

LC

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 47.728/4
DU 25 JANVIER 2010

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 18 janvier 2010, d'une demande d'avis, dans un délai de cinq jours ouvrables, sur un avant-projet de loi "portant modification de l'article 30 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques", a donné l'avis suivant :

Suivant l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, inséré par la loi du 4 août 1996, et remplacé par la loi du 2 avril 2003, la demande d'avis doit spécialement indiquer les motifs qui en justifient le caractère urgent.

En l'occurrence, cette motivation, telle qu'elle figure dans la lettre de demande d'avis, est la suivante :

"Wat betreft de hoogdringendheid : een ontwerp van koninklijk besluit werd reeds goedgekeurd door de Ministerraad van 17 juli 2009. Het voorzag in de verlenging van de GSM en DCS 1800 vergunningen in België, alsook in het betalende karakter van deze verlenging. Naar aanleiding van een eerst arrest van het hof van beroep van Brussel op 20 juli 2009 en van een tweede arrest van 22 september 2009 kon de regering de verlenging van de vergunningen voor de periode van 8 april 2010 (vervaldag van de eerste GSM-vergunning in België) tot 2015 niet meer regelen. Het hof van beroep sprak zich overigens niet uit over het al dan niet betalende karakter van de verlenging van deze vergunningen tot 2015.

Ten gevolge van de arresten van het hof van beroep moesten de regulator van de sector, het BIPT, en zijn raadslieden het hele ontwerp van de regering herzien. Gelet op de techniciteit van het dossier en het aantal gerechtelijke procedures in de telecommunicatiesector waren bijkomende adviezen van advocaten noodzakelijk teneinde een gedegen rechtskader uit te werken. Wanneer het wetsontwerp werd opgesteld, werd overeenkomstig de Europese voorschriften een publieke consultatie van de sector van vier weken georganiseerd tussen 17 november en 16 december 2009. De opmerkingen van de operatoren moesten worden onderzocht en leidden tot aanpassingen van het ontwerp. Deze wijzigingen werden vervolgens ter goedkeuring voorgelegd aan de regering.

De hoogdringendheid van onderhavig artikel wordt gemotiveerd door het feit dat krachtens de arresten van het hof van beroep van Brussel de stilzwijgende verlenging van de eerste GSM-vergunning op 8 april 2010 zal gebeuren en dat de in onderhavig artikel bepaalde regels van toepassing op de verlenging in werking moeten treden vóór de verlenging. De vergunninghouders moeten immers kunnen afzien van de verlenging van hun vergunning indien ze de enige heffing voor de exploitatie van het spectrum, zoals bepaald in dit voorontwerp van wet, niet wensen te betalen. Deze beslissing om af te zien van de verlenging moet vóór 8 april 2010 gebeuren. Het is dan ook onontbeerlijk dat de Raad van State hoogdringend advies verleend opdat dit voorontwerp van wet behandeld en gestemd kan worden door het parlement en in werking kan treden enkele dagen vóór 8 april 2010. De vergunninghouders zullen dan de toestand kunnen evalueren en het BIPT meedelen indien ze hun vergunning al dan niet wensen te bewaren."

*

* *

.../...

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 2/, 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 ci-après.

1. L'article 30 en vigueur, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques, dispose comme suit :

"§ 1^{er}. 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.

§ 2. Le Roi fixe, après avis de l'Institut, le montant et les modalités concernant les redevances visées au § 1^{er}."

Cette disposition met en oeuvre la possibilité conférée aux États membres par l'article 13 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 (directive "autorisation"), ainsi désignée désormais.

L'article 13 de la directive "autorisation", intitulé "Redevances pour les droits d'utilisation et les droits de mettre en place des ressources", dispose comme suit :

"Les États membres peuvent permettre à l'autorité compétente de soumettre à une redevance les droits d'utilisation des radiofréquences ou des numéros ou les droits de mettre en place des ressources sur ou sous des biens publics ou privés, afin de tenir compte de la nécessité d'assurer une utilisation optimale de ces ressources. Les États membres font en sorte que ces redevances soient objectivement justifiées, transparentes, non discriminatoires et proportionnées eu égard à l'usage auquel elles sont destinées et tiennent compte des objectifs fixés à l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive «cadre»)"⁽¹⁾.

⁽¹⁾ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive "cadre"), ainsi désignée désormais.

L'avant-projet à l'examen a pour objet de créer un régime de redevance qui s'inscrit dans l'objectif du paragraphe 1^{er} de cette disposition, mais qui sera spécifique aux "opérateurs autorisés à disposer de droits d'utilisation de radiofréquences en vue de l'établissement et de l'exploitation d'une réseau et de la fourniture de services de communications électroniques mobiles offerts au public".

Au regard notamment des exigences de justification objective, de transparence, de non-discrimination et de proportionnalité qui figurent à l'article 13 de la directive "autorisation", ainsi qu'en égard aux principes d'égalité et de non-discrimination inscrits aux articles 10 et 11 de la Constitution, il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'être en mesure d'établir les motifs précis, exacts en fait, admissibles en droit, pertinents et adéquats, susceptibles de justifier la différence de traitement opérée par le texte en projet entre d'une part, les opérateurs visés au paragraphe 1/1 en projet et, d'autre part, les autres intervenants qui sont susceptibles de se voir octroyer les droits d'utilisation visés à l'article 18 de la loi du 13 juin 2005, et parmi eux, plus spécialement les titulaires de droits d'utilisation de radiofréquences utilisées entièrement ou partiellement pour des services de communications électroniques offerts au public.

L'exposé des motifs sera complété à la lumière de cette observation.

2. Comme exposé ci-avant, il résulte de l'article 13 de la directive "autorisation" que les États membres peuvent prévoir que les droits d'utilisation des radiofréquences sont soumis à une redevance.

Ce pouvoir conféré aux États membres est subordonné à plusieurs conditions.

D'une part, la redevance ne peut être prévue qu'"afin de tenir compte de la nécessité d'assurer une utilisation optimale de ces ressources [en l'espèce, les radiofréquences]".

D'autre part, les États membres doivent faire en sorte que "ces redevances soient objectivement justifiées, transparentes, non discriminatoires et proportionnées eu égard à l'usage auquel elles sont destinées et tiennent compte des objectifs fixés à

.../...

l'article 8 de la directive 2002/21/CE (directive «cadre»)". La section de législation relève par ailleurs que des exigences de justification et de proportionnalité similaires sont imposées aux États membres par l'article 14 de la directive "autorisation" ⁽²⁾ lorsqu'il est question de modifier les droits, les conditions et les procédures applicables aux droits d'utilisation.

En l'espèce, le commentaire de l'article 2 de l'avant-projet entend justifier les redevances envisagées comme suit :

"Pour obtenir le droit d'établir un réseau radioélectrique de mobilophonie et d'offrir le service correspondant sur la base de la norme GSM, les opérateurs ont été soumis au paiement d'un droit unique de concession (A.R. du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie GSM, art. 14). Il en a été de même plus tard pour la norme DCS-1800 (A.R. du 24 octobre 1997 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie DCS-1800, art. 15) ainsi qu'à l'occasion de l'octroi des licences de téléphonie mobile de 3^{ème} génération (A.R. du 18 janvier 2001 fixant le cahier des charges et la procédure relative à l'octroi d'autorisation pour les systèmes de télécommunications mobiles de la troisième génération, art. 25). Ce principe sera également d'application à l'accès radioélectrique dans la bande des fréquences 2500-2690 MHz.

Ces licences ont été attribuées pour une durée initiale de quinze ans - vingt ans pour les systèmes de la troisième génération -, éventuellement prorogeable par période de cinq ans par reconduction tacite (art. 3, § 2, des A.R. des 7 mars 1995 et 24 octobre 1997 précités).

[...]

Ce droit unique de concession trouvait son fondement légal dans l'article 89, § 1^{er}, alinéa 2, c), de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, aujourd'hui abrogé. Un des objectifs de la présente modification est de lui en rendre un. Ce droit est désormais nommé «redevance unique».

[...]

Le terme de droit de redevance «unique» est à comprendre en opposition aux redevances «annuelles» dues pour le droit d'utilisation des fréquences, appelées

⁽²⁾ Cette exigence est prévue tant par l'article 14 originaire de la directive "autorisation", que par cette disposition, telle qu'elle est remplacée par la directive 2009/140/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant les directives 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, 2002/19/CE relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion, et 2002/20/CE relative à l'autorisation des réseaux et services de communications électroniques.

«redevance de mise à disposition des fréquences» conformément, respectivement, à l'article 15, § 1^{er}, de l'A.R. du 7 mars 1995 précité, à l'article 16, § 1^{er}, de l'A.R. du 24 octobre 1997 précité et à l'article 24, § 1^{er}, de l'A .R. du 18 janvier 2001 précité. La redevance unique projetée et les redevances annuelles existantes tendent donc au même but, bien que sous deux formes différentes, d'utilisation optimale des radiofréquences par les opérateurs de téléphonie mobile.

On sait que la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européenne considère que la liste des charges pécuniaires que les États membres peuvent imposer aux opérateurs auxquels un droit d'utilisation de radiofréquences a été octroyé, figurant aux articles 12 et 13 de la directive 2002/20/CE «autorisation» est exhaustive (CJCE, 18 septembre 2003, C-292/01 et C-293/01, *Albacom e.a.*, n/ 34 et n/ 42). S'agissant des redevances relatives aux droits d'utilisation des radiofréquences, la directive admet qu'elles puissent consister pour partie en un montant unique (considérant n/ 32).

Il faut ajouter que le «droit unique de concession» n'est unique que parce qu'il n'est payé qu'une seule fois sur la durée normale de la concession. Le montant de cette redevance unique est fixé en considération de la durée normale de validité de l'autorisation. En cas de renouvellement, fut-il tacite, une nouvelle redevance unique est due.

[...]

Ces radiofréquences sont une ressource rare que l'intérêt général commande de gérer avec parcimonie et d'utiliser efficacement vu les nombreuses marques d'intérêt dont elles font l'objet. Subordonner le droit d'utiliser cette ressource rare au paiement d'une redevance unique reflétant la valeur de [...] cette ressource rare incite les opérateurs à agir en ce sens.

[...]

Le montant de la redevance unique en projet est calculé sur la base du montant du droit de concession unique payé par les opérateurs lorsqu'ils ont pour la première fois obtenu leur licence de téléphonie mobile de 2^{ème} génération (2G).

Déjà à ce moment, ce montant se justifiait eu égard à la haute valeur économique qu'avaient déjà ces fréquences.

Depuis lors, le spectre des fréquences utilisées par ces services a encore pris de la valeur pour deux raisons. En premier lieu, les services qu'il permet d'offrir ont eux-mêmes pris de la valeur parce qu'ils permettent de générer des bénéfices de plus en plus considérables. Il ne faut en effet pas perdre de vue, notamment, que les opérateurs peuvent désormais également offrir des services de troisième génération (3G) sur les fréquences initialement prévues pour la 2^{ème} génération (2G).

En outre, un phénomène de «saturation» est perceptible dans les bandes de fréquences utilisées pour la téléphonie mobile de 2^{ème} génération (2G), à tel point que, pour permettre l'arrivée d'un quatrième opérateur, il serait nécessaire de retirer du spectre de fréquences aux opérateurs établis.

[...]".

.../...

L'exposé des motifs entend donc essentiellement justifier le dispositif en projet par la rareté et la valeur économique des radiofréquences concernées.

Compte tenu des explications ainsi données, le dispositif en projet appelle les observations suivantes.

2.1. Les justifications données manquent de précision et de portée concrète au regard des exigences de l'article 13 de la directive "autorisation", spécialement en ce qui concerne l'exigence de proportionnalité des redevances "eu égard à l'usage auquel elles sont destinées". Sur ce point plus spécifique, force est de constater que l'exposé des motifs ne comporte pas d'élément suffisant de nature à justifier objectivement le caractère non discriminatoire et proportionné des trois montants des redevances envisagées, que ceux-ci soient considérés de manière absolue ou en comparaison les uns des autres.

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'être en mesure d'établir les éléments précis et concrets de nature à démontrer que les différentes exigences de l'article 13 de la directive "autorisation" sont effectivement rencontrées, notamment par les montants des redevances prévues par le dispositif en projet. Dans ce contexte réglementaire, il lui appartient de pouvoir fonder ces éléments, de manière pertinente et proportionnée, en se référant à une analyse économique de la rareté de ces ressources, y compris leur valeur et leur affectation optimale, tant en ce qui concerne le marché belge qu'en ce qui concerne l'accès à ce marché par des agents économiques intéressés.

L'exposé des motifs sera complété à la lumière de cette observation en veillant à prendre en considération les intérêts légitimes des agents économiques concernés quant à la divulgation de certaines données.

Par ailleurs, cette justification devra avoir égard à la circonstance que, comme il ressort de l'exposé des motifs, et comme l'a confirmé la déléguée du ministre, les redevances envisagées n'ont pas pour vocation, dans l'intention de l'auteur de l'avant-projet, à se substituer à l'ensemble des redevances prévues par les arrêtés royaux mentionnés dans le commentaire de l'article 2.

Spécialement, les redevances "uniques" ne se substitueraient pas aux redevances annuelles prévues respectivement par l'article 15 de l'arrêté royal du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie GSM, par l'article 16 de l'arrêté royal du 24 octobre 1997 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie DCS-1800, et par l'article 24 de l'arrêté royal du 18 janvier 2001 fixant le cahier des charges et la procédure relative à l'octroi d'autorisations pour les systèmes de télécommunications mobiles de la troisième génération.

Si, *a priori*, le droit européen ne s'oppose pas à ce que les redevances visées à l'article 13 de la directive "autorisation" se subdivisent en un montant unique, d'une part, et des montants annuels, d'autre part ⁽³⁾, il appartient néanmoins aux États membres, lorsqu'ils prévoient un tel système, de respecter les conditions de l'article 13 de la directive, pour toute les redevances -annuelles et uniques-, considérées isolément et ensemble.

En l'espèce, il incombe donc à l'auteur de l'avant-projet d'établir que les redevances uniques en projet ne font pas double emploi avec les redevances annuelles précitées, et que, considérées ensemble, elles sont justifiées objectivement, non-discriminatoires et proportionnées eu égard à l'usage auquel les radiofréquences sont destinées.

L'auteur de l'avant-projet doit également pouvoir démontrer que ces redevances ne sont pas telles, notamment quant à leur montant global, qu'elles iraient à l'encontre des objectifs de l'article 8 la directive "cadre" ⁽⁴⁾.

Sur ces différents aspects, l'exposé des motifs tend à démontrer que la redevance unique envisagée et les redevances annuelles concernées visent toutes deux à assurer "une utilisation optimale des ressources", mais sous deux angles différents, l'un

⁽³⁾ Voir l'article 13, qui ne comporte aucune précision et limitation à cet égard, ainsi que le considérant n° 32 de la directive, duquel il ressort que les redevances visées à l'article 13 peuvent consister "pour la totalité ou en partie", en un montant unique.

⁽⁴⁾ Le considérant n° 32 de la directive "autorisation" expose que les "redevances [visées à l'article 13] ne devraient pas empêcher le développement de services novateurs ni la concurrence sur le marché".

en considération de la rareté et de la valeur économique des fréquences concernées, ainsi que de leur haute valeur au regard de l'intérêt général, l'autre, en considération des frais qu'exposent les autorités en vue de mettre les fréquences à disposition et d'assurer leur utilisation concrète optimale.

À propos de ces différentes questions, il est permis d'avoir égard au considérant n° 32 de la directive "autorisation", qui mentionne notamment que :

"La présente directive ne préjuge pas du but dans lequel des redevances sont perçues pour les droits d'utilisation. Ces redevances peuvent, par exemple, servir à financer les activités des autorités réglementaires nationales qui ne peuvent être couvertes par des taxes administratives".

Par ailleurs, le système envisagé par l'auteur de l'avant-projet peut trouver un appui dans l'article 9 nouveau de la directive "cadre", tel que remplacé par la directive 2009/140/CE, dont le paragraphe 1^{er} impose aux États membres de veiller à la gestion efficace des radiofréquences pour les services de communications électroniques sur leur territoire conformément aux articles 8 et 8bis de la même directive, et ce en "tenant dûment compte du fait que les radiofréquences sont un bien public qui possède une importante valeur sociale, culturelle et économique".

Enfin, outre la question déjà posée de la justification des mesures en projet, il n'appartient pas à la section de législation du Conseil d'État d'organiser un débat contradictoire entre l'auteur de l'avant-projet et les opérateurs ou agents économiques intéressés pour se prononcer sur les différents aspects du dossier et notamment sur la

conformité du système envisagé par le texte en projet avec les exigences de l'article 13 de la directive "autorisation" ⁽⁵⁾ ⁽⁶⁾.

2.2. En outre, la section de législation relèvera que, tel qu'il est rédigé, le texte en projet est susceptible d'être compris comme n'autorisant l'imposition aux opérateurs visés au paragraphe 1/1 en projet, que de la seule redevance "unique" dont les montants sont fixés à l'alinéa 3 du même paragraphe, et ce, à l'exclusion de toute autre redevance, telles que les redevances annuelles prévues aux arrêtés royaux déjà cités.

Or, comme exposé plus haut, telle n'est pas l'intention de l'auteur de l'avant-projet qui entend faire coexister la redevance prévue par le dispositif en projet, avec tout ou partie des redevances annuelles actuellement prévues par les arrêtés royaux mentionnés au point 2.1.

À la condition qu'il puisse être satisfait aux exigences mentionnées au point 2.1 ci-avant, le texte en projet sera revu afin de faire apparaître clairement l'intention de l'auteur de l'avant-projet à propos des différentes redevances concernées.

2.3. Le texte en projet sera revu à la lumière des différentes observations qui précèdent et, le cas échéant, l'exposé des motifs sera complété en conséquence.

⁽⁵⁾ Notamment, il ne lui est pas possible de se prononcer sur la question de savoir si la solution retenue par la Cour de Justice des Communautés européennes dans son arrêt du 18 septembre 2003, C-292/01 et C-293/01, *Albacom e.a. / Ministero delle Comunicazioni*), cité à l'exposé des motifs, pourrait être retenue également par la Cour à l'égard du texte en projet. Concernant cet arrêt, l'on relèvera seulement que le système mis en place par l'Italie, jugé contraire au droit européen par la Cour, n'est pas identique au système en projet. Par ailleurs, les dispositions sur la base desquelles la Cour s'est prononcée à l'époque, à savoir, essentiellement, l'article 11 de la directive 97/13/CE du Parlement européen et du Conseil, du 10 avril 1997, relative à un cadre commun pour les autorisations générales et les licences individuelles dans le secteur des services de télécommunications, ne sont pas identiques aux nouvelles dispositions des directives "cadre" et "autorisation".

⁽⁶⁾ Dans un sens similaire, voir l'avis 26.923/4, donné le 19 septembre 1997, par la section de législation du Conseil d'État dans un délai de trois jours, sur un projet devenu l'arrêté royal du 24 octobre 1997 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobiloophonie DCS-1800 (*Moniteur belge* du 5 décembre 1997, p. 32501-32502).

3. L'article 30, § 1/2, alinéa 3, en projet, prévoit que :

"Si un opérateur veut céder plusieurs canaux, ceux-ci doivent former un bloc continu."

Cette disposition appelle deux observations.

3.1. Tout d'abord, elle ne concerne pas la redevance à payer par l'opérateur autorisé à disposer de droits d'utilisation de radiofréquences mais fixe une condition à laquelle est subordonnée la cession, par l'opérateur, de droits d'utilisation qui lui ont été octroyés.

Il serait donc préférable qu'elle ne figure pas dans l'article 30 dont la modification est envisagée, puisque cette disposition se donne avant tout pour objet de mettre en place un régime de redevance.

La disposition a l'examen devrait dès lors être omise de l'avant-projet de loi ⁽⁷⁾ ou être intégrée dans une disposition nouvelle de cet avant-projet, qui aurait pour objet de modifier l'article 19 de la loi du 13 juin 2005.

3.2. Plus fondamentalement, la question se pose de savoir si et comment l'article 30, § 1/2, alinéa 3 en projet, qui a pour objet de subordonner la cession de droits d'utilisation à une condition nouvelle, non prévue par la loi du 13 juin 2005 en vigueur, se concilie avec l'article 5, § 2, alinéa 3, de la directive "autorisation", telle que modifiée par la directive 2009/140/CE précitée, disposition à lire conjointement avec la paragraphe 1^{er} du même article.

Interrogée à ce propos, la déléguée du ministre a communiqué les explications suivantes :

"Le dernier alinéa du § 1/2 stipule que lorsqu'un opérateur souhaite céder des canaux, ceux-ci doivent former un bloc continu. Cette condition est reprise en vue d'une gestion de fréquences efficace : lorsque les opérateurs restituent aléatoirement des canaux de leur spectre attribué, sans que ceux-ci ne constituent un bloc continu, le risque est réel que ces canaux restitués soient inutilisables pour d'autres opérateurs car la largeur de bande est trop petite pour y développer des services et les fournir. Cette situation impliquerait un gaspillage du spectre. Cela

⁽⁷⁾ Du reste, l'exposé des motifs ne comporte aucune justification de cette disposition.

serait incompatible avec l'article 9.1 de la directive Cadre qui charge les États membres de gérer le spectre le plus efficacement possible."

Cette justification gagnerait à être intégrée dans l'exposé des motifs.

4. Il résulte de l'article 30, § 1/3, alinéa 1^{er}, en projet, que la redevance unique doit être payée, selon le cas :

- lors de l'octroi initial des droits d'utilisation: dans les 15 jours qui suivent le début de la période de validité des droits d'utilisation,
- lors de la reconduction de l'octroi des droits d'utilisation : "dans les 15 jours qui suivent la reconduction".

Les mots "dans les 15 jours qui suivent la reconduction" pourraient laisser croire que la redevance doit être payée dans les quinze jours suivant la date à laquelle la reconduction est décidée ou acquise. Or, comme l'a confirmé la déléguée du ministre, telle n'est pas l'intention de l'auteur de l'avant-projet, qui entend imposer que la redevance soit payée dans les quinze jours suivant le début de la période de prolongation de l'octroi des droits d'utilisation.

Afin d'éviter toute ambiguïté et insécurité juridique préjudiciable⁽⁸⁾, le texte en projet doit être revu afin de faire apparaître clairement l'intention de l'auteur de l'avant-projet.

Cette observation vaut également, *mutatis mutandis*, pour l'article 30, § 1/3, alinéas 2 et 4, en projet.

5. L'article 30, § 1/3, alinéa 2, dispose que, pour le calcul du montant de la redevance, "Un mois incomplet est compté comme un mois entier".

⁽⁸⁾ Toute ambiguïté concernant la question de savoir dans quel délai le paiement de la redevance doit effectivement intervenir serait d'autant plus préjudiciable que l'article 30, § 1/4, alinéa 1^{er}, en projet, prévoit que "Si un opérateur opte pour ne pas régler la redevance unique, les droits d'utilisation en question ne sont pas attribués ou reconduits".

Une telle disposition est susceptible de poser problème au regard de l'article 13 de la directive "autorisation", spécialement en ce que cet article prévoit que les redevances ne peuvent être imposées qu'en vue de garantir l'"utilisation optimale des ressources" et à la condition, notamment d'être non-discriminatoires et proportionnées.

Aussi, l'auteur de l'avant-projet doit-il pouvoir établir les motifs précis, exacts en fait, admissibles en droit, pertinents et adéquats, susceptibles de justifier que, pour les mois au cours desquels l'opérateur n'a pas pu utiliser les fréquences concernées pendant toute la durée du mois, ce mois incomplet est néanmoins compté comme un mois entier pour le calcul de la redevance.

6. L'article 30, § 1/3, alinéa 5, en projet dispose comme suit :

"La redevance unique n'est en aucun cas remboursée ni dans sa totalité, ni en partie."

Le commentaire de l'article 2 de l'avant-projet justifie comme suit cette disposition :

"Conformément au paragraphe 1/1, la redevance unique n'est pas remboursée dans sa totalité ou en partie car le remboursement de la redevance unique ne peut hypothétiquement être à l'ordre du jour qu'en cas de suspension, de révocation (soit à titre de sanction) ou de restitution (à l'initiative de l'opérateur) des fréquences concernées ou d'une partie de celles-ci. La suspension, la révocation ou la restitution de fréquences ne justifient toutefois pas de remboursement.

En voici entre autres les raisons :

a) avant que l'Institut ne procède à une suspension ou une révocation des fréquences, une multitude d'enquêtes, de contrôles etc. seront effectués qui vont plus loin que les tâches de contrôle courantes de l'Institut; l'Institut n'est pas rémunéré spécifiquement à cet effet;

[b)] déterminer que les redevances concernées seraient remboursées en cas de révocation, de suspension ou de restitution peut mener à une situation où un opérateur malhonnête se voit attribuer des droits d'utilisation, occupe ensuite ces fréquences pendant des années sans les utiliser effectivement et se voit rembourser les redevances qu'il a payées lors de la révocation des fréquences; un opérateur malhonnête peut ainsi masquer du spectre pendant des années à ses concurrents sans pour autant courir un risque financier. Cela peut provoquer une sérieuse distorsion de la concurrence dans ce secteur. De plus, cela serait inconciliable avec les missions de l'Institut, entre autres avec l'article 6, 2/ de la loi du 13 juin 2005 qui stipule que l'Institut doit veiller à ce la concurrence ne soit pas faussée ni entravée dans le secteur des communications électroniques;

.../...

Il serait inacceptable qu'un opérateur puisse invoquer ses propres manquements pour en retirer une compensation financière."

À la lumière de ces justifications, il n'apparaît pas que la non restitution de la partie de la redevance afférente à la période pendant laquelle le titulaire des droits d'utilisation a effectivement joui de ces droits, est susceptible de poser problème.

Il n'en va pas de même en ce qui concerne la partie de la redevance afférente à la période prenant cours au jour où la suspension, le retrait, ou la restitution prennent effet et venant à échéance, selon le cas, au terme de la suspension, ou à la date à laquelle les droits d'utilisation octroyés auraient expirés s'ils n'avaient pas fait l'objet d'un retrait ou d'une restitution.

Ainsi, à propos de la redevance afférente à cette période -ci-après "la période non utilisée", l'on peut observer ce qui suit :

6.1. S'agissant des hypothèses dans lesquelles les droits d'utilisation seraient suspendus ou retirés à titre de sanction, le texte en projet, compte tenu de ce qui est indiqué dans l'exposé des motifs, pose question au regard des exigences du principe de proportionnalité consacré tant par l'article 10 de la directive "autorisation" que par les articles 10 et 11 de la Constitution.

En effet, le non remboursement de la redevance afférente à la période non utilisée, serait automatiquement applicable en cas de retrait ou de suspension de la licence même lorsqu'aucune "malhonnêteté" ne peut être reprochée à l'opérateur.

L'auteur de l'avant-projet est invité à revoir la disposition en projet afin de mieux traduire son intention, tout en ayant égard au respect des exigences qu'imposent notamment les directives européennes.

6.2. En ce qui concerne le cas dans lequel le titulaire des droits d'utilisation restitue ceux-ci volontairement, l'exposé des motifs ne permet pas de comprendre les motifs susceptibles de justifier le non remboursement fût-ce partiel de la redevance afférente à la période non utilisée, spécialement lorsque le titulaire des droits n'a méconnu aucune de ses obligations, et a effectivement et régulièrement mis ses droits d'utilisation en oeuvre.

Dans cette hypothèse, le dispositif en projet semble donc se heurter aux exigences de l'article 13 de la directive "autorisation", notamment l'exigence de proportionnalité de la redevance "eu égard à l'usage auquel elles sont destinées et tiennent compte des objectifs fixés à l'article 8 de [la directive "cadre"].

6.3. La disposition à l'examen doit être réexaminée à la lumière des observations qui précèdent et, le cas échéant, l'exposé des motifs sera revu et complété en conséquence.

7. L'article 30, § 1/4, alinéa 2, en projet, dispose comme suit :

"À titre transitoire, si le délai pour renoncer à la reconduction tacite de son autorisation est déjà dépassé au moment de l'entrée en vigueur de la présente loi, l'opérateur peut quand même renoncer à la reconduction de ses droits d'utilisation jusqu'au premier jour de la nouvelle période des droits d'utilisation prolongée sans être redevable de la redevance unique relative à cette nouvelle période."

Cette disposition met en place un régime transitoire qui confère une possibilité susceptible d'être mise en oeuvre une seule fois, aux opérateurs auxquels des droits d'utiliser des fréquences déterminées ont été octroyés par une décision ayant déjà fait l'objet d'une reconduction tacite avant l'entrée en vigueur de la loi en projet.

À ce titre, et afin d'éviter toute confusion ou ambiguïté sur la portée de la disposition à l'examen, celle-ci ne doit pas figurer au sein de l'article 30 de la loi du 13 juin 2005 mais doit faire l'objet d'une disposition transitoire dans un article 3 nouveau à insérer dans la loi en projet.

8. Il résulte de la modification que l'article 2, 2/, de l'avant-projet de loi envisage d'apporter à l'article 30, § 2, de la loi du 13 juin 2005, que le Roi sera habilité

.../...

à fixer, après avis de l'Institut, "le montant et les modalités" concernant notamment les redevances visées à l'article 30, §§ 1/1 et 1/2.

Comme en a convenu la déléguée du ministre, une telle habilitation n'a pas de sens puisque que les montants des redevances visées à l'article 30, §§ 1/1 et 1/2, sont déjà fixés par ces dispositions.

Selon la déléguée du ministre, l'intention de l'auteur de l'avant-projet est en réalité d'habiliter le Roi à fixer les modalités des redevances visées à l'article 30, §§ 1/1 et 1/2, sauf ce qui est déjà réglé par les paragraphes 1/1 à 1/4.

Le texte en projet doit être revu afin d'exprimer clairement l'intention de l'auteur de l'avant-projet.

Observation de forme

Le texte néerlandais de la directive 2002/20/CE et de la directive 2002/21/CE n'utilise pas le terme "operator" comme pendant du terme français "opérateur", mais bien les termes "exploitant" ou "aanbieder". En plus, le terme français "redevance" est rendu de plusieurs façons dans le réglementation de langue néerlandaise : c'est ainsi que correspond au terme français "redevance" de la directive 2002/20/CE le terme "vergoeding" dans la version néerlandaise.

Dans la loi du 13 juin 2005 par contre, le terme français "redevance" est rendu de façons multiples dans la version néerlandaise, à savoir : "heffing" (art. 11), "vergoeding" (art. 25) et "bijdrage" (art. 29).

Les arrêtés royaux du 7 mars 1995 (art. 15) et du 24 octobre 1997 (art. 16) utilisent dans leur version néerlandaise les termes "retributie" et "recht" comme pendants du terme français "redevance".

La chambre était composée de

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

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

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

C. GIGOT

P. LIÉNARDY

LC

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 47.728/4
VAN 25 JANUARI 2010

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, vierde kamer, op 18 januari 2010 door de Minister van Ondernemen en Vereenvoudigen verzocht hem, binnen een termijn van vijf werkdagen, van advies te dienen over een voorontwerp van wet "houdende wijziging van artikel 30 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie", heeft het volgende advies gegeven :

Overeenkomstig artikel 84, § 1, eerste lid, 2/, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, ingevoegd bij de wet van 4 augustus 1996, en vervangen bij de wet van 2 april 2003, moeten in de adviesaanvraag in het bijzonder de redenen worden aangegeven tot staving van het spoedeisende karakter ervan.

In het onderhavige geval luidt de motivering in de brief met de adviesaanvraag als volgt :

"Wat betreft de hoogdringendheid : een ontwerp van koninklijk besluit werd reeds goedgekeurd door de Ministerraad van 17 juli 2009. Het voorzag in de verlenging van de GSM en DCS 1800 vergunningen in België, alsook in het betalende karakter van deze verlenging. Naar aanleiding van een eerst arrest van het hof van beroep van Brussel op 20 juli 2009 en van een tweede arrest van 22 september 2009 kon de regering de verlenging van de vergunningen voor de periode van 8 april 2010 (vervaldag van de eerste GSM-vergunning in België) tot 2015 niet meer regelen. Het hof van beroep sprak zich overigens niet uit over het al dan niet betalende karakter van de verlenging van deze vergunningen tot 2015.

Ten gevolge van de arresten van het hof van beroep moesten de regulator van de sector, het BIPT, en zijn raadslieden het hele ontwerp van de regering herzien. Gelet op de techniciteit van het dossier en het aantal gerechtelijke procedures in de telecommunicatiesector waren bijkomende adviezen van advocaten noodzakelijk teneinde een gedegen rechtskader uit te werken. Wanneer het wetsontwerp werd opgesteld, werd overeenkomstig de Europese voorschriften een publieke consultatie van de sector van vier weken georganiseerd tussen 17 november en 16 december 2009. De opmerkingen van de operatoren moesten worden onderzocht en leidden tot aanpassingen van het ontwerp. Deze wijzigingen werden vervolgens ter goedkeuring voorgelegd aan de regering.

De hoogdringendheid van onderhavig artikel wordt gemotiveerd door het feit dat krachtens de arresten van het hof van beroep van Brussel de stilzwijgende verlenging van de eerste GSM-vergunning op 8 april 2010 zal gebeuren en dat de in onderhavig artikel bepaalde regels van toepassing op de verlenging in werking moeten treden vóór de verlenging. De vergunninghouders moeten immers kunnen afzien van de verlenging van hun vergunning indien ze de enige heffing voor de exploitatie van het spectrum, zoals bepaald in dit voorontwerp van wet, niet wensen te betalen. Deze beslissing om af te zien van de verlenging moet vóór 8 april 2010 gebeuren. Het is dan ook onontbeerlijk dat de Raad van State hoogdringend advies verleend opdat dit voorontwerp van wet behandeld en gestemd kan worden door het parlement en in werking kan treden enkele dagen vóór 8 april 2010. De vergunninghouders zullen dan de toestand kunnen evalueren en het BIPT meedelen indien ze hun vergunning al dan niet wensen te bewaren."

*

* *

.../...

Aangezien de adviesaanvraag is ingediend op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2/, 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 ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

1. Het vigerende artikel 30 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie luidt als volgt :

"§ 1. De in de artikelen 11 en 18 bedoelde gebruiksrechten kunnen aan heffingen onderworpen worden teneinde een optimaal gebruik van deze middelen te waarborgen. De heffingen worden door het Instituut geïnd.

§ 2. De Koning, na advies van het Instituut, bepaalt het bedrag en de nadere regels inzake de in § 1 bedoelde heffingen."

Deze bepaling geeft uitvoering aan de mogelijkheid die aan de Lid-Staten wordt geboden bij artikel 13 van richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (machtigingsrichtlijn), die voortaan aldus zal worden vermeld.

Artikel 13 van de machtigingsrichtlijn, met als opschrift "Vergoedingen voor gebruiksrechten en rechten om faciliteiten te installeren", luidt als volgt :

"De lidstaten kunnen de betrokken instantie toestaan de gebruiksrechten voor radiofrequenties of nummers of rechten om faciliteiten te installeren op, boven of onder openbare of particuliere eigendom, te onderwerpen aan vergoedingen die ten doel hebben een optimaal gebruik van deze middelen te waarborgen. De lidstaten zorgen ervoor dat deze vergoedingen objectief gerechtvaardigd, transparant en niet-discriminerend zijn en in verhouding staan tot het beoogde doel

en zij houden rekening met de doelstellingen van artikel 8 van Richtlijn 2002/21/EG (Kaderrichtlijn)" ⁽¹⁾.

Het voorliggende voorontwerp heeft tot doel een heffingsstelsel in te voeren, dat aansluit bij het doel van paragraaf 1 van deze bepaling, maar dat specifiek zal zijn voor "operatoren die het is toegestaan om over gebruiksrechten voor radiofrequenties te beschikken met het oog op de aanleg en de exploitatie van een netwerk en het aanbieden van elektronische communicatiediensten aan het publiek".

Inzonderheid uit het oogpunt van de vereisten inzake objectieve rechtvaardiging, transparantie, niet-discriminatie en in verhouding staan tot het beoogde doel, die gesteld worden in artikel 13 van de "machtigingsrichtlijn", alsmede uit het oogpunt van de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie ingeschreven in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, dient de steller van het voorontwerp in staat te zijn de precieze, feitelijk juiste en in rechte aanvaardbare, relevante en deugdelijke motieven op te geven waarmee het verschil in behandeling kan worden gerechtvaardigd dat de ontworpen tekst doet ontstaan tussen enerzijds de exploitanten bedoeld in de ontworpen paragraaf 1/1 en anderzijds de overige betrokkenen die in aanmerking komen om de gebruiksrechten te verkrijgen bedoeld in artikel 18 van de wet van 13 juni 2005, onder wie meer bepaald de houders van gebruiksrechten voor radiofrequenties die geheel of gedeeltelijk gebruikt worden voor elektronische communicatiediensten die aan het publiek worden aangeboden.

De memorie van toelichting moet worden aangevuld in het licht van deze opmerking.

2. Zoals hierboven is uiteengezet, blijkt uit artikel 13 van de machtigingsrichtlijn dat de Lid-Staten de gebruiksrechten voor radiofrequenties kunnen onderwerpen aan een vergoeding.

⁽¹⁾ Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (kaderrichtlijn), die voortaan aldus zal worden vermeld.

Aan die aan de Lid-Staten verleende bevoegdheid zijn verscheidene voorwaarden verbonden.

Enerzijds mag de vergoeding alleen worden voorgeschreven met het doel "een optimaal gebruik van deze middelen [*in casu* de radiofrequenties] te waarborgen".

Anderzijds moeten de Lid-staten ervoor zorgen dat "deze vergoedingen objectief gerechtvaardigd, transparant en niet-discriminerend zijn en in verhouding staan tot het beoogde doel en (...) rekening (houden) met de doelstellingen van artikel 8 van Richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn). De afdeling Wetgeving wijst er bovendien op dat soortgelijke eisen inzake rechtvaardiging en proportionaliteit aan de Lid-Staten worden opgelegd bij artikel 14 van de "machtigingsrichtlijn" ⁽²⁾ wanneer er sprake is van wijziging van rechten, voorwaarden en procedures die van toepassing zijn op de gebruiksrechten.

In casu worden de in uitzicht gestelde vergoedingen in de bespreking van artikel 2 van het voorontwerp gerechtvaardigd als volgt :

"Om het recht te krijgen om een radio-elektrisch mobilfoonnet tot stand te brengen en de bijbehorende dienst aan te bieden op basis van de GSM-norm, dienen de operatoren een enig concessierecht te betalen (KB van 7 maart 1995 betreffende het opzetten en exploiteren van GSM-mobilfoonnetten, art. 14). Hetzelfde gold later voor de norm DCS-1800 (KB van 24 oktober 1997 betreffende het opzetten en de exploitatie van DCS-1800-mobilfoonnetten, art. 15) alsook bij de toekenning van de vergunningen voor mobiele telefonie van de 3^e generatie (KB van 18 januari 2001 tot vaststelling van het bestek en van de procedure tot toekenning van vergunningen voor de mobiele telecommunicatiesystemen van de derde generatie, art. 25). Dit zal ook gelden voor de radiotoegang in de frequentieband 2500-2690 MHz.

⁽²⁾ Deze eis wordt gesteld zowel in het oorspronkelijke artikel 14 van de "machtigingsrichtlijn" als in deze bepaling zoals ze is vervangen bij richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van richtlijnen 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronischecommunicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronischecommunicatienetwerken en -diensten.

Die vergunningen werden verleend voor een initiële duur van vijftien jaar - twintig jaar voor de systemen van de derde generatie - eventueel verlengbaar met termijnen van vijf jaar door stilzwijgende verlenging (art. 3, § 2, van de voormelde KB's van 7 maart 1995 en 24 oktober 1997).

[...]

De wettelijke basis voor dat enig concessierecht was vervat in artikel 89, § 1, tweede lid, 2, c), van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, dat op heden is geschrapt. Een van de doelstellingen van deze wetwijziging bestaat erin te voorzien in een wettelijke basis. Dit recht wordt voortaan "enige heffing" genoemd.

[...]

De term "enige" heffing moet worden begrepen als staande tegenover de "jaarlijkse" rechten die verschuldigd zijn voor het gebruiksrecht voor de frequenties, "rechten voor de terbeschikkingstelling van de frequenties" geheten conform respectievelijk (artikel) 15, § 1, van de voormelde KB van 7 maart 1995, artikel 16, § 1, van het voormelde KB van 24 oktober 1997 en artikel 24, § 1, van het voormelde KB van 18 januari 2001. De beoogde enige heffing en de bestaande jaarlijkse rechten zijn dus gericht op eenzelfde doel van optimaal gebruik van de radiofrequenties door de mobiele telefonieoperators, al nemen ze elk een verschillende vorm aan.

We weten dat de rechtspraak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen beschouwt dat de lijst van geldelijke lasten die de lidstaten mogen opleggen aan de operators aan wie gebruiksrechten voor radiofrequenties worden verleend, zoals opgenomen in de artikelen 12 en 13 van de "Machtigingsrichtlijn" 2002/20/EG, volledig is (HvJ EG, 18 september 2003, C-292/01 en C-293/01, Albacom e.a., nr. 34 en nr. 42). Wat de heffingen in verband met de gebruikersrechten voor de radiofrequenties betreft, staat de Richtlijn toe dat ze gedeeltelijk kunnen bestaan uit een enig bedrag (considerans 32).

Het dient te worden toegevoegd dat de "enige heffing slechts enig is doordat het maar één enkele keer wordt betaald gedurende de normale termijn van de vergunning. Het bedrag van deze enige heffing wordt bepaald voor de normale geldigheidsduur van de vergunning. In geval van, al dan niet stilzwijgende, verlenging is een nieuwe enig heffing verschuldigd.

[...]

Die radiofrequenties zijn een schaars middel dat omwille van het algemene belang spaarzaam en doeltreffend dient te worden gebruikt, gelet op de talrijke interessepunten waarvan zij het voorwerp uitmaken. Het onderwerpen van het recht om van dit schaarse middel gebruik te maken aan de betaling van een enige heffing die de waarde van dit schaarse middel weerspiegelt, zet de operators aan om dienovereenkomstig te handelen.

[...]

Het bedrag van die enige heffing in het ontwerp wordt berekend op basis van het bedrag van het enig concessierecht dat wordt betaald door de operatoren wanneer zij voor de eerste maal hun vergunning voor mobiele telefonie van de 2^e (2G) generatie hebben gekregen.

Toen al was dit bedrag verantwoord in het licht van de hoge economische waarde van het frequentiespectrum.

Sindsdien is het frequentiespectrum dat wordt aangewend voor die diensten om twee redenen nog verhoogd in waarde. In een eerste instantie zijn de diensten die aan de hand daarvan kunnen worden aangeboden, zelf gestegen in waarde aangezien ze het mogelijk maken om steeds grotere winsten te genereren. In dat kader mag immers niet uit het oog worden verloren dat de operatoren voortaan eveneens diensten van de derde generatie (3G) kunnen aanbieden op de frequenties die aanvankelijk waren bedoeld voor de tweede generatie (2G).

Bovendien kan een fenomeen van "verzadiging" worden vastgesteld in de frequentiebanden die worden gebruikt voor de mobiele telefonie van de 2^e generatie (2G), in die mate dat, om een vierde operator te kunnen toelaten, frequentiespectrum zou moeten worden weggenomen van de gevestigde operatoren.

[...]"

De memorie van toelichting strekt er bijgevolg voornamelijk toe het ontworpen dispositief te wettigen door de schaarsheid en de economische waarde van de betreffende radiofrequenties.

Gezien de aldus gegeven uitleg geeft het ontworpen dispositief aanleiding tot de volgende opmerkingen.

2.1. De gegeven verantwoording is te vaag en te weinig concreet uit het oogpunt van de vereisten van artikel 13 van de machtigingsrichtlijn, zeker wat betreft het vereiste dat de heffingen "in verhouding moeten staan tot het beoogde doel". Op dat specifieke punt moet worden vastgesteld dat de memorie van toelichting onvoldoende gegevens bevat die objectief kunnen verantwoorden dat de drie bedragen van de beoogde heffingen niet discriminerend zijn en in verhouding staan tot het beoogde doel, ongeacht of deze op zichzelf beschouwd worden, dan wel ten opzichte van elkaar.

De steller van het voorontwerp moet in staat zijn de precieze en concrete gegevens bij te brengen waarmee kan worden aangetoond dat daadwerkelijk aan de verschillende vereisten van artikel 13 van de machtigingsrichtlijn is voldaan, inzonderheid wat betreft de bedragen van de heffingen waarin het ontworpen dispositief voorziet. In deze regelgevende context, moet hij die gegevens deugdelijk en evenredig kunnen staven
.../...

op basis van een economische analyse van de schaarsheid van die middelen, met inbegrip van hun waarde en hun optimale gebruik, zowel wat de Belgische markt betreft, als wat betreft de toegang tot die markt door belanghebbende marktdeelnemers.

De memorie van toelichting moet in het licht van deze opmerking worden aangevuld, waarbij gelet moet worden op de legitieme belangen van de betrokken marktdeelnemers wat betreft de bekendmaking van sommige gegevens.

Bovendien moet er bij die verantwoording rekening mee worden gehouden worden dat, zoals blijkt uit de memorie van toelichting en zoals bevestigd is door de gemachtigde van de minister, het niet de bedoeling is van de steller van het voorontwerp dat de beoogde heffingen in de plaats komen van de gezamenlijke rechten waarin de koninklijke besluiten genoemd in de bespreking van artikel 2 voorzien.

Meer bepaald zouden de "enige" heffingen niet in de plaats komen van de jaarlijkse rechten, respectievelijk voorgeschreven in artikel 15 van het koninklijk besluit van 7 maart 1995 betreffende het opzetten en de exploitatie van GSM-mobilofonienetten, artikel 16 van het koninklijk besluit van 24 oktober 1997 betreffende het opzetten en de exploitatie van DCS-1800-mobilofonienetten, en artikel 24 van het koninklijk besluit van 18 januari 2001 tot vaststelling van het bestek en van de procedure tot toekenning van vergunningen voor de mobiele telecommunicatiesystemen van de derde generatie.

Het Europese recht staat er weliswaar *a priori* niet aan in de weg dat de vergoedingen bedoeld in artikel 13 van de machtigingsrichtlijn bestaan in een eenmalig bedrag, enerzijds, en jaarlijkse bedragen anderzijds ⁽³⁾, maar de lidstaten moeten wel, wanneer ze in zulk een regeling voorzien, voor alle vergoedingen - jaarlijkse en eenmalige - afzonderlijk en samen beschouwd, voldoen aan de voorwaarden van artikel 13 van de richtlijn.

In casu moet de steller van het voorontwerp dus aantonen dat de ontworpen eenmalige heffingen de voornoemde jaarlijkse rechten niet overlappen, en dat ze, samen beschouwd, objectief gerechtvaardigd zijn, niet-discriminerend en in verhouding staan tot het doel dat met die radiofrequenties wordt beoogd.

⁽³⁾ Zie artikel 13, dat wat dat betreft geen enkele precisering of beperking bevat, en overweging nr. 32 van de richtlijn, waaruit blijkt dat de heffingen bedoeld in artikel 13 "uitsluitend of gedeeltelijk" mogen bestaan uit een eenmalig bedrag.

De steller van het voorontwerp moet ook kunnen aantonen dat die heffingen, meer bepaald wat het totale bedrag daarvan betreft, niet zodanig zijn dat ze indruisen tegen de doelstellingen van artikel 8 van de kaderrichtlijn ⁽⁴⁾.

Wat die verschillende aspecten betreft, probeert de memorie van toelichting aan te tonen dat de beoogde eenmalige heffing en de betreffende jaarlijkse rechten er beide op gericht zijn "een optimaal gebruik" van de middelen te bewerkstelligen, maar uit twee verschillende invalshoeken, de ene uit het oogpunt van de schaarsheid en de economische waarde van de betreffende frequenties, en de grote waarde ervan ten aanzien van het algemeen belang, de andere uit het oogpunt van de kosten die de overheid maakt om de frequenties ter beschikking te stellen en ervoor te zorgen dat ze in de praktijk optimaal worden gebruikt.

Wat deze verschillende kwesties betreft, kan overweging nr. 32 van de machtigingsrichtlijn worden aangehaald, waarin meer bepaald het volgende staat :

"Deze richtlijn laat het doel waarvoor de vergoedingen voor het gebruiksrecht worden aangewend, onverlet. Dergelijke vergoedingen kunnen bijvoorbeeld worden gebruikt ter financiering van de werkzaamheden van de nationale regelgevende instanties die niet voldoende uit de administratieve bijdragen kunnen worden gefinancierd."

Bovendien kan de regeling voorgestaan door de steller van het voorontwerp steun vinden in het nieuwe artikel 9 van de kaderrichtlijn, zoals vervangen bij richtlijn 2009/140/EG, waarvan lid 1 de lidstaten oplegt ervoor te zorgen dat de radiofrequenties voor elektronische communicatiediensten op hun grondgebied efficiënt worden beheerd overeenkomstig de artikelen 8 en 8bis, en daarbij "naar behoren rekening [te houden] met het feit dat radiofrequenties een publiek goed zijn dat een belangrijke maatschappelijke, sociale en economische waarde heeft".

Ten slotte, los van de reeds gestelde vraag hoe de ontworpen maatregelen te wettigen vallen, staat het niet aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State een debat op tegenspraak te organiseren tussen de steller van het voorontwerp en de exploitanten of de belanghebbende marktdeelnemers om zich uit te spreken over de

⁽⁴⁾ In overweging 32 van de machtigingsrichtlijn staat dat de "vergoedingen [bedoeld in artikel 13] geen belemmering [mogen] vormen voor de ontwikkeling van innovatieve diensten en concurrentie in de markt".

verschillende aspecten van het dossier en inzonderheid over de vraag of de regeling beoogd in de ontworpen tekst overeenstemt met de vereisten van artikel 13 van de machtigingsrichtlijn ⁽⁵⁾ ⁽⁶⁾.

2.2. Bovendien wijst de afdeling Wetgeving erop dat de ontworpen regeling, zoals ze is gesteld, begrepen kan worden alsof ze enkel toestaat dat aan exploitanten bedoeld in de ontworpen paragraaf 1/1, alleen de "enige" heffing mag worden opgelegd, waarvan de bedragen vastgesteld zijn in het derde lid van dezelfde paragraaf, met uitsluiting van alle andere heffingen, zoals de jaarlijkse rechten voorgeschreven in de reeds genoemde koninklijke besluiten.

Zoals hierboven uiteengezet is, is dat echter niet de bedoeling van de steller van het voorontwerp, die de heffing waarin het ontworpen dispositief voorziet wil laten bestaan naast alle of een deel van de jaarlijkse rechten waarin de koninklijk besluiten genoemd in punt 2.1. thans voorzien.

Op voorwaarde dat voldaan kan worden aan de hierboven in punt 2.1 genoemde vereisten, moet de ontworpen regeling zo worden herzien dat de bedoeling van de steller van het voorontwerp in verband met de verschillende betreffende heffingen duidelijk wordt weergegeven.

⁽⁵⁾ Ze kan zich onder meer niet uitspreken over de vraag of het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen hetzelfde oordeel zou kunnen vellen ten aanzien van de ontworpen regeling, als het oordeel dat het geveld heeft in zijn arrest van 18 september 2003, C-292/01 en C-293/01, *Albacom e.a./Ministero delle Comunicazioni*), genoemd in de memorie van toelichting. Wat dat arrest betreft, zij er enkel op gewezen dat de regeling ingevoerd door Italië, die het Hof in strijd heeft bevonden met het Europese recht, niet dezelfde is als de ontworpen regeling. Bovendien zijn de bepalingen op basis waarvan het Hof zich destijds heeft uitgesproken, namelijk, in hoofdzaak artikel 11 van richtlijn 97/13/EG van het Europees Parlement en de Raad van 10 april 1997 betreffende een gemeenschappelijk kader voor algemene machtigingen en individuele vergunningen op het gebied van telecommunicatiediensten, niet dezelfde als de nieuwe bepalingen van de kader- en de machtigingsrichtlijn.

⁽⁶⁾ Zie ook advies 26.923/4, op 19 september 1997 binnen een termijn van drie dagen verstrekt door de afdeling Wetgeving van de Raad van State over een ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 24 oktober 1997 betreffende het opzetten en de exploitatie van DCS-1800-mobilofonienetten (*Belgisch Staatsblad* van 5 december 1997, blz. 32.501-32.502).

2.3. De ontworpen regeling moet worden herzien in het licht van de verschillende bovenstaande opmerkingen en de memorie van toelichting moet, in voorkomend geval, dienovereenkomstig worden aangevuld.

3. Het ontworpen artikel 30, § 1/2, derde lid, bepaalt het volgende :

"Indien een operator van meerdere kanalen wil afstand doen, dan moeten deze een aaneensluitend blok vormen."

Deze bepaling geeft aanleiding tot twee opmerkingen.

3.1. In de eerste plaats heeft ze geen betrekking op de heffing die betaald moet worden door de exploitant die over gebruiksrechten van radiofrequenties mag beschikken, maar stelt ze een voorwaarde als de exploitant afstand wil doen van gebruiksrechten die hem zijn toegekend.

Het zou dan ook beter zijn dat ze niet in artikel 30 wordt opgenomen, waarvan de wijziging wordt beoogd, aangezien die bepaling er in de eerste plaats toe strekt een heffingsstelsel in te voeren.

De voorliggende bepaling zou derhalve uit het voorontwerp van wet moeten worden gehaald ⁽⁷⁾, of opgenomen moeten worden in een nieuwe bepaling van dat voorontwerp, dat ertoe zou strekken artikel 19 van de wet van 13 juni 2005 te wijzigen.

3.2. Fundamenteler nog is de vraag of en hoe het ontworpen artikel 30, § 1/2, derde lid, dat dient om een nieuwe voorwaarde te verbinden aan de afstand van gebruiksrechten, waarin niet is voorzien in de geldende wet van 13 juni 2005, te rijmen valt met artikel 5, lid 2, derde alinea, van de machtigingsrichtlijn, zoals gewijzigd bij de voornoemde richtlijn 2009/140/EG, een bepaling die in samenhang met lid 1 van hetzelfde artikel moet worden gelezen.

⁽⁷⁾ De memorie van toelichting bevat overigens geen verantwoording van die bepaling.

Op een vraag om uitleg daaromtrent heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord :

"Le dernier alinéa du § 1/2 stipule que lorsqu'un opérateur souhaite céder des canaux, ceux-ci doivent former un bloc continu. Cette condition est reprise en vue d'une gestion de fréquences efficace : lorsque les opérateurs restituent aléatoirement des canaux de leur spectre attribué, sans que ceux-ci ne constituent un bloc continu, le risque est réel que ces canaux restitués soient inutilisables pour d'autres opérateurs car la largeur de bande est trop petite pour y développer des services et les fournir. Cette situation impliquerait un gaspillage du spectre. Cela serait incompatible avec l'article 9.1 de la directive Cadre qui charge les États membres de gérer le spectre le plus efficacement possible."

Die uitleg zou in de memorie van toelichting moeten komen.

4. Uit het ontworpen artikel 30, § 1/3, eerste lid, blijkt dat de eenmalige heffing, naargelang van het geval, moet worden betaald :

- bij de eerste toekenning van de gebruiksrechten : binnen 15 dagen na de aanvang van de geldigheidsduur van de gebruiksrechten,
- bij de verlenging van de toekenning van de gebruiksrechten : "binnen de 15 dagen na de aanvang van de verlenging".

Uit de woorden "binnen de 15 dagen na de aanvang van de verlenging" zou kunnen worden opgemaakt dat de heffing moet worden betaald binnen vijftien dagen na de datum waarop tot de verlenging besloten is of waarop de verlenging verkregen is. Zoals de gemachtigde van de minister heeft bevestigd, is dat echter niet de bedoeling van de steller van het voorontwerp. De steller wil voorschrijven dat de heffing moet worden betaald binnen vijftien dagen na de aanvang van de periode waarmee de toekenning van de gebruiksrechten verlengd is.

Om alle onduidelijkheid en rechtsonzekerheid en de daarmee gepaard gaande nadelen te voorkomen ⁽⁸⁾, moet de ontworpen tekst zo worden herzien dat de bedoeling van de steller van het voorontwerp duidelijk tot uiting komt.

Deze opmerking geldt *mutatis mutandis* ook voor het ontworpen artikel 30, § 1/3, tweede en vierde lid.

5. Artikel 30, § 1/3, tweede lid, bepaalt dat, voor de berekening van het bedrag van de heffing, "een gedeelte van een maand (...) als volledige maand (wordt) aangerekend".

Zo'n bepaling kan problemen doen rijzen uit het oogpunt van artikel 13 van de machtigingsrichtlijn, inzonderheid doordat dit artikel bepaalt dat de vergoedingen alleen mogen worden opgelegd om "een optimaal gebruik van de middelen" te waarborgen en alleen als ze, onder meer, niet-discriminerend zijn en in verhouding staan tot het beoogde doel.

De steller van het voorontwerp moet dan ook de precieze, feitelijk juiste, in rechte aanvaardbare, relevante en deugdelijke redenen kunnen opgeven die kunnen wettigen waarom, voor de maanden waarin de exploitant de frequenties in kwestie niet gedurende de hele maand heeft kunnen gebruiken, die onvolledige maand voor de berekening van de heffing toch als een volledige maand beschouwd wordt.

⁽⁸⁾ Alle onduidelijkheid omtrent de vraag binnen welke termijn de heffing daadwerkelijk moet worden betaald, zou des te nadeliger zijn daar het ontworpen artikel 30, § 1/4, eerste lid, bepaalt : "Indien een operator ervoor opteert om de enige heffing niet te voldoen, worden de betreffende gebruiksrechten niet toegekend of verlengd".

6. Het ontworpen artikel 30, § 1/3, vijfde lid, bepaalt :

"De enige heffing wordt in geen geval terugbetaald, noch geheel, noch gedeeltelijk."

In de bespreking van artikel 2 van het voorontwerp wordt die bepaling als volgt verantwoord :

"De enige heffing wordt overeenkomstig paragraaf 1/1 niet geheel of gedeeltelijk terugbetaald omdat de terugbetaling van de enige heffing hypothetisch slechts aan de orde kan zijn in geval van schorsing of intrekking (d.i. bij wijze van sanctie) of teruggave (op initiatief van de operator) van de betreffende frequenties of een gedeelte ervan. Schorsing, intrekking of teruggave van de frequenties verantwoord evenwel geen terugbetaling.

De redenen hiervoor zijn o.m. de volgende :

a) vooraleer het Instituut overgaat tot een schorsing of intrekking van de frequenties zullen er tal van onderzoeken, controles etc. zijn uitgevoerd die verder gaan dan de courante controletaken van het Instituut; hiervoor wordt het Instituut niet specifiek vergoed;

b) vaststellen dat de betreffende rechten in geval van intrekking of schorsing of teruggave zouden worden terugbetaald, kan tot een situatie leiden waarbij een operator gebruiksrechten krijgt toegewezen, dan de betreffende frequenties gedurende jaren bezet houdt zonder deze daadwerkelijk te gebruiken, en bij de intrekking van de frequenties de door hem betaalde rechten terugbetaald krijgt; zodoende kan een malafide operator jarenlang spectrum afschermen voor andere operatoren zonder daarbij een financieel risico te lopen. Dit kan leiden tot een ernstige verstoring van de mededinging in deze sector. Dat zou dan onverenigbaar zijn met de opdrachten van het Instituut, onder meer met artikel 6, 2/, van de wet van 13 juni 2005 waarin wordt gesteld dat het Instituut er zorg voor moet dragen dat in de sector van de elektronische communicatie zich geen verstoring of beperking van concurrentie voordoet;

c) het zou onaanvaardbaar zijn, mocht een operator zich kunnen beroepen op zijn eigen tekortkomingen om daaruit financiële compensatie te putten."

Uit die verantwoording blijkt niet dat er problemen kunnen rijzen doordat het gedeelte van de heffing dat betrekking heeft op de periode waarin de houder van de gebruiksrechten die rechten daadwerkelijk heeft genoten, niet wordt teruggegeven.

Anders is het gesteld met het gedeelte van de heffing dat betrekking heeft op de periode die ingaat op de dag dat de schorsing, intrekking of teruggave uitwerking heeft en die, naargelang van het geval, verstrijkt na afloop van de schorsing of op de

.../...

datum waarop de toegekende gebruiksrechten verstreken zouden zijn als ze niet ingetrokken of teruggegeven waren.

In verband met de heffing voor die periode - hierna "de niet-benutte periode" te noemen - kan dan ook het volgende worden opgemerkt :

6.1. Voor de gevallen waarin de gebruiksrechten bij wijze van sanctie geschorst of ingetrokken zouden worden, doet de ontworpen tekst, gelet op wat in de memorie van toelichting staat, vragen rijzen in het licht van de vereisten van het evenredigheidsbeginsel dat zowel vastgelegd is in artikel 10 van de machtigingsrichtlijn, als in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet.

De niet-terugbetaling van de heffing die betrekking heeft op de niet-benutte periode zou immers automatisch van toepassing zijn in geval van intrekking of schorsing van de vergunning, zelfs wanneer de exploitant geen enkele vorm van "malafide" gedrag kan worden verweten.

De steller van het voorontwerp wordt verzocht de ontworpen bepaling te herzien om zijn bedoeling beter tot uiting te brengen en tegelijk de vereisten, inzonderheid van de Europese richtlijnen, in acht te nemen.

6.2. Wat het geval betreft waarin de houder van de gebruiksrechten die rechten vrijwillig teruggeeft, kan uit de memorie van toelichting niet worden afgeleid welke redenen kunnen verantwoorden dat de heffing betreffende de niet-benutte periode niet wordt terugbetaald, ook niet gedeeltelijk, vooral wanneer de houder van de rechten al zijn verplichtingen is nagekomen en daadwerkelijk en regelmatig zijn gebruiksrechten heeft benut.

In dat geval lijkt het ontworpen dispositief dus in te druisen tegen artikel 13 van de machtigingsrichtlijn, inzonderheid inzake het vereiste dat de heffing in verhouding moet staan "tot het beoogde doel en [dat rekening moet worden gehouden] met de doelstellingen van artikel 8 van [de kaderrichtlijn]".

6.3. De voorliggende bepaling moet aan de hand van de voorgaande opmerkingen opnieuw in behandeling worden genomen en in voorkomend geval moet de memorie van toelichting worden herzien en dienovereenkomstig worden aangevuld.

.../...

7. Het ontworpen artikel 30, § 1/4, tweede lid, bepaalt :

"Indien de termijn om aan de stilzwijgende verlenging van zijn vergunning afstand te doen reeds verstreken is op het ogenblik van de inwerkingtreding van de wet, mag een operator, bij wijze van overgangsbepaling, toch afstand doen van de verlenging van zijn gebruiksrechten tot de eerste dag van de nieuwe periode van de verlengde gebruiksrechten zonder de enige heffing voor deze nieuwe periode verschuldigd te zijn."

Via deze bepaling wordt een overgangsregeling ingevoerd die een eenmalige mogelijkheid biedt aan exploitanten aan wie, bij een beslissing die al stilzwijgend is verlengd voordat de ontworpen wet in werking is getreden, rechten op het gebruik van bepaalde frequenties zijn toegekend.

Om die reden en om alle verwarring of onduidelijkheid omtrent de strekking van de voorliggende bepaling te voorkomen, mag deze bepaling niet worden opgenomen in artikel 30 van de wet van 13 juni 2005, maar moet ze een overgangsbepaling vormen in een nieuw artikel 3 dat in de ontworpen wet moet worden ingevoegd.

8. Uit de wijziging die artikel 2, 2/, van het voorontwerp van wet wil aanbrengen in artikel 30, § 2, van de wet van 13 juni 2005, volgt dat de Koning gemachtigd zal zijn, na advies van het Instituut, "het bedrag en de nadere regels" te bepalen inzake, inzonderheid, de heffingen bedoeld in artikel 30, §§ 1/1 en 1/2.

De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat zo'n machtiging geen zin heeft, aangezien de bedragen van de heffingen bedoeld in artikel 30, §§ 1/1 en 1/2, al in die bepalingen worden vastgelegd.

Volgens de gemachtigde van de minister is het in werkelijkheid de bedoeling van de steller van het voorontwerp de Koning te machtigen om de nadere regels te bepalen voor de heffingen bedoeld in artikel 30, §§ 1/1 en 1/2, behoudens hetgeen al geregeld is bij de paragrafen 1/1 tot 1/4.

De ontworpen tekst moet zo worden herzien dat de bedoeling van de steller van het voorontwerp duidelijk tot uiting komt.

.../...

Vormopmerking

In de Nederlandse tekst van richtlijn 2002/20/EG en van richtlijn 2002/21/EG wordt de term "operator" niet gebezigd als tegenhanger van de Franse term "opérateur", wel de termen "exploitant" of "aanbieder". Verder beantwoorden in de geldende Nederlandstalige regelgeving aan de Franse term "redevance" de meest uiteenlopende termen : zo beantwoordt in richtlijn 2002/20/EG aan de Franse term "redevance" in de Nederlandse lezing de term "vergoeding".

In de wet van 13 juni 2005 daarentegen beantwoordt de Franse term "redevance" aan de Nederlandse term "heffing" (art. 11), "vergoeding" (art. 25) en "bijdrage" (art. 29).

In het koninklijk besluit van 7 maart 1995 (art. 15) worden als tegenhanger van de Franse term "redevance" de termen "retributie" en "recht" gebezigd. Datzelfde geldt voor het koninklijk besluit van 24 oktober 1997 (art. 16).

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. LIÉNARDY,	kamervoorzitter,
	J. JAUMOTTE,	staatsraden,
	L. DETROUX,	
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. LIÉNARDY