FP

ROYAUME DE BELGIQUE

_ _ _ _ _ _ _ _ _ _

AVIS 42.640/4
DU 24 AVRIL 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 de la Protection de la Consommation, le 28 mars 2007, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "fixant les modalités du mécanisme ouvert de désignation du prestataire de la composante géographique fixe du service universel des communications électroniques", a donné 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, le projet appelle les observations suivantes.

Préambule

1. L'accord du Ministre du Budget et l'avis de l'inspecteur des finances ne sont pas requis sur le texte en projet en vertu des articles 5, 2/, et 14, 1/, de l'arrêté royal du 16 novembre 1994 relatif au contrôle administratif et budgétaire.

Afin d'éviter toute confusion sur le caractère obligatoire de la consultation de ces instances, ces accord et avis ne doivent pas être visés au préambule dont les alinéas 3 et 4 seront omis.

2. Il ressort des explications communiquées par le délégué de la ministre que la proposition de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications, requise par l'article 71, § 2, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, est le texte en projet.

La date de cette proposition doit être mentionnée au préambule de l'arrêté en projet, dont l'alinéa 2 sera complété en conséquence.

Dispositif

Articles 3 et 13 combinés

Il résulte de ces dispositions que, d'une part, seules les personnes morales peuvent poser leur candidature pour être désignées comme prestataire de la composante géographique fixe du service universel des communications électroniques, et que, d'autre par, si plusieurs personnes morales souhaitent poser leur candidature conjointement, elles sont tenues de constituer préalablement une seule et unique personne morale.

Le système ainsi mis en place opère une différence de traitement entre les personnes physiques et les personnes morales, différence dont on n'aperçoit pas a priori les raisons objectives, raisonnables et adéquates. Il a par ailleurs pour effet de contraindre, sans aucun fondement légal pour ce faire, les candidats intéressés à s'associer, qu'il s'agisse de personnes physiques ou de personnes morales ce qui pose, en tout état de cause, question au regard de la liberté d'association garantie par l'article 27 de la Constitution, qui comporte également la liberté de ne pas s'associer.

Contrairement aux explications données sur ce point par le délégué de la ministre, l'arrêté en projet ne peut mettre en place un tel système.

Article 4

L'article 4, § 1er, alinéa 2, de l'arrêté en projet méconnaît les lois sur l'emploi des langues en matière administrative, coordonnées le 18 juillet 1966, spécialement l'article 41 de ces lois.

Cet alinéa sera omis.

Article 6

Si la disposition à l'examen doit être comprise comme interdisant à un candidat non seulement de modifier sa candidature, mais également d'introduire une nouvelle candidature se substituant à sa précédente, alors même qu'il demeure dans les délais impartis pour l'introduction des candidatures, elle instaure alors une mesure excessivement sévère et disproportionnée qui ne peut se justifier au regard du principe d'égalité inscrit aux articles 10 et 11 de la Constitution.

La disposition à l'examen sera réexaminée à la lumière de cette observation.

Article 10

L'article 71, § 2, de la loi précitée du 13 juin 2005 que l'arrêté en projet se donne pour fondement juridique, habilite le Roi à organiser une procédure de sélection ouverte du prestataire de la composante géographique fixe du service universel des communications électroniques.

Il n'autorise nullement le Roi à prévoir des causes de nullité de la désignation du prestataire ni à fixer des règles en matière de responsabilité et de dédommagement.

Les alinéas 2 et 3 de la disposition à l'examen seront donc omis.

Article 13

Outre ce qui a été dit ci-avant à l'observation relative aux articles 3 et 13 combinés, la disposition à l'examen appelle encore l'observation suivante.

À la lumière du rapport au Roi, elle doit être comprise comme permettant au Ministre de "renoncer à désigner un prestataire si au moins une des deux hypothèses énumérées à l'alinéa 1er se réalise".

Interrogé sur cette disposition, le délégué de la ministre a exposé ce qui suit :

> "Les dispositions de la loi en question ne donnent pas compétence exclusive au Roi pour désigner le prestataire au terme de la procédure ouverte de désignation, et ce contrairement à l'article 80, § 2, de la loi du 13 juin 2005 qui réserve au Roi la désignation effective du prestataire pour la composante «service universel de renseignements».
>
> Pour des raisons de commodité pratique et de souplesse, il a été fait usage, dans les projets d'arrêtés débattus ici, de la possibilité de confier au Ministre la désignation des prestataires, pour autant que cette désignation intervienne au terme du mécanisme ouvert tel que fixé par le Roi.
>
> La possibilité doit néanmoins être donnée au Ministre de refuser de désigner un prestataire parmi les candidats si aucune candidature valablement introduite n'est de nature à assurer un service universel de qualité.
>
> Par contre, le Ministre ne peut lui-même procéder à une désignation d'office d'un prestataire. C'est au Roi que la loi réserve cette possibilité. Dès lors, si le Ministre ne peut désigner un prestataire au terme de la procédure ouverte, il sera fait, selon les cas, directement application du § 3 des articles 71, 76, 80 ou 87 de la loi elle-même."

Il résulte de ces explications que l'intention n'est nullement de porter atteinte à l'obligation faite au Roi par l'article 71, § 3, de la loi précitée du 13 juin 2005 de désigner d'office un prestataire de service universel si aucune offre n'a été retenue au terme du mécanisme ouvert de désignation du prestataire.

À cet égard, la disposition à l'examen n'est pas sujette à critique.

Elle appelle néanmoins une autre observation fondamentale.

Contrairement à ce qui résulte des explications données par le délégué de la ministre, la circonstance que l'article 71, § 2, de la loi précitée du 13 juin 2005 ne mentionne pas expressément que le pouvoir de désigner le prestataire de la composante géographique fixe du service universel des communications électroniques, à l'issue du mécanisme ouvert, appartient au Roi, n'implique pas nécessairement que ce pouvoir pourrait être confié au Ministre. De même, la circonstance que d'autres dispositions de la même loi [(1)], relatives à d'autres composantes du service universel, mentionnent expressément que le pouvoir de désigner le prestataire de ces autres composantes relève du Roi n'implique pas nécessairement, et à elle seule, que le Roi ne pourrait déléguer ce pouvoir de décision au Ministre.

En effet, en vertu de l'article 37 de la Constitution, c'est au Roi qu'appartient le pouvoir d'exécuter les lois.

En l'espèce, dans le silence de la loi, le pouvoir de désigner le prestataire de l'une ou l'autre composante du service universel appartient donc en principe au Roi, même lorsque le législateur ne l'a pas précisé expressément.

Il reste qu'il est généralement admis que le Roi peut déléguer son pouvoir d'exécution à un Ministre, dans certaines hypothèses précises, à savoir, notamment lorsqu'il s'agit de prendre des mesures de détail ou à caractère éminemment technique, ou lorsque la nature des choses le commande, c'est-à-dire, essentiellement, lorsque le nombre de décisions à prendre est à ce point élevé que le Roi serait dans l'incapacité matérielle de les prendre Lui-même [(2)].

En l'espèce, la décision de désigner le prestataire de la composante géographique fixe du service universel des communications électroniques ne saurait être qualifiée de mesure de détail. Elle n'implique pas non plus un nombre de décisions à ce point élevé que le Roi serait dans l'incapacité matérielle de les prendre Lui-même.

---

(1) Comme l'article 80, § 2, de la loi.

(2) Voir M. LEROY, "Contentieux administratif", 3è éd., Bruxelles, Bruylant, 2004 p. 380.

Les conditions mises à la délégation de pouvoir rappelées ci-avant ne sont donc pas remplies.

La disposition à l'examen qui revient à transférer au Ministre la substance même du pouvoir qui appartient au Roi, ne peut être admise.

Elle sera omise.

Article 14

Il résulte de l'article 14 que l'arrêté entrera immédiatement en vigueur, le jour de sa publication au Moniteur belge.

À moins d'une raison spécifique justifiant une dérogation au délai usuel d'entrée en vigueur, fixé par l'article 6, alinéa 1er, de la loi du 31 mai 1961 relative à l'emploi des langues en matière législative, à la présentation, à la publication et à l'entrée en vigueur des textes légaux et réglementaires, il faut renoncer, en principe, à l'entrée en vigueur immédiate afin d'accorder à chacun un délai raisonnable pour prendre connaissance des nouvelles règles.

La chambre était composée de

Messieurs	Ph. HANSE,	président de chambre,
	P. LIÉNARDY,	conseillers d'État,
	J. JAUMOTTE,	
Madame	C. GIGOT,	greffier.

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

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

C. GIGOT Ph. HANSE

FP

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 42.640/4
VAN 24 APRIL 2007

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, vierde kamer, op 28 maart 2007 door de Vice-Eerste Minister en Minister van Consumentenzaken verzocht haar, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "tot vaststelling van de nadere regels van het open mechanisme voor het aanwijzen van de aanbieder van het vaste geografische element van de universele dienst inzake elektronische communicatie", heeft 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 ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Aanhef

1. De akkoordbevinding van de Minister van Begroting en het advies van de inspecteur van financiën zijn krachtens de artikelen 5, 2/, en 14, 1/, van het koninklijk besluit van 16 november 1994 betreffende de administratieve en begrotingscontrole niet vereist voor ontworpen tekst.

Teneinde elke verwarring omtrent de verplichte aard van de raadpleging van die instanties weg te nemen, behoeft naar die akkoordbevinding en dat advies niet te worden verwezen in de aanhef, zodat het derde en het vierde lid ervan dienen te vervallen.

2. Uit de uitleg die door de gemachtigde van de Minister is verstrekt, blijkt dat het voorstel van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie, dat vereist is krachtens artikel 71, § 2, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie de ontworpen tekst is.

De datum van dit voorstel behoort te worden vermeld in de aanhef van het ontworpen besluit, waarvan het tweede lid dienovereenkomstig moet worden aangevuld.

Dispositief

Artikel 3 juncto artikel 13

Uit deze bepalingen volgt ten eerste dat alleen rechtspersonen zich kandidaat kunnen stellen om als aanbieder van het vaste geografische element van de universele dienst inzake elektronische communicatie aangewezen te worden en ten tweede dat, als verscheidene rechtspersonen zich samen kandidaat willen stellen, ze ertoe gehouden zijn daartoe vooraf een enkele rechtspersoon op te richten.

De aldus ingevoerde regeling leidt tot een verschillende behandeling van natuurlijke en rechtspersonen, van welke verschillende behandeling de objectieve, redelijke en afdoende redenen prima facie niet duidelijk zijn. Ze leidt er voorts toe dat, hoewel er daarvoor geen enkele rechtsgrond bestaat, aan de geïnteresseerde kandidaten de verplichting wordt opgelegd om zich te verenigen, ongeacht of het om natuurlijke personen dan wel om rechtspersonen gaat, wat hoe dan ook vragen doet rijzen omtrent de vrijheid van vereniging, die gewaarborgd wordt door artikel 27 van de Grondwet en die eveneens de vrijheid omvat om zich niet te verenigen.

In tegenstelling tot hetgeen beweerd wordt in de uitleg die de gemachtigde van de Minister op dit punt heeft gegeven, kan bij het ontworpen besluit geen dergelijke regeling worden ingevoerd.

Artikel 4

Artikel 4, § 1, tweede lid, van het ontworpen besluit houdt een schending in van de wetten op het gebruik van de talen in bestuurszaken, gecoördineerd op 18 juli 1966, inzonderheid van artikel 41 van die wetten.

Dat lid behoort te vervallen.

Artikel 6

Als de voorliggende bepaling geïnterpreteerd dient te worden als een verbod voor de kandidaat om niet alleen zijn kandidatuur te wijzigen maar ook om een nieuwe kandidatuur ter vervanging van de voorgaande in te dienen, zelfs als hij zich daarbij houdt aan de termijnen die voor het indienen van de kandidaturen gesteld zijn, wordt daarbij een veel te strenge en buitensparige regel gesteld die niet kan worden verantwoord in het licht van het gelijkheidsbeginsel dat verankerd is in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

De onderzochte bepaling dient in het licht van deze opmerking te worden herzien.

Artikel 10

Bij artikel 71, § 2, van de voormelde wet van 13 juni 2005, welke bepaling als rechtsgrond van het ontworpen besluit wordt opgegeven, wordt de Koning gemachtigd om te voorzien in een open procedure voor de selectie van de aanbieder van het vaste geografische element van de universele dienst inzake elektronische communicatie.

Bij die bepaling wordt de Koning geenszins gemachtigd om gronden van nietigheid van de aanwijzing van de aanbieder te bepalen, noch om regels vast te stellen inzake aansprakelijkheid en schadeloosstelling.

Het tweede en het derde lid van de onderzochte bepaling behoren derhalve te vervallen.

Artikel 13

Naast hetgeen hiervoor, in de opmerking over artikel 3 juncto artikel 13, is gezegd, geeft de voorliggende bepaling nog aanleiding tot de volgende opmerking.

In het licht van het verslag aan de Koning dient deze bepaling aldus te worden geïnterpreteerd dat ze de Minister de mogelijkheid biedt om "af (te) zien (van het aanwijzen van) een aanbieder ... indien ten minste een van de in het eerste lid opgesomde hypothesen bewaarheid wordt".

Om uitleg gevraagd over deze bepaling heeft de gemachtigde van de Minister het volgende geantwoord :

> "Les dispositions de la loi en question ne donnent pas compétence exclusive au Roi pour désigner le prestataire au terme de la procédure ouverte de désignation, et ce contrairement à l'article 80, § 2, de la loi du 13 juin 2005 qui réserve au Roi la désignation effective du prestataire pour la composante «service universel de renseignements».
>
> Pour des raisons de commodité pratique et de souplesse, il a été fait usage, dans les projets d'arrêtés débattus ici, de la possibilité de confier au Ministre la désignation des prestataires, pour autant que cette désignation intervienne au terme du mécanisme ouvert tel que fixé par le Roi.
>
> La possibilité doit néanmoins être donnée au Ministre de refuser de désigner un prestataire parmi les candidats si aucune candidature valablement introduite n'est de nature à assurer un service universel de qualité.
>
> Par contre, le Ministre ne peut lui-même procéder à une désignation d'office d'un prestataire. C'est au Roi que la loi réserve cette possibilité. Dès lors, si le Ministre ne peut désigner un prestataire au terme de la procédure ouverte, il sera fait, selon les cas, directement application du § 3 des articles 71, 76, 80 ou 87 de la loi elle-même."

Uit deze uitleg blijkt dat het geenszins de bedoeling is om te raken aan de verplichting die bij artikel 71, § 3, van de voornoemde wet van 13 juni 2005 aan de Koning is opgelegd om, als na het doorlopen van de open procedure voor het aanwijzen van de aanbieder geen enkele offerte in aanmerking is genomen, de aanbieder van de universele dienst van ambtswege aan te wijzen.

In dat opzicht geeft de onderzochte bepaling geen aanleiding tot kritiek.

Ze geeft evenwel aanleiding tot een andere fundamentele opmerking.

In tegenstelling tot hetgeen blijkt uit de uitleg die de gemachtigde van de Minister heeft gegeven, impliceert de omstandigheid dat in artikel 71, § 2, van de voormelde wet van 13 juni 2005 niet uitdrukkelijk wordt vermeld dat de bevoegdheid om na het doorlopen van de open procedure de aanbieder van het vaste geografische element van de universele dienst inzake elektronische communicatie aan te wijzen, een bevoegdheid van de Koning is, niet noodzakelijk dat die bevoegdheid aan de Minister kan worden toevertrouwd. Zo ook impliceert de omstandigheid dat in andere bepalingen van dezelfde wet [(1)], betreffende andere elementen van de universele dienst, wel uitdrukkelijk wordt vermeld dat de bevoegdheid om de aanbieder van die andere elementen aan te wijzen een bevoegdheid van de Koning is, op zich niet noodzakelijk dat de Koning die beslissingsbevoegdheid niet aan de Minister zou kunnen overdragen.

Krachtens artikel 37 van de Grondwet is het immers de Koning die bevoegd is om de wetten uit te voeren.

Doordat de wet geen bepaling ter zake bevat, is de bevoegdheid om de aanbieder van een of ander element van de universele dienst aan te wijzen dus in beginsel een bevoegdheid van de Koning, ook al heeft de wetgever zulks niet uitdrukkelijk voorgeschreven.

Desalniettemin wordt algemeen aanvaard dat de Koning zijn uitvoeringsbevoegdheid aan een Minister kan overdragen in bepaalde welomlijnde gevallen, namelijk inzonderheid wanneer detailkwesties moeten worden geregeld of maatregelen van uiterst technische aard moeten worden genomen of wanneer de aard der zaken zulks vereist, dit wil zeggen, voornamelijk wanneer het aantal beslissingen dat moet worden genomen dermate groot is dat het voor de Koning materieel onmogelijk zou zijn die zelf uit te vaardigen [(2)].

In casu kan de beslissing tot aanwijzing van de aanbieder van het vaste geografische element van de universele dienst inzake elektronische communicatie niet bestempeld worden als een detailkwestie. Ze impliceert evenmin dat een dermate groot aantal beslissingen moet worden genomen dat het voor de Koning materieel onmogelijk zou zijn die zelf uit te vaardigen.

---

(1) Zoals artikel 80, § 2, van de wet.

(2) Zie M. LEROY, "Contentieux administratif", 3e ed., Brussel, Bruylant, 2004, blz. 380.

Bijgevolg is niet voldaan aan de hiervoor in herinnering gebrachte voorwaarden waarop die bevoegdheid kan worden overgedragen.

De onderzochte bepaling, die erop neerkomt dat aan de Minister de essentie zelf wordt opgedragen van de bevoegdheid die aan de Koning toekomt, kan niet worden aanvaard.

De bepaling behoort te vervallen.

Artikel 14

Uit artikel 14 volgt dat het besluit onmiddellijk in werking treedt, de dag waarop het in het Belgisch Staatsblad wordt bekendgemaakt.

Tenzij er een specifieke reden bestaat om af te wijken van de gangbare termijn van inwerkingtreding, bepaald bij artikel 6, eerste lid, van de wet van 31 mei 1961 betreffende het gebruik der talen in wetgevingszaken, het opmaken, bekendmaken en inwerkingtreden van wetten en verordeningen, dient in beginsel te worden afgezien van onmiddellijke inwerkingtreding teneinde elkeen een redelijke termijn te geven om kennis te nemen van de nieuwe regels.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Ph. HANSE,	kamervoorzitter,
	P. LIÉNARDY, J. JAUMOTTE,	staatsraden,
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. J. JAUMOTTE.

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

C. GIGOT Ph. HANSE