor de veiligheid, het seinwezen en de telecommunicatie voor de vrije baan, stations en rangeerstations, met inbegrip van de installaties voor het opwekken, transformeren en verdelen van elektrische stroom ten behoeve van het seinwezen en de telecommunicatie".
Zie, inzonderheid met betrekking tot de GSM-R, de beschikking van de Commissie van 28 juli 1999 betreffende de fundamentele parameters van het besturings- en seingevingssubsysteem met betrekking tot het Trans-Europees hogesnelheidsspoorwegsysteem, de beschikking van de Commissie van 21 maart 2001 betreffende de fundamentele parameters van het besturings- en signaleringssubsysteem van het trans-Europees hogesnelheidsspoorwegsysteem, die in bijlage II, punt 3, van Richtlijn 96/48/EG zijn aangeduid als "Eigenschappen van het ERTMS" en de beschikking van de Commissie van 30 mei 2002 betreffende de technische specificatie inzake interoperabiliteit van het subsysteem "Besturing en seingeving" van het trans-Europees hogesnelheidsspoorwegsysteem overeenkomstig artikel 6, lid 1, van Richtlijn 96/48/EG.

.../...

spoorweginfrastructuur en in verband moeten worden gebracht met de Europese technische specificaties inzake voervoer per spoor. Bijgevolg ressorteert de GSM-R weliswaar onder telecommunicatie en elektronische communicatie, maar ressorteert hij tevens onder verkeer en vervoer in de zin van het voormelde artikel 6, § 4, 3°. Om die reden kan het voorliggende voorontwerp worden bestempeld als reglementering op het verkeer en vervoer en kunnen de technische voorschriften betreffende de GSM-R worden bestempeld als technische voorschriften inzake verkeers- en vervoermiddelen.

Wat dit aspect betreft, blijkt niet uit het dossier dat dit vormvereiste is vervuld en de gemachtigde van de minister heeft verklaard dat de regeringen in kwestie niet bij dit ontwerp zijn betrokken.

De steller van het voorontwerp dient erop toe te zien dat dit vormvereiste wordt vervuld.

Onderzoek van het voorontwerp

Algemene opmerkingen

Artikel 4 van het voorliggende voorontwerp luidt als volgt :

> "In het kader van de GSM-R en behoudens wanneer deze wet het anders bepaalt, zijn de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, titel III van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige overheidsbedrijven, de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector en 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 van toepassing in het kader van het GSM-R en de daarbij horende diensten."

Artikel 7 van het voorontwerp, zijnerzijds, luidt als volgt :

> "Ongeacht artikel 4 zijn de hiernavolgende bepalingen van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie niet van toepassing op de GSM-R-operator :
>
> 1° de artikelen 68 tot 104;
>
> 2° de artikelen 108 tot 112;

3° de artikelen 119 en 120;

4° artikel 121 ;

5° de artikelen 134 tot 136."

De artikelen 8 en 10 van het voorontwerp, hunnerzijds, dienen in verband te worden gebracht met de artikelen 106 en 11 van de voormelde wet, waarnaar ze verwijzen maar waarvan ze uitdrukkelijk of impliciet afwijken.

Niet alleen zou het logischer zijn om de artikelen 4 en 7 tot een enkele bepaling samen te voegen en is de juiste reikwijdte van de woorden "ongeacht artikel 4" die in artikel 7 voorkomen niet duidelijk, maar bovendien geven de voormelde bepalingen aanleiding tot de volgende algemene opmerkingen.

1. Algemeen gesproken moet voor de uitdrukkelijke of impliciete afwijkingen van de wet van 13 juni 2005 waarin de ontworpen tekst voorziet een redelijke verantwoording kunnen worden gegeven in het licht van het gelijkheidsbeginsel vervat in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, gelet op de aard en de doelstelling van het GSM-R-netwerk en de GSM-R-diensten.

Hoewel de voorgenomen afwijkingen, gelet op die aard en op die doelstelling, in voorkomend geval inderdaad kunnen worden verantwoord, dient de verantwoording van elke uitdrukkelijke afwijking en van de bepalingen die impliciete of uitdrukkelijke afwijkingen inhouden bijgevolg te worden opgenomen in de memorie van toelichting, die dienovereenkomstig moet worden aangevuld, inzonderheid wat artikel 7 van het voorontwerp betreft.

Voorts dienen de voorgenomen afwijkingen onderling samenhang te vertonen. Soms ontbreekt die samenhang evenwel.

Bijvoorbeeld blijkt uit artikel 7 van het voorontwerp en uit de nota aan de Ministerraad dat het de bedoeling is om onder de bepalingen van de wet van 13 juni 2005 die niet op de GSM-R van toepassing zijn die betreffende de universele dienstverlening op te nemen.

Uit datzelfde artikel 7 blijkt evenwel dat de artikelen 117 en 118 van de wet van 13 juni 2005, die betrekking hebben op aanbieders van diensten die als universele dienst worden verstrekt, van toepassing blijven op de GSM-R. Die bepalingen zullen in de praktijk weliswaar niet worden toegepast op de GSM-R-operator, die niet hoeft te worden aangewezen als aanbieder van diensten die als universele dienst worden verstrekt. Uit zorg voor de samenhang en teneinde elke verwarring te voorkomen, zou het evenwel beter zijn uitdrukkelijk te stellen dat deze bepalingen niet van toepassing zijn op de GSM-R.

2. Hoe de onderscheiden bepalingen van de ontworpen tekst aansluiten bij de onderscheiden wetten die bij het ontworpen artikel 4 "in het kader van de GSM-R" toepasselijk worden verklaard, is niet altijd duidelijk.

Om slechts enkele opmerkelijke voorbeelden aan te halen, wordt op het volgende gewezen :

1° Het is niet altijd duidelijk hoe de termen die in de ontworpen tekst gebezigd worden zich verhouden tot de termen die gebezigd en gedefinieerd worden in de wet van 13 juni 2005.

Zo :

a) Wordt in artikel 5 van het voorontwerp herhaaldelijk het begrip "abonnee (van het GSM-R-netwerk)" gebezigd.

In artikel 2, 15°, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie wordt de abonnee gedefinieerd als "een natuurlijke of rechtspersoon die houder is van een nummer dat toegekend is door een operator voor de levering van elektronische communicatiediensten en die gebruik maakt van een elektronische communicatiedienst ingevolge een met een operator gesloten contract".

De vraag rijst of de term "abonnee" die in de ontworpen tekst wordt gebezigd dezelfde betekenis heeft als die welke daaraan wordt gegeven in de wet van 13 juni 2005 waarvan heel wat bepalingen - inzonderheid artikel 2 - op het GSM-R-netwerk en de GSM-R-diensten toepasselijk worden verklaard bij de artikelen 4 en 7 van het voorliggende voorontwerp.

Uit de uitleg die door toedoen van de gemachtigde van de minister is verstrekt, blijkt dat de levering van GSM-R-diensten niet noodzakelijk impliceert dat de GSM-R-operator en de begunstigde van die diensten een specifiek contract hebben gesloten, aangezien de levering van de voornoemde diensten kan vallen onder een veelomvattend contract dat door een spoorwegmaatschappij in het kader van de toegang tot spoorweginfrastructuur is gesloten. Volgens de gemachtigde van de minister zou het begrip "abonnee" kunnen worden vervangen door dat van "eindgebruiker", zoals bepaald in artikel 2, 13°, van de wet van 13 juni 2005, aangezien dat begrip ruimer is dan het begrip abonnee.

Het is niet zeker dat die vervanging de zaken zou kunnen verduidelijken. De tekst behoort dienovereenkomstig te worden herzien. Hoe dan ook moet voor de interne samenhang ervan worden gezorgd. Immers, terwijl in artikel 5, § 2, 1°, van het voorontwerp verwezen wordt naar een "abonneenummer", wordt in onderdeel 4° van dezelfde paragraaf gesteld dat het toegangsregister "de abonnees bepaalt die met de overige abonnees mogen communiceren op het GSM-R-netwerk".

b) Wordt in artikel 17, § 2, van het voorontwerp aan het Instituut de mogelijkheid geboden om bepaalde eisen op te leggen aan de GSM-R-operator om het risico te beperken van storingen op "de andere communicatienetwerken" die veroorzaakt worden door de basisstations van het GSM-R-netwerk.

Er wordt bepaald dat die eisen slechts aan de GSM-R-operator kunnen worden opgelegd wanneer blijkt dat de voormelde netwerken volgens de regels der kunst zijn aangelegd en geëxploiteerd worden.

In artikel 17, § 2, van het voorontwerp wordt evenwel niet bepaald wat onder de woorden "andere communicatienetwerken" moet worden verstaan. De vraag rijst dan ook welke de netwerken in kwestie zijn en of alleen de elektronische-communicatienetwerken in de zin van artikel 2, 3°, van de wet van 13 juni 2005 worden bedoeld.

Er wordt aan herinnerd dat de "elektronische-communicatienetwerken" in de wet van 13 juni 2005 worden gedefinieerd als "de actieve of passieve transmissiesystemen en, in voorkomend geval, de schakel- of routeringsapparatuur en andere middelen die het mogelijk maken signalen over te brengen via draad, radiogolven, optische of andere elektromagnetische middelen, voorzover zij worden gebruikt voor de transmissie van andere signalen dan radio-omroep- en televisiesignalen".

In de wet van 13 juni 2005 is dan ook alleen sprake van transmissiesystemen "voorzover zij worden gebruikt voor de transmissie van andere signalen dan radio-omroep- en televisiesignalen".

Zoals deze beperking geredigeerd is, volgt zij uit een opmerking die de afdeling wetgeving van de Raad van State heeft gemaakt in haar advies 37.295/4, dat ze op 28 juni 2004 heeft gegeven over een voorontwerp dat tot de wet van 13 juni 2005 heeft geleid.

In zijn algemene opmerking 2 over dit voorontwerp had de Raad van State het volgende gesteld :

> "[...]
>
> 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.» [(2)]

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».

Uit wat voorafgaat, volgt dat de beperking van de omschrijving van het begrip elektronische-communicatienetwerk vereist is wegens de bevoegdheidsverdeling tussen de federale overheid en de gemeenschappen.

Uit het vorenstaande blijkt ook dat, indien het begrip "andere communicatienetwerken" dat wordt gehanteerd in artikel 17, § 2, van het voorontwerp een ruimere betekenis zou hebben dan het begrip "elektronische-communicatienetwerk" waarvan sprake is in artikel 2 van de wet van 13 juni 2005, het genoemde artikel 17, § 2,

---

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

vatbaar zou zijn voor kritiek ten aanzien van de hierboven vermelde bevoegdheidsverdeling.

Uit de laatstgenoemde bepaling volgt immers dat het Instituut in voorkomend geval zal moeten nagaan of deze "andere netwerken" "volgens de regels der kunst zijn aangelegd en geëxploiteerd worden".

Het is echter duidelijk dat het Instituut een dergelijke controle slechts kan uitoefenen indien deze geschiedt binnen de grenzen van de federale bevoegdheden ter zake, en dat het derhalve slechts kan nagaan of de communicatienetwerken volgens de regels van de kunst zijn aangelegd en geëxploiteerd worden voorzover deze regels van de kunst inzake aanleg en exploitatie van de netwerken betrekking hebben op de transmissie van andere signalen dan radio-omroep- en televisiesignalen.

Bijgevolg staat het aan de steller van het voorontwerp de hier onderzochte bepaling te herzien, niet alleen om te zorgen voor overeenstemming met de terminologie van de wet van 13 juni 2005, maar ook om de naleving van de regels betreffende de bevoegdheidsverdeling tussen de federale overheid en de gemeenschappen te waarborgen.

2°. Volgens artikel 8 van het voorontwerp is artikel 106 van de wet van 13 juni 2005 van toepassing op de GSM-R-operator onder twee voorwaarden.

Volgens de tweede voorwaarde is artikel 106 slechts van toepassing op de GSM-R-operatoren indien de betrokken opdrachten van algemeen belang "door de Koning, op voorstel van het Instituut, uitdrukkelijk aan de GSM-R-operator worden opgelegd".

De afdeling wetgeving ziet niet in wat de strekking is van deze tweede voorwaarde in het licht van artikel 106 van de wet van 13 juni 2005, inzonderheid van de paragrafen 1 en 4 ervan.

Volgens paragraaf 1 van deze bepaling legt de Koning immers, enerzijds, na advies van het Instituut, de lijst van de operatoren vast die met de civiele bescherming meewerken, de lijst van de operatoren die met de Gemengde Commissie voor telecommunicatie meewerken, en de lijst van de operatoren, alsook de nadere regels

inzake beschikbaarstelling van de huurlijnen die worden gevraagd door de in artikel 151 van dezelfde wet bedoelde diensten. Anderzijds luidt paragraaf 4 van dezelfde bepaling als volgt : "Eén of meer operatoren kunnen door de Koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, na advies van het Instituut, worden belast met andere opdrachten die bedoeld zijn om het algemene belang te dienen".

Met andere woorden, uit artikel 106, §§ 1 en 4, van de wet van 13 juni 2005 blijkt reeds dat de Koning ermee belast is uitdrukkelijk de operatoren aan te wijzen die de betrokken opdrachten van algemeen belang zullen uitvoeren - aangezien hij de lijst van deze operatoren moet vaststellen voor de opdrachten bedoeld in paragraaf 1 en bepaalde operatoren moet belasten met de andere opdrachten bedoeld in paragraaf 4.

Zoals de tweede voorwaarde van artikel 8 van het voorontwerp is geredigeerd, lijkt ze slechts zin te hebben als ze ertoe strekt de aanstelling van de GSM-R-operator voor de opdrachten bedoeld in artikel 106, § 1, of § 4, niet afhankelijk te stellen van een advies, maar van een voorstel van het Instituut, of als ze tot doel heeft af te wijken van het vereiste van overleg in de Ministerraad, bepaald in artikel 106, § 4.

Deze tweede voorwaarde zou eveneens zo kunnen worden uitgelegd dat ze belet dat de GSM-R-operator voorkomt op de lijsten bedoeld in artikel 106, § 1, en dat ze bepaalt dat de Koning de operator aanwijst buiten deze lijsten.

De strekking van deze tweede voorwaarde blijft vaag en de memorie van toelichting maakt het niet mogelijk ze beter te begrijpen.

De memorie van toelichting wekt in haar huidige redactie immers de indruk dat het in werkelijkheid de bedoeling zou kunnen zijn om artikel 106 van de wet van 13 juni 2005 niet van toepassing te verklaren op de GSM-R-operator, waarbij de Koning hem evenwel kan belasten met de uitvoering van welbepaalde opdrachten van algemeen belang, maar dit alleen onder de voorwaarden vastgesteld bij artikel 8 van het voorontwerp.

Tot besluit van dit punt zij gesteld dat artikel 8 van het voorontwerp dient te worden herzien opdat de bedoeling van de steller van het voorontwerp duidelijk naar voor komt en het gelijkheidsbeginsel in acht wordt genomen.

3° In verband met artikel 10 van het voorontwerp rijst de vraag wat de "passende capaciteit" omvat die door het Instituut aan de GSM-R-operator wordt toegekend.

Bovendien is de samenhang tussen artikel 10 van het voorontwerp en artikel 11 van de wet van 13 juni 2005 niet duidelijk. Doordat artikel 10 van het voorontwerp aan het Instituut de verplichting lijkt op te leggen om een "passende capaciteit" toe te kennen aan de GSM-R-operator, vraagt de afdeling wetgeving zich meer bepaald af hoe deze verplichting samengaat met artikel 11, § 3, van de wet van 13 juni 2005 die bepaalt dat de Minister - onder meer - de voorwaarden voor het verkrijgen van gebruiksrechten vaststelt.

4° Artikel 12 van het voorontwerp luidt als volgt :

> "Het jaarlijks recht en de dossierkosten worden bepaald, op advies van het Instituut, bij een in de Ministerraad overlegd koninklijk besluit en dekken alle kosten van het Instituut in verband met de beschikbaar- stelling, het beheer en de controle van het frequentiespectrum voor het GSM-R."

Bij deze bepaling kunnen verschillende vraagtekens worden geplaatst. Vooreerst wordt er niet in aangegeven wie de schuldenaar zal zijn van het bedoelde recht, aan wie het zal worden uitgekeerd, noch welke de aldus bedoelde dossierkosten zullen zijn. De omstandigheid dat de schuldenaar de GSM-R-operator is en dat de bedoelde kosten de kosten van het "kennisgevingsdossier" zijn, blijkt alleen bij het lezen van de commentaar bij de artikelen.

Vervolgens rijst de vraag hoe deze bepaling samengaat met de bepalingen van de wet van 13 juni 2005 inzake administratieve bijdragen, inzonderheid de artikelen 29 en 30 ervan, die volgens het voorontwerp van toepassing zijn op de GSM-R.

Enerzijds bepaalt artikel 29, § 1, 1°, van de wet van 13 juni 2005 immers dat de administratieve bijdragen die worden opgelegd aan de operatoren (...) dienen ter dekking van de kosten inzake het opstellen, het beheer, de controle en de toepassing van de wetgeving en van de gebruiksrechten.

Anderzijds bepaalt artikel 30, § 1, van dezelfde wet dat "de in de artikel en 11 en 18 bedoelde gebruiksrechten (...) aan heffingen onderworpen (kunnen) worden teneinde een optimaal gebruik van deze middelen te waarborgen. De heffingen worden door het Instituut geïnd".

In de twee gevallen staat het aan de Koning het bedrag van de rechten te bepalen op voorstel van het Instituut, maar zonder dat een overleg in de Ministerraad is vereist, terwijl de vaststelling van het bedrag van het recht bedoeld in artikel 12 van het voorontwerp niet het voorstel, maar het voorafgaande advies van het Instituut vereist, alsmede overleg in de Ministerraad.

De vraag is derhalve hoe deze verschillende bepalingen kunnen samengaan.

De steller van het voorontwerp dient zijn standpunt duidelijk te bepalen om te voorkomen dat de betrokken bijdrageregelingen aanleiding geven tot verwarring, onzekerheid en overlapping.

*
* *

Uit deze verschillende voorbeelden volgt dat het voorontwerp moet worden aangevuld om de strekking van verschillende bepalingen ervan aan te geven en te verduidelijken, alsmede de wijze waarop het voorontwerp wil samengaan met de andere wetsbepalingen waaraan het GSM-R-netwerk, de GSM-R-diensten en -operatoren beoogt te onderwerpen, en er hierbij voor te zorgen dat het gelijkheidsbeginsel wordt nageleefd.

Gelet op de fundamentele aard van de algemene opmerking, beperken de bijzondere opmerkingen zich tot het volgende.

Bijzondere opmerkingen

Artikel 1

In artikel 4 van het voorontwerp wordt bepaald dat "in het kader van het GSM-R en de daarbij horende diensten" inzonderheid 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 van toepassing is.

De aldus van toepassing verklaarde wet verleent een bevoegdheid aan het Hof van Beroep van Brussel en regelt aldus een aangelegenheid als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet.

De ontworpen bepaling die deze wet van toepassing verklaart "in het kader van het GSM-R" regelt bijgevolg ook zelf gedeeltelijk een aangelegenheid als bedoeld in artikel 77 van de Grondwet [(3)].

Artikel 2

1. Uit het dispositief, alsook uit de memorie van toelichting bij het voorontwerp van wet blijkt dat dit voorontwerp in verband moet worden gebracht met het koninklijk besluit van 3 april 2000 betreffende de interoperabiliteit van het trans-Europees hogesnelheidsspoorwegsysteem en met het koninklijk besluit van 15 mei 2003 betreffende de interoperabiliteit van het conventionele trans-Europese spoorwegsysteem.

(3) Zie in diezelfde lijn de opmerking die door de Raad van State is geformuleerd in advies 37.295/4, met betrekking tot artikel 1 van een voorontwerp dat bestaan gegeven heeft aan de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie.

In dat verband geeft artikel 2 van het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen :

1° De definities die in het voorontwerp gegeven worden van de begrippen "spoorwegonderneming" (voornoemd koninklijk besluit van 15 mei 2003) en "spoorweginfrastructuurbeheerder" (voornoemde koninklijke besluiten van 3 april 2000 en van 15 mei 2003) verschillen van de definities van beide begrippen in de voornoemde besluiten.

Zij verschillen eveneens van de definities van die begrippen in artikel 197, 1° en 2°, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, welke bepalingen betrekking hebben op Infrabel.

In de voornoemde wet en in de voornoemde besluiten staat in de definities weliswaar de vermelding "voor de toepassing van dit besluit..." maar het is niet erg geslaagd dat in de teksten die van toepassing zijn op dezelfde economische subjecten of op dezelfde instellingen, de definities en derhalve ook de toepassingsgebieden verschillen naar gelang van de teksten.

Het thans voorliggende voorontwerp van wet en, in voorkomend geval, ook de overige teksten die hiervoor genoemd zijn, behoren te worden herzien teneinde ervoor te zorgen dat deze met elkaar overeenstemmen.

2° Bepaalde begrippen die gebezigd worden in het voorontwerp van wet behoren nader te worden omschreven. Dat geldt inzonderheid voor het begrip "subsysteem" in artikel 2, 13° en het begrip "interoperabiliteit" die trouwens nauwkeurig gedefinieerd worden in het koninklijk besluit van 3 april 2000 betreffende de interoperabiliteit van het trans-Europees hogesnelheidsspoorwegsysteem, alsook in het koninklijk besluit van 15 mei 2003 betreffende de interoperabiliteit van het conventionele trans-Europese spoorwegsysteem.

2. Artikel 2, 12°, van het voorontwerp geeft een definitie van het begrip "referentieaanbieding". Dat begrip wordt echter in geen enkele andere bepaling van de ontworpen tekst gebezigd zodat de definitie die ervan wordt gegeven eigenlijk doelloos is.

De gemachtigde van de minister stemt ermee in dat deze bepaling dient te vervallen.

Artikel 3

Volgens de uitleg van de gemachtigde van de minister zou de verwijzing naar de Europese richtlijnen in artikel 3 van het voorontwerp ertoe strekken om de GSM-R-operator te verplichten om, zodra de ontworpen tekst in werking treedt, hetgeen voorzien is voor 1 januari 2006, een netwerk tot stand te brengen conform de richtlijn 2004/50/EG van het Europees Parlement en de Raad van 29 april 2004 die de richtlijnen wijzigt die vermeld worden in de thans voorliggende bepaling, ook al zijn er met betrekking tot deze richtlijn nog geen maatregelen genomen met het oog op de omzetting naar het intern recht, terwijl de termijn voor omzetting van deze richtlijn volgens artikel 4, eerste lid, ervan afloopt op 30 april 2006.

Deze werkwijze kan niet worden geduld. Het spreekt voor zich dat de Belgische overheidsinstanties bevoegd inzake de maatregelen die nodig zijn om de voornoemde richtlijn om te zetten, geenszins verplicht zijn te wachten tot 30 april 2006 om die maatregelen te nemen. De verplichtingen die zullen of zouden worden opgelegd aan de GSM-R-operator ingevolge die richtlijn, kunnen echter pas worden opgelegd eens die maatregelen die nodig zijn voor de omzetting, genomen zullen zijn.

De voorliggende bepaling kan dus niet rechtstreeks aan de GSM-R-operator de verplichting opleggen om te voorzien in een netwerk conform de Europese richtlijnen.

De verwijzing naar de bedoelde richtlijnen dient dan ook achterwege gelaten te worden en er dient enkel nog melding te worden gemaakt van de nationaalrechtelijke wets- en verordeningsbepalingen die de omzetting ervan waarborgen.

De ontworpen tekst behoort dienovereenkomstig te worden herzien.

Artikel 17

De thans onderzochte bepaling is niet duidelijk. De afdeling wetgeving vraagt zich dan ook af wat verstaan dient te worden onder "technische hulp" die krachtens deze bepaling door het Instituut zou kunnen worden geboden aan de GSM-R-operator en welke verrichtingen bedoeld worden die het Instituut aldus voor zijn rekening zou kunnen nemen "voorzover (deze) redelijk zijn".

Zo ook rijst de vraag welke "technische en economische eisen" het Instituut zal kunnen opleggen aan de operator en binnen welke perken en volgens welke procedure die eisen zullen worden opgelegd.

Aangezien de thans voorliggende bepaling niet nauwkeurig genoeg is en in de artikelsgewijze bespreking niets gezegd wordt in dat verband, kan de exacte draagwijdte van die bepaling niet worden ingeschat, in het bijzonder in het licht van het gelijkheidsbeginsel waarvan de naleving dient te worden verzekerd ten aanzien van de onderscheiden operatoren inzake elektronische communicatie.

De aldus onderzochte bepaling dient bijgevolg te worden herzien en aangevuld opdat duidelijk zou blijken welke prestaties de GSM-R-operator voordeel zouden kunnen opleveren en welke eisen aan deze operator zouden kunnen worden opgelegd. Die prestaties en eisen moeten overigens beperkt blijven tot het specifieke karakter van het GSM-R-netwerk en de GSM-R-diensten.

Artikel 18

De thans voorliggende bepaling geeft de mogelijkheid aan de Koning om, na advies van de Commissie voor de bescherming van de persoonlijke levenssfeer, de GSM-R-operator of diens afgevaardigde toe te staan "de operationele gesprekken met betrekking tot de regulering en de veiligheid van het spoorwegverkeer op te nemen".

Deze bepaling dient samen gelezen te worden met artikel 22 van de Grondwet dat luidt als volgt :

> "Ieder heeft recht op eerbiediging van zijn privé-leven en zijn gezinsleven, behoudens in de gevallen en onder de voorwaarden door de wet bepaald.
>
> De wet, het decreet of de in artikel 134 bedoelde regel waarborgen de bescherming van dat recht."

Uit deze bepaling blijkt dat het de wetgever toekomt om in voorkomend geval te bepalen welke beperkingen kunnen worden opgelegd wat betreft de naleving van het recht op de eerbiediging van het privé-leven en om de essentiële elementen vast te leggen die de grondslag vormen van de regeling die voorziet in die beperking.

In dat verband lijkt hetgeen bepaald wordt in artikel 18 van het voorontwerp van wet, dat voorziet in de mogelijkheid om telefoongesprekken op te nemen, welke opname een inbreuk kan uitmaken op de eerbiediging van het privé-leven, niet afdoende te zijn. Het is weliswaar wel zo dat enkel "operationele gesprekken" opgenomen kunnen worden, maar dat begrip wordt niet nader omschreven.

Artikel 18 van het voorontwerp moet herzien en aangevuld worden teneinde de vooropgestelde regeling die voorziet in die gebruiksbeperking nader te preciseren.

Bovendien behoort te worden benadrukt dat zoals blijkt uit artikel 8 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden, en gelet overigens op het gelijkheidsbeginsel dat gehuldigd wordt in artikel 14 van datzelfde Verdrag en in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, de beoogde gebruiksbeperking een geoorloofd belang moet dienen, in een evenredige verhouding moet staan tot het nagestreefde doel en bijgevolg beperkt moet blijven tot hetgeen noodzakelijk is om het vooropgestelde doel te verwezenlijken. Zo zou het bijvoorbeeld niet gerechtvaardigd zijn om te voorzien in een regeling op grond waarvan toegestane opnames voor onbeperkte tijd bewaard kunnen worden.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. HANSE,	staatsraad, voorzitter,
	P. LIÉNARDY, J. JAUMOTTE,	staatsraden,
	H. BOSLY,	assessor van de afdeling wetgeving,
Mevrouw	C. GIGOT,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. A. VAGMAN, 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 P. HANSE