

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 41.868/4
DU 4 JANVIER 2007

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par la Vice-Première Ministre et Ministre du Budget et de la Protection de la Consommation, le 8 décembre 2006, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi "modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges et la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques", a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 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 de l'avant-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 suivantes.

Observation préalable

Comme l'indique la demande d'avis, plusieurs dispositions de l'avant-projet de loi à l'examen ont déjà fait l'objet d'un avis du Conseil d'État. Il s'agit de l'avis 41.475/4, donné le 6 novembre 2006, sur un avant-projet de loi "modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges et la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques".

Lorsque la section de législation a donné un avis, elle a épuisé la compétence que lui confère la loi, et il ne lui appartient dès lors pas de se prononcer à nouveau sur les dispositions déjà examinées, qu'elles aient été revues pour tenir compte des observations faites dans le premier avis ou qu'elles demeurent inchangées.

Il en va différemment lorsqu'il est envisagé d'insérer dans le texte des dispositions entièrement nouvelles, dont le contenu est indépendant des observations ou suggestions formulées dans le premier avis de la section de législation, ou lorsqu'interviennent, après le premier avis, des éléments juridiques nouveaux, de nature à justifier un nouvel examen du texte par la section de législation.

Eu égard à ce qui vient d'être dit, il appartient à la section de législation d'examiner seulement les dispositions suivantes : les articles 15 à 22, 26, 36, 41, 43 et 44.

Observations particulières

Dispositif

Article 18

Comme en a convenu le délégué de la ministre, l'article 18, 2°, de l'avant-projet est sans objet et doit dès lors être omis.

Article 36

Pour éviter toute confusion, mieux vaut apporter la modification en projet à l'article 43*bis*, § 1^{er}, de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques.

Article 41

L'article 41 de l'avant-projet insère un article 45*bis* dans l'annexe de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques afin d'y préciser la méthode de calcul du coût net de la composante sociale du service universel.

Interrogé sur la portée de cette disposition, le délégué de la ministre a donné les précisions suivantes :

"De Belgische wet stelt de methode voor de berekening van de nettokosten van de verschillende componenten van de universele dienst vast in de bijlage bij de wet van 13 juni 2005, onder hoofdstuk IV – Methodologie voor de berekening van de in artikel 68 van de wet elektronische communicatie bedoelde diensten die bij wijze van universele dienst worden verstrekt -, (artikels 40-45 van de bijlage van de wet elektronische communicatie).

Voor de elementen vaste geografische element van de universele dienst, openbare telefoons, universele inlichtingendienst en universele telefoongids wordt bepaald dat de nettokosten bestaan uit het verschil tussen alle kosten die in de bijlage voor het element worden opgesomd en alle inkomsten die voor het betreffende element worden opgesomd, waarbij de indirecte winst wordt opgeteld die uit de betrokken verrichting voortvloeit.

.../...

De notie van indirecte winst wordt gedefinieerd in artikel 1, 15° van dezelfde bijlage :

«Indirecte winst: het geheel van financieel waardeerbare voordelen dat een operator krijgt door zijn verlening van één van de in artikel 68 van de wet bedoelde diensten verstrekt in het kader van de universele dienst, die hij niet zou hebben, mocht hij die dienst niet verstrekken, meer bepaald het effect van de bekendheid van het merk van de onderneming, de invloed van de reclame, de alomtegenwoordigheid, het effect van de levenscyclus van klanten, het gemak van toegang tot de klanten.»

Met artikel 41 van de reparatiewet wordt eenzelfde berekening van de nettokosten voor het component sociale tarieven van de universele dienst ingevoerd."

Contrairement à ce que prévoient les articles 41 à 45 de l'annexe pour le calcul du coût net des autres composantes du service universel, l'article 45*bis*, en projet, ne tient compte des bénéfices indirects que de manière partielle. Il ressort en effet des alinéas 2 et 3 de cette disposition que les bénéfices indirects tirés de la prestation de la composante sociale du service universel sont uniquement pris en compte pour le calcul du coût net du prestataire historique durant les cinq premières années suivant l'entrée en vigueur de la loi.

La section de législation n'aperçoit pas les raisons qui pourraient justifier, au regard du principe d'égalité, la différence de traitement ainsi établie.

En outre, une telle limitation de la prise en compte des bénéfices indirects pose problème quant à la détermination du caractère inéquitable de la charge liée à la composante sociale du service universel telle qu'elle est précisée à l'article 43 de l'avant-projet. Cette disposition précise que "dans la mesure où il est tenu compte de tout le bénéfice indirect, y compris le bénéfice immatériel pouvant être généré par cette prestation, toute situation déficitaire que ce calcul fait apparaître est en effet une charge déraisonnable".

Autrement dit, c'est parce que l'on tient compte, dans le calcul du coût net de la composante sociale du service universel, de tous les bénéfices indirects, qu'il peut être affirmé, en cas de résultat déficitaire d'un opérateur concerné, qu'il s'agit d'une charge inéquitable pour laquelle il doit être rétribué ⁽¹⁾.

La disposition en projet, en ce qu'elle ne prend que partiellement en compte les bénéfices indirects dans le calcul du coût net de la composante sociale, ne permet pas de considérer que la situation déficitaire qui résulterait du calcul de ce coût représente nécessairement une charge inéquitable pour l'opérateur concerné, contrairement à ce qu'affirme l'article 43.

La disposition en projet sera revue afin d'éviter toute discrimination et de lever toute incohérence avec l'article 43.

Articles 43 et 44

À propos de ces dispositions, le délégué de la ministre a fourni les explications suivantes :

"Sinds de inwerkingtreding van de wet elektronische communicatie is er nog steeds een discussie betreffende de beoordeling door de wetgever van de onredelijkheid van de last, vertrekkend van de vaststelling van de nettokosten van de universele dienst, van de verschillende componenten van de universele dienst.

In werkelijkheid werd de onredelijkheid wel vastgesteld, in het bijzonder door de wetgever zelf.

Terzake dient ook verwezen te worden naar het advies van de Raad van State bij het ontwerp van wet. De Raad van State kwam tot de volgende bevinding :

«Uit artikel 12, lid 1, van de universeledienstrichtlijn 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, zoals ze berekend worden

⁽¹⁾ Voir à cet égard l'avis 37.295/4, donné le 28 juin 2004, sur un avant-projet devenu la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, Doc. parl., Chambre, 2004-2005, n° 1425/1, p. 234.

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.»

Om in de bestaande discussie duidelijkheid te scheppen werd geopteerd voor een verduidelijking van de wil van de wetgever in de wet van 13 juni 2005 met betrekking tot de beoordeling van de onredelijkheid van de last. Artikel 43 van de reparatiewet voorziet deze verduidelijking voor het sociale tariefcomponent van de universele dienst, artikel 44 van de reparatiewet voorziet deze verduidelijking voor de andere componenten van de universele dienst."

Ces précisions mériteraient de figurer dans le commentaire des articles.

La chambre était composée de

Messieurs	R. ANDERSEN,	premier président du Conseil d'État,
	P. VANDERNOOT,	conseillers d'État,
Madame	M. BAGUET,	
Madame	A.-C. VAN GEERSDAELE,	greffier.

Le rapport a été présenté par Mme L. VANCRAVEBECK, auditeur adjoint.

LE GREFFIER,

LE PREMIER PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE

R. ANDERSEN

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 41.868/4
VAN 4 JANUARI 2007

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, vierde kamer, op 8 december 2006 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Begroting en Consumentenzaken verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector en van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie", heeft het volgende advies gegeven :

Aangezien de adviesaanvraag is ingediend 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 voorontwerp, 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.

Voorafgaande opmerking

Zoals wordt vermeld in de adviesaanvraag, heeft de Raad van State reeds een advies uitgebracht over verscheidene bepalingen van het voorliggende voorontwerp van wet. Het gaat om advies 41.475/4, gegeven op 6 november 2006, over een voorontwerp van wet "tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector en van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie".

Wanneer de afdeling wetgeving een advies heeft gegeven, heeft ze de bevoegdheid opgebruikt die ze krachtens de wet heeft; het komt haar derhalve niet toe om zich opnieuw uit te spreken over reeds onderzochte bepalingen, ongeacht of ze herzien zijn teneinde rekening te houden met de opmerkingen die in het eerste advies gemaakt zijn, dan wel ongewijzigd blijven.

Dat geldt niet wanneer overwogen wordt in de tekst volledig nieuwe bepalingen in te voegen waarvan de inhoud losstaat van de opmerkingen of voorstellen die in het eerste advies van de afdeling wetgeving zijn gemaakt of gedaan of wanneer na het eerste advies nieuwe juridische gegevens opduiken, die kunnen rechtvaardigen dat de tekst door de afdeling wetgeving wederom wordt onderzocht.

.../...

Gelet op hetgeen zo-even is uiteengezet, hoeft de afdeling wetgeving alleen de volgende bepalingen te onderzoeken : de artikelen 15 tot 22, 26, 36, 41, 43 en 44.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 18

De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat artikel 18, 2°, van het voorontwerp doelloos is en bijgevolg moet vervallen.

Artikel 36

Om elke verwarring te voorkomen zou het beter zijn de ontworpen wijziging aan te brengen in artikel 43*bis*, § 1, van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven.

Artikel 41

Artikel 41 van het voorontwerp voegt een artikel 45*bis* in in de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie om er de methode te verduidelijken voor de berekening van de nettokosten van "het sociale element van de universele dienst".

Op de vraag naar de strekking van deze bepaling heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord :

"De Belgische wet stelt de methode voor de berekening van de nettokosten van de verschillende componenten van de universele dienst vast in de bijlage bij de wet van 13 juni 2005, onder hoofdstuk IV – Methodologie voor de berekening van de in artikel 68 van de wet elektronische communicatie bedoelde diensten die bij wijze van universele dienst worden verstrekt -, (artikels 40-45 van de bijlage van de wet elektronische communicatie).

.../...

Voor de elementen vaste geografische element van de universele dienst, openbare telefoons, universele inlichtingendienst en universele telefoongids wordt bepaald dat de nettokosten bestaan uit het verschil tussen alle kosten die in de bijlage voor het element worden opgesomd en alle inkomsten die voor het betreffende element worden opgesomd, waarbij de indirecte winst wordt opgeteld die uit de betrokken verrichting voortvloeit.

De notie van indirecte winst wordt gedefinieerd in artikel 1, 15° van dezelfde bijlage :

«Indirecte winst: het geheel van financieel waardeerbare voordelen dat een operator krijgt door zijn verlening van één van de in artikel 68 van de wet bedoelde diensten verstrekt in het kader van de universele dienst, die hij niet zou hebben, mocht hij die dienst niet verstrekken, meer bepaald het effect van de bekendheid van het merk van de onderneming, de invloed van de reclame, de alomtegenwoordigheid, het effect van de levenscyclus van klanten, het gemak van toegang tot de klanten.»

Met artikel 41 van de reparatiewet wordt eenzelfde berekening van de nettokosten voor het component sociale tarieven van de universele dienst ingevoerd."

In tegenstelling tot hetgeen in de artikelen 41 tot 45 van de bijlage wordt bepaald voor het berekenen van de nettokosten van de overige componenten van de universele dienst, houdt het ontworpen artikel 45bis slechts gedeeltelijk rekening met de indirecte winst. Uit het tweede en derde lid van deze bepaling blijkt immers dat de indirecte winst van de prestatie van de sociale component van de universele dienst alleen in aanmerking wordt genomen voor de berekening van de nettokosten van de historische aanbieder gedurende de eerste vijf jaar na de inwerkingtreding van de wet.

Het is de afdeling wetgeving niet duidelijk hoe het aldus ingevoerde verschil in behandeling uit het oogpunt van het gelijkheidsbeginsel gerechtvaardigd zou kunnen worden.

Bovendien doet een zodanige beperking bij het in aanmerking nemen van de indirecte winst problemen rijzen in verband met het vaststellen van de onredelijke aard van de last verbonden aan de sociale component van de universele dienst, zoals deze wordt toegelicht in artikel 43 van het voorontwerp. Deze bepaling preciseert dat "voor zover rekening wordt gehouden met alle indirecte winst, met inbegrip van de immateriële winst die gehaald kan worden uit die prestatie, iedere deficitaire toestand die blijkt uit die berekening inderdaad een onredelijke last is".

.../...

Met andere woorden, het is omdat bij de berekening van de nettokosten van de sociale component van de universele dienst rekening gehouden wordt met alle indirecte winst dat, in geval van een deficitair resultaat van de betrokken operator, gesteld kan worden dat het gaat om een onredelijke last waarvoor hij moet worden vergoed ⁽¹⁾.

In zoverre de ontworpen bepaling bij de berekening van de nettokosten van de sociale component slechts gedeeltelijk rekening houdt met de indirecte winst, kan er niet van uitgegaan worden dat de deficitaire toestand die zou blijken uit de berekening van die kosten noodzakelijkerwijze een onredelijke last betekent voor de betrokken operator, in tegenstelling tot hetgeen in artikel 43 wordt gesteld.

De ontworpen bepaling moet worden herzien om elke discriminatie te voorkomen en om elk gebrek aan samenhang met artikel 43 weg te werken.

Artikelen 43 en 44

In verband met deze bepalingen heeft de gemachtigde van de minister de volgende uitleg verstrekt :

"Sinds de inwerkingtreding van de wet elektronische communicatie is er nog steeds een discussie betreffende de beoordeling door de wetgever van de onredelijkheid van de last, vertrekkend van de vaststelling van de nettokosten van de universele dienst, van de verschillende componenten van de universele dienst.

In werkelijkheid werd de onredelijkheid wel vastgesteld, in het bijzonder door de wetgever zelf.

Terzake dient ook verwezen te worden naar het advies van de Raad van State bij het ontwerp van wet. De Raad van State kwam tot de volgende bevinding :

«Uit artikel 12, lid 1, van de universeledienstrichtlijn 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

⁽¹⁾ Zie in dat verband advies 37.295/4, gegeven op 28 juni 2004 over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie, Gedr. St., Kamer, 2004-2005, nr. 1425/1, blz. 234.

een evaluatie van die nettokosten om na te gaan of, 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.»

Om in de bestaande discussie duidelijkheid te scheppen werd geopteerd voor een verduidelijking van de wil van de wetgever in de wet van 13 juni 2005 met betrekking tot de beoordeling van de onredelijkheid van de last. Artikel 43 van de reparatiewet voorziet deze verduidelijking voor het sociale tariefcomponent van de universele dienst, artikel 44 van de reparatiewet voorziet deze verduidelijking voor de andere componenten van de universele dienst."

Deze verduidelijking zou moeten worden opgenomen in de artikelsgewijze bespreking.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	R. ANDERSEN,	eerste voorzitter van de Raad van State,
	P. VANDERNOOT,	staatsraden,
Mevrouw	M. BAGUET,	
Mevrouw	A.-C. VAN GEERSDAELE,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de Mevr. L. VANCRAYEBECK, adjunct-auditeur.

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

DE GRIFFIER,

DE EERSTE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE

R. ANDERSEN