GG

ROYAUME DE BELGIQUE

– – – – – – – – – –

AVIS 45.792/4
DU 4 FÉVRIER 2009

DE LA SECTION DE LÉGISLATION
DU CONSEIL D'ÉTAT

– – – – – – – – – – – –

Le CONSEIL D'ÉTAT, section de législation, quatrième chambre, saisi par le Ministre pour l'Entreprise et la Simplification, le 6 janvier 2009, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal "concernant l'accès radioélectrique dans les bandes de fréquences 3410-3500/3510-3600 MHz et 10150-10300/10500-10650 MHz", 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 ci-après.

Examen du projet

Préambule

1. À l'alinéa 1er, il n'y a pas lieu de viser les articles 9 et 21 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques. Ces dispositions ne procurent en effet pas de fondement à l'arrêté en projet.

Par contre, il convient de viser l'article 39, § 2, de la loi du 13 juin 2005, précitée. Cette disposition, qui permet au Roi de déterminer notamment les cas dans lesquels il n'est pas requis d'autorisation pour faire fonctionner une station de radiocommunications, constitue en effet le fondement de l'article 6 de l'arrêté en projet.

2. Il y a lieu d'insérer un nouvel alinéa 2 au préambule afin d'y mentionner l'arrêté royal du 22 juin 1998 relatif aux conditions d'établissement et d'exploitation de réseaux publics de télécommunications, que le projet modifie.

3. Il y a lieu d'écrire aux alinéas 3 et 4, "l'avis de l'Inspecteur des finances" et "l'accord du Ministre du Budget".

Dispositif

Article 7

Selon l'article 18, § 1er, 3/, de la loi du 13 juin 2005, précitée, il appartient au Roi de fixer, dans le cadre des conditions d'obtention et d'exercice des droits d'utilisation des radiofréquences utilisées pour des services de communications électroniques offerts au public, les conditions techniques et opérationnelles nécessaires pour éviter les brouillages préjudiciables, après avis de l'Institut et délibération en conseil des ministres.

En application de cet article, la disposition en projet prévoit que l'opérateur d'accès radioélectrique doit respecter les contraintes, définies par l'Institut, afin d'éviter les interférences entre opérateurs d'accès radioélectrique (2/) et les interférences entre les opérateurs d'accès radioélectrique et les autres utilisateurs du spectre radioélectrique (3/).

Si l'intention de l'auteur du projet est de conférer sur ces deux points un pouvoir réglementaire à l'Institut, il est rappelé qu'il n'appartient pas au Roi d'habiliter l'Institut à prendre des mesures de nature réglementaire [1]. Seules pourraient être admises des délégations au ministre, à condition qu'elles ne concernent que des mesures d'ordre secondaire ou de détail. Ce n'est pas le cas en l'espèce. En outre, étant donné que le Roi est chargé par l'article 18, § 1er, 3/, de la loi du 13 juin 2005, précitée, d'adopter les mesures après délibération en conseil des ministres, il ne peut être admis qu'une subdélégation soit faite à un ministre en cette matière, puisque procéder de la sorte reviendrait à contourner la condition imposée par le législateur.

(1) Voir l'avis 42.548/4, donné le 16 avril 2007, sur un projet devenu l'arrêté royal du 27 avril 2007 relatif à la gestion de l'espace de numérotation national et à l'attribution et au retrait des droits d'utilisation de numéros.

Article 8

1. La dernière phrase du paragraphe 1er est difficilement compréhensible. Le Conseil d'État n'aperçoit pas en effet comment des "assignations" peuvent exploiter des fréquences. Sur la proposition du délégué du ministre, cette phrase serait mieux rédigée comme suit :

"Le montant de cette redevance est indépendant du nombre de stations de radiocommunications exploitant la fréquence en question."

2. Au paragraphe 3, en prévoyant que les redevances qui ne sont pas payées à l'échéance fixée, donnent lieu, de plein droit et sans mise en demeure, à un intérêt, le Roi excède ses pouvoirs : il ne Lui appartient pas, en effet, de déroger ainsi au droit commun [2].

Cette disposition sera omise.

Article 10

Le Conseil d'État n'aperçoit pas les motifs susceptibles de justifier, au regard du principe de proportionnalité, que le retrait des fréquences non utilisées ne puisse donner lieu à un remboursement, total ou partiel, selon les cas, de la redevance annuelle qui aurait été payée pour la période suivant la décision de retrait [3].

(2) Voir l'avis 42.548/4, précité.

(3) Voir l'avis 42.548/4, précité.

Article 11

Le paragraphe 1er, alinéa 2, impose à l'opérateur de donner accès à ses bureaux et installations aux représentants dûment accrédités de l'Institut en vue de permettre d'effectuer les contrôles requis.

Une obligation similaire est déjà prévue par l'article 25 de la loi du 17 janvier 2003, relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, lequel encadre toutefois cette obligation d'une série de garanties (officier de police judiciaire, heures de visites, mandat du juge d'instruction, etc.) qui ne se retrouvent pas dans la disposition en projet.

L'article 11, § 1er, alinéa 2, du projet sera, dès lors, omis.

Article 12

L'article 12 donne à l'Institut le pouvoir de suspendre ou révoquer les droits d'utilisation d'un opérateur d'accès radioélectrique "qui ne se conforme pas aux dispositions du présent arrêté ou aux conditions de ses droits d'utilisation".

La question se pose de savoir quel est le fondement légal de la disposition en projet.

Interrogé à ce propos, le délégué du ministre a donné la réponse suivante :

"De wettelijk basis van art. 12 van het ontwerp is art. 13, 15 en 18 van de wet van 13.6.2005. Art. 13 omdat dit de bevoegdheid van het Instituut vastlegt om het frequentiebeleid te voeren; een frequentiebeleid houdt immers in dat het Instituut frequenties kan toekennen et kan intrekken; art. 15 omdat dit het Instituut de bevoegdheid geeft om op te treden tegen schadelijke storingen; art. 18 omdat in § 3 het Instituut de bevoegdheid wordt geboden om frequenties die niet worden gebruikt in te trekken."

Les articles 13 et 15 de la loi du 13 juin 2005, précitée, chargent directement l'Institut de certaines missions, notamment : la gestion du spectre, la coordination des radiofréquences, le contrôle de leur utilisation, l'examen des brouillages préjudiciables et la prise de mesures pour les faire cesser. Ces articles ne peuvent toutefois pas constituer le fondement légal de la disposition en projet. Ils ne contiennent en effet aucune habilitation permettant au Roi de préciser les missions qui sont confiées à l'Institut dans ce cadre.

Une hypothèse expresse de retrait d'un droit d'utilisation est bien prévue par l'article 18, § 3, de la loi du 13 juin 2005, précitée, lequel dispose :

> "Lorsqu'une fréquence, ayant fait l'objet d'un droit d'utilisation, n'est pas mise en service dans un délai raisonnable, l'Institut peut retirer le droit d'utilisation après avoir entendu la personne concernée."

La disposition en projet vise toutefois d'autres hypothèses que celle prévue par l'article 18, § 3. À cet égard, l'article 21 de la loi du 17 janvier 2003, précitée, règle déjà les hypothèses et la procédure à suivre par l'Institut en cas de non-respect de la législation ou de la réglementation applicables dans le secteur des postes et des télécommunications. Il s'ensuit qu'à défaut d'habilitation expresse, il n'appartient au Roi ni de prévoir d'autres sanctions que celles prévues dans la loi, ni de fixer d'autres règles de procédure que celles également fixées dans la loi.

En conséquence l'article 12 du projet doit être omis.

Article 15

On peut se demander si, au regard de l'article 11 de la directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques, tous les renseignements à fournir par l'opérateur en vertu de l'article 15, § 1er, sont raisonnablement nécessaires et objectivement justifiés pour prouver qu'il remplit les conditions imposées.

L'article 15, § 1er, sera réexaminé en conséquence.

Article 23

Au 5/, il convient de supprimer les mots "l'article 10N".

Observation finale

À l'article 9, § 1, l'expression "jours calendriers" est un anglicisme. Puisqu'il s'agit en l'espèce de compter des jours civils, il suffit d'écrire "jours".

Dans la version néerlandaise, il faudrait écrire "dagen" au lieu de "kalenderdagen".

La chambre était composée de

Messieurs	Ph.	HANSE,	président de chambre,
	P.	LIÉNARDY,	conseillers d'État,
	J.	JAUMOTTE,	
Madame	A.-C.	VAN GEERSDAELE	greffier.

Le rapport a été présenté par Mme L. VANCRAYEBECK, auditeur.

LE GREFFIER, LE PRÉSIDENT,

A.-C. VAN GEERSDAELE Ph. HANSE

GG

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 45.792/4
VAN 4 FEBRUARI 2009

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling wetgeving, vierde kamer, op 6 januari 2009 door de Minister voor Ondernemen en Vereenvoudigen verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 3410-3500/3510-3600 MHz en 10150-10300/10500-10650 MHz", 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 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.

Onderzoek van het ontwerp

Aanhef

1. In het eerste lid is er geen reden om te verwijzen naar de artikelen 9 en 21 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie. Deze bepalingen leveren immers geen rechtsgrond op voor het ontworpen besluit.

Daarentegen dient te worden verwezen naar artikel 39, § 2, van voornoemde wet van 13 juni 2005. Deze bepaling, op grond waarvan de Koning onder meer kan bepalen in welke gevallen geen vergunning wordt vereist om een station voor radiocommunicatie te laten functioneren, levert immers de rechtsgrond op voor artikel 6 van het ontworpen besluit.

2. Er dient een tweede lid te worden ingevoegd in de aanhef om daarin melding te maken van het koninklijk besluit van 22 juni 1998 betreffende de voorwaarden inzake aanleg en exploitatie van openbare telecommunicatienetwerken, dat bij het ontwerp wordt gewijzigd.

3. In het derde en vierde lid schrijve men "het advies van de inspecteur van Financiën" en "de akkoordbevinding van de Minister van Begroting, d.d. ...".

Dispositief

Artikel 7

Volgens artikel 18, § 1, 3/, van de voornoemde wet van 13 juni 2005, staat het aan de Koning om, in het kader van de de voorwaarden voor het verkrijgen en uitoefenen van gebruiksrechten voor radiofrequenties die gebruikt worden voor elektronische communicatiediensten die aan het publiek worden aangeboden, de technische en operationele voorwaarden ter voorkoming van schadelijke storingen vast te stellen, na advies van het Instituut en na overleg in de ministerraad.

Met toepassing van dit artikel schrijft de ontworpen bepaling voor dat de radiotoegangsoperator de door het Instituut gedefinieerde verplichtingen moet naleven om interferentie tussen radiotoegangsoperatoren te voorkomen (2/) en om interferentie tussen de radiotoegangsoperatoren en de andere gebruikers van het radiospectrum te voorkomen (3/).

Indien het de bedoeling is van de steller van het ontwerp op deze twee punten verordenende bevoegdheid te verlenen aan het Instituut, wordt gememoreerd dat het niet aan de Koning staat het Instituut te machtigen om maatregelen van verordenende aard te nemen [1]. Alleen delegaties aan de minister zouden kunnen worden aanvaard, op voorwaarde dat ze uitsluitend betrekking hebben op bijkomstige maatregelen of detailkwesties. Zulks is in casu niet het geval. Bovendien kan doordat de Koning bij artikel 18, § 1, 3/, van de voornoemde wet van 13 juni 2005 belast wordt met het nemen van de maatregelen na overleg in de ministerraad, in dezen een subdelegatie aan een minister niet worden aanvaard, aangezien deze werkwijze erop zou neerkomen dat de door de wetgever opgelegde voorwaarde wordt omzeild.

---

(1) Zie advies 42.548/4, op 16 april 2007 verstrekt over een ontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het koninklijk besluit van 27 april 2007 betreffende het beheer van de nationale nummeringsruimte en de toekenning en intrekking van gebruiksrechten voor nummers.

Artikel 8

1. De laatste zin van paragraaf 1 is moeilijk te verstaan. Het is de Raad van State immers niet duidelijk hoe "toewijzingen" frequenties kunnen exploiteren. Op voorstel van de gemachtigde van de minister zou het beter zijn deze zin te redigeren als volgt :

"Het bedrag van dat recht staat los van het aantal stations voor radiocommunicatie die de frequentie in kwestie exploiteren."

2. Voor zover in paragraaf 3 bepaald wordt dat rechten die op de vastgestelde vervaldatum niet zijn betaald, van rechtswege en zonder ingebrekestelling aanleiding geven tot het betalen van een interest, gaat de Koning zijn bevoegdheden te buiten : Hij mag immers niet op die wijze afwijken van het gemeen recht [2].

Deze bepaling moet vervallen.

Artikel 10

Het is de Raad van State niet duidelijk hoe het ten aanzien van het evenredigheidsbeginsel te wettigen valt dat de intrekking van niet-gebruikte frequenties geen aanleiding kan geven tot een, naargelang van het geval, volledige of gedeeltelijke terugbetaling van het jaarlijkse recht dat betaald zou zijn voor de periode na de beslissing tot intrekking [3].

(2) Zie voornoemd advies 42.548/4.

(3) Zie voornoemd advies 42.548/4.

Artikel 11

Paragraaf 1, tweede lid, schrijft voor dat de operator de behoorlijk geaccrediteerde vertegenwoordigers van het Instituut toegang moet verlenen tot zijn kantoren en installaties opdat zij de vereiste controles kunnen uitvoeren.

Artikel 25 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector voorziet reeds in een soortgelijke verplichting; in dat artikel worden aan deze verplichting evenwel een reeks garanties verbonden (officier van gerechtelijke politie, uren van inspectiebezoek, machtiging van de onderzoeksrechter, enz.) die in de ontworpen bepaling niet voorkomen.

Artikel 11, § 1, tweede lid, van het ontwerp moet bijgevolg vervallen.

Artikel 12

Artikel 12 maakt het Instituut bevoegd om de gebruiksrechten van een radiotoegangsoperator "die zich niet schikt naar de bepalingen van dit besluit of de voorwaarden van zijn gebruiksrechten" te schorsen of in te trekken.

De vraag rijst wat de rechtsgrond is van de ontworpen bepaling.

De gemachtigde van de minister heeft desgevraagd het volgende antwoord gegeven :

> "De wettelijk basis van art. 12 van het ontwerp is art. 13, 15 en 18 van de wet van 13.6.2005. Art. 13 omdat dit de bevoegdheid van het Instituut vastlegt om het frequentiebeleid te voeren; een frequentiebeleid houdt immers in dat het Instituut frequenties kan toekennen et kan intrekken; art. 15 omdat dit het Instituut de bevoegdheid geeft om op te treden tegen schadelijke storingen; art. 18 omdat in § 3 het Instituut de bevoegdheid wordt geboden om frequenties die niet worden gebruikt in te trekken."

De artikelen 13 en 15 van voornoemde wet van 13 juni 2005 belasten het Instituut rechtstreeks met bepaalde taken, onder meer : het beheer van het radiofrequentiespectrum, de coördinatie van de radiofrequenties, de controle op het gebruik ervan, het onderzoek van schadelijke storingen en het nemen van maatregelen om

.../...

die te doen ophouden. Deze artikelen kunnen evenwel geen rechtsgrond opleveren voor de ontworpen bepaling. Ze bevatten immers geen enkele machtiging op grond waarvan de Koning de taken kan preciseren die in dat kader aan het Instituut worden opgedragen.

Artikel 18, § 3, van de voornoemde wet van 13 juni 2005 voorziet weliswaar in een uitdrukkelijk geval van intrekking van een gebruiksrecht, en luidt als volgt :

> "Indien een frequentie waarvoor een gebruiksrecht werd verkregen, niet binnen een redelijke termijn in dienst wordt genomen, kan het Instituut, na de betrokkene gehoord te hebben, het gebruiksrecht intrekken."

In de ontworpen bepaling is evenwel sprake van andere gevallen dan dat waarin artikel 18, § 3, voorziet. In dat verband regelt artikel 21 van de voornoemde wet van 17 januari 2003 reeds de gevallen alsmede de procedure welke het Instituut moet volgen als de wetgeving of regelgeving die van toepassing is in de sector van de post en telecommunicatie niet in acht wordt genomen. Daaruit volgt dat het bij gebrek aan uitdrukkelijke machtiging, niet staat te voorzien in andere sancties dan die welke de wet voorschrijft, noch andere procedureregels te geven dan die welke eveneens bij wet zijn vastgesteld.

Artikel 12 van het ontwerp moet bijgevolg vervallen.

Artikel 15

De vraagt rijst of in het licht van artikel 11 van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten, alle inlichtingen die de operator krachtens artikel 15, § 1, moet verstrekken, redelijkerwijze noodzakelijk zijn en objectief gerechtvaardigd om te bewijzen dat hij voldoet aan de opgelegde voorwaarden.

Artikel 15, § 1, moet dienovereenkomstig worden herzien.

Artikel 23

In onderdeel 5/ dient de vermelding "artikel 10N" te worden geschrapt.

Slotopmerking

In artikel 9, § 1, van de Franse tekst is de uitdrukking "jour calendriers" een anglicisme. Aangezien het in het onderwerpelijke geval erom gaat dagen in algemene zin te tellen, schrijve men in de Franse tekst gewoon "jours".

In de Nederlandse tekst zou dan "dagen" geschreven moeten worden.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	Ph.	HANSE,	kamervoorzitter,
	P.	LIÉNARDY,	staatsraden,
	J.	JAUMOTTE,	
Mevrouw	A.-C.	VAN GEERSDAELE	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door Mevr. L. VANCRAYEBECK, auditeur.

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

DE GRIFFIER, DE VOORZITTER,

A.-C. VAN GEERSDAELE Ph. HANSE