

KV

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 47.980/4
47.981/4
DU 7 AVRIL 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 15 mars 2010, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours, sur :

- 1/ un projet d'arrêté royal "modifiant l'arrêté royal du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie GSM, l'arrêté royal du 24 octobre 1997 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie DCS-1800 et 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 troisième génération" (47.980/4);
- 2/ un projet d'arrêté royal "concernant l'accès radioélectrique dans la bande de fréquences 2500-2690 Mhz" (47.981/4),

a donné l'avis suivant :

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique des projets, 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, les projets appellent les observations ci-après.

- I. Irrecevabilité partielle de la demande d'avis relative au projet d'arrêté "modifiant l'arrêté royal du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation des réseaux de mobilophonie GSM, l'arrêté royal du 24 octobre 1997 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie DCS-1800 et 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 troisième génération" (ci-après le "projet 47.980/4") ⁽¹⁾.

1. La section de législation du Conseil d'État est saisie d'une demande d'avis dans les trente jours sur un projet d'arrêté qui lui a été soumis une première fois et a donné lieu, le 7 janvier 2009, à l'avis 45.621/4, et qui lui a été soumis une seconde fois et a donné lieu, le 24 juillet 2009, à l'avis 47.080/4.

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

Il en va différemment lorsqu'il est envisagé d'insérer dans le texte des dispositions entièrement nouvelles, dont le contenu est indépendant des observations ou suggestions formulées dans le premier avis de la section de législation : en pareil cas, une nouvelle consultation de la section de législation est requise, portant sur les dispositions nouvelles.

⁽¹⁾ Dans la suite de cet avis, ces arrêtés royaux seront identifiés respectivement par la mention de leur date.

Il en va aussi différemment quand interviennent, après le premier avis, des éléments juridiques nouveaux, de nature à justifier un nouvel examen du texte par la section de législation : celle-ci doit alors être saisie des dispositions du texte affectées par ces éléments nouveaux.

Au vu de ces éléments, ne seront pas examinés l'article 2, 1/, a), b) et d), 2/, et 3/, l'article 5, l'article 7, 1/, l'article 10, l'article 15, l'article 16, l'article 22, 2/ et 3/, l'article 23, l'article 24, l'article 26, l'article 27, l'article 28, l'article 29, l'article 31 et l'article 34 de l'arrêté en projet.

2. Dans son avis 45.621/4 précité, la section de législation a conclu à l'irrecevabilité partielle de la demande d'avis, pour les motifs suivants :

"L'article 3, § 2, de l'arrêté royal du 7 mars 1995 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie GSM dispose comme suit :

«L'autorisation délivrée aux termes du présent cahier des charges ^[(2)] est valable pendant une période de quinze années à compter à partir de la date de délivrance de cette autorisation.

À l'issue de cette première période, l'autorisation peut être renouvelée par tacite reconduction pour des termes successifs de cinq ans.

Le Ministre et l'opérateur peuvent renoncer à la reconduction tacite, moyennant préavis de deux ans signifié par lettre recommandée à la poste. La décision de ne pas reconduire l'autorisation prend en considération notamment les conditions dans lesquelles l'opérateur a satisfait aux conditions de son autorisation et du cahier des charges ainsi que l'évolution générale du secteur de services mobiles.»

L'article 1^{er}, 1/, de l'arrêté en projet envisage de modifier cette disposition de sorte que son alinéa 1^{er} dispose désormais comme suit :

«L'autorisation délivrée aux termes du présent cahier des charges est valable pendant une période de quinze années à compter à partir de la date de délivrance de cette autorisation, [sauf les autorisations de l'opérateur GSM1 et de

⁽²⁾ *Note infrapaginale 1 de l'avis cité* : À savoir, selon l'article 2, § 1^{er}, du même arrêté, l'autorisation qui "couvre la mise en oeuvre et l'exploitation en Belgique d'un réseau de mobilophonie GSM fonctionnant sur la base de la norme européenne de radiocommunication publique numérique GSM dans la bande des 900 MHz".

l'opérateur GSM2 qui restent valables jusqu'au 2 juillet 2013 à condition que ces opérateurs :

a) confirment par écrit dans les quatre semaines qui suivent l'entrée en vigueur de la présente disposition leur accord exprès à l'Institut pour faire prolonger leur autorisation jusqu'au 2 juillet 2013, et

b) paient au plus tard six mois avant l'expiration du délai d'autorisation initial de 15 ans le droit de concession visé à l'article 15, § 1^{bis} du présent arrêté. Le paiement en question est effectué par l'opérateur GSM1 au plus tard le 2 janvier 2011 et par l'opérateur GSM2 au plus tard le 27 mai 2010.]]»

Si l'arrêté royal du 7 mars 1995, dont la modification est ici envisagée, ne définit pas directement et expressément les notions d'«opérateur GSM1» et d'«opérateur GSM 2», il définit la notion de «GSM1» comme étant le «premier réseau GSM à 900 MHz en Belgique exploité par BELGACOM ou sa filiale sous le nom de PROXIMUS», et la notion de «GSM2» comme étant le «deuxième réseau GSM à 900 MHz en Belgique exploité par le deuxième opérateur».

Par ailleurs, l'arrêté royal du 24 octobre 1997 relatif à l'établissement et à l'exploitation de réseaux de mobilophonie DCS-1800, dont l'arrêté en projet envisage aussi la modification, définit, lui, les notions d'«opérateur GSM1» et d'«opérateur GSM2», et ce, comme étant, respectivement, la «société anonyme BELGACOM MOBILE exploitant le premier réseau GSM à 900 MHz sous le nom commercial de PROXIMUS» et la «société anonyme MOBISTAR exploitant le deuxième réseau GSM à 900 MHz».

De ce qui précède, il suit que la modification que l'article 1^{er}, 1/, de l'arrêté en projet entend apporter à l'article 3, § 2, alinéa 1^{er}, de l'arrêté royal précité du 7 mars 1995 a, en réalité, pour objet de prolonger la durée de deux autorisations précises, octroyées, l'une à PROXIMUS, l'autre à MOBISTAR, autorisations qui, selon l'auteur du projet, devraient, au terme des règles en vigueur, prendre fin, l'une, le 1^{er} juillet 2011, et l'autre, le 26 novembre 2010 ⁽³⁾.

[...]

Il en résulte que les modifications que l'article 1^{er}, 1/, et l'article 3, de l'arrêté en projet, envisagent d'apporter aux articles 3, § 2, et 15 de l'arrêté royal du 7 mars 1995, ont pour objet de fixer le sort de deux situations individuelles précises, celles des autorisations octroyées à deux opérateurs nommément identifiés, à savoir PROXIMUS et MOBISTAR, par des décisions individuelles datant respectivement, selon le rapport au Roi, du 2 juillet 1996 et du 27 novembre 1995.

De telles dispositions ne mettent pas en place un régime juridique général et abstrait et sont donc dépourvues de tout caractère réglementaire au sens de l'article 3 des lois coordonnées sur le Conseil d'État.

⁽³⁾ *Note infrapaginale 2 de l'avis cité* : Ces dates résultent des informations mentionnées dans le rapport au Roi.

La demande d'avis est par conséquent irrecevable en tant qu'elle porte sur l'article 1^{er}, 1/, et l'article 3 de l'arrêté en projet. Ces dispositions ne sont dès lors pas examinées dans le présent avis".

Pour des motifs identiques à ceux invoqués dans l'avis 45.621/4, la demande d'avis est irrecevable en tant qu'elle porte sur l'article 2, 1/, c), du projet 47.980/4 (article 7, § 1^{er}, alinéa 4, 1/, 2/ et 3/, second tiret, en projet, de l'arrêté royal du 7 mars 1995) et sur l'article 2, 4/, du projet 47.980/4 (article 7, § 5, alinéas 6 et 7, en projet, de l'arrêté royal du 7 mars 1995), dans la mesure où ces dispositions ont pour destinataires les opérateurs GSM1 et GSM2.

Dans cette mesure, ces dispositions ne seront pas examinées plus avant.

3. Dans le même ordre d'idées, il faut relever qu'en ce qui concerne les articles 7, 2/ et 4/, de l'arrêté en projet qui ont vocation à s'appliquer à "l'opérateur DCS 1800", le destinataire de ces dispositions est unique, identifiable et même identifié ⁽⁴⁾.

Par identité de motifs, mentionnés au point 2, la demande d'avis est irrecevable en tant qu'elle porte sur l'article 2, 2/, du projet 47.980/4 (article 7, § 2^{bis}, alinéa 1^{er}, et alinéa 2, 1^{er} tiret, en projet, de l'arrêté royal du 24 octobre 1997) et sur l'article 7, 4/, du projet 47.980/4 (article 7, § 8, alinéas 1^{er} et 2, 1^{er} tiret, en projet, de l'arrêté royal du 24 octobre 1997), dans la mesure où ces dispositions ont pour destinataire l'"opérateur DCS 1800".

Dans cette mesure, ces dispositions ne seront donc pas examinées.

4. Enfin, s'agissant des dispositions qui ont trait à la reconduction tacite des autorisations, telles que prévues à l'article 1^{er} du projet 47.980/4 (article 3, § 2, en projet de l'arrêté royal du 7 mars 1995) ainsi qu'à l'article 6 du projet 47.980/4 (article 3, § 2, en projet de l'arrêté royal du 24 octobre 1997), il faut constater que, telles qu'elles sont

⁽⁴⁾ Comme l'a confirmé la déléguée du ministre, la notion d'"opérateur DCS 1800" vise un seul et même opérateur, étant l'opérateur "Base".

rédigées, et dès lors spécialement qu'elles mentionnent la date finale du 15 mars 2021, elles ont vocation à s'appliquer exclusivement aux opérateurs actuellement désignés, plus spécialement à la reconduction tacite éventuelle jusqu'au 15 mars 2021 de l'autorisation dont ils sont titulaires.

Il en va de même des dispositions relatives aux redevances à payer à l'occasion de ces reconductions, telles que mentionnées à l'article 3 et à l'article 8 du projet 47.980/4 ⁽⁵⁾.

Par conséquent, pour les motifs mentionnés au point 2, ces dispositions ne revêtent pas non plus un caractère réglementaire au sens de l'article 3 des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973.

La demande d'avis est donc irrecevable en tant qu'elle porte sur ces dispositions, qui ne seront dès lors pas examinées.

5. Le préambule du projet 47.980/4 mentionne, au titre de fondement légal, l'article 51 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (ci-après la "loi du 13 juin 2005").

Celui-ci ne comporte aucune habilitation au Roi.

En réalité, il ressort du dossier transmis au Conseil d'État que, si l'auteur du projet vise cet article au préambule de l'arrêté en projet, c'est dans un contexte bien précis, de *lege ferenda*.

⁽⁵⁾ Concernant ces deux dernières dispositions, il y a lieu de relever qu'en tout état de cause, celles-ci se bornent à rappeler la règle inscrite à l'article 30, § 1^{er}/2, de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques. Elles sont donc inutiles et peuvent prêter à confusion sur l'autorité qui a le pouvoir de modifier leur contenu.

En effet, les documents transmis au Conseil d'État révèlent que, dans le même contexte que l'adoption des projets d'arrêtés ici examinés, il a été décidé de procéder à la modification de l'article 51 de la loi du 13 juin 2005 en vue de compléter cet article par une disposition habilitant le Roi à fixer diverses modalités et conditions dans lesquelles l'I.B.P.T. pourra imposer des obligations en matière d'itinérance nationale ⁽⁶⁾.

La disposition modificative de l'article 51 précité n'ayant pas encore été adoptée par le législateur ⁽⁷⁾, la demande d'avis est prématurée en ce qui concerne la disposition du projet 47.980/4 qui entend se fonder sur l'article 51 tel qu'il est envisagé de le modifier.

La demande d'avis est donc irrecevable à l'égard de cette disposition également, à savoir l'article 14 du projet 47.980/4 ⁽⁸⁾.

*

* *

⁽⁶⁾ Il ressort du dossier communiqué au Conseil d'État, spécialement de la note au Conseil des Ministres que "la modification de l'article 51 de la loi du 13 juin 2005 est nécessaire pour réintroduire une base légale afin de pouvoir appliquer le roaming (itinérance nationale), comme le prévoit 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".

⁽⁷⁾ Il importe ici de préciser que la section de législation n'est, à ce stade, saisie d'aucune demande d'avis portant sur la modification qu'il est envisagé d'apporter à l'article 51 de la loi du 13 juin 2005. Le serait-elle, encore ne lui appartiendrait-il pas de se prononcer, dans le cadre des deux demandes d'avis ici examinées, sur cette modification législative.

⁽⁸⁾ En outre, ces dispositions ne peuvent trouver de fondement légal dans la loi du 13 juin 2005 telle qu'elle est en vigueur dans l'état des textes publiés au Moniteur belge : l'article 51 de cette loi ne comporte en effet, comme déjà mentionné, aucune habilitation au Roi, et l'article 53 de la même loi habilite seulement le Roi à fixer "les éléments qui doivent au minimum être réglés dans un accord relatif à l'interconnexion ou un accord relatif à l'accès".

II. Observations communes aux deux projets d'arrêtés

II. A. Rappel des dispositions invoquées au titre de fondement légal

Les arrêtés en projet se donnent pour fondement légal les articles 18 et 30 de la loi du 13 juin 2005.

Le projet 47.980/4 se donne aussi pour fondement légal l'article 51, de la même loi.

Le projet d'arrêté royal "concernant l'accès radioélectrique dans la bande de fréquences 2500-2690 MHz" (ci-après le "projet 47.981/4") se donne en outre pour fondement légal l'article 39, § 2 de la même loi.

En l'état des textes publiés au *Moniteur belge*, les articles 18, 30, 39 et 51 de la loi du 13 juin 2005 disposent comme suit :

"Art. 18. § 1^{er}. Les conditions d'obtention et d'exercice des droits d'utilisation de radiofréquences utilisées entièrement ou partiellement pour des services de communications électroniques offerts au public, sont fixées par le Roi, par un arrêté pris après l'avis de l'Institut et après délibération en Conseil des ministres, et peuvent uniquement porter sur :

1/ le service, le réseau ou la technologie concernée, pour lesquels les droits d'utilisation de la radiofréquence sont accordés, y compris, le cas échéant, l'utilisation exclusive d'une radiofréquence pour la transmission d'un contenu déterminé ou de services spécifiques;

2/ l'utilisation effective et efficace des radiofréquences conformément aux dispositions légales et réglementaires applicables;

3/ les conditions techniques et opérationnelles nécessaires pour éviter les brouillages préjudiciables et pour limiter l'exposition du public aux champs électromagnétiques;

4/ la durée maximale sous réserve de modifications du plan national de fréquences;

5/ le transfert des droits à l'initiative du titulaire des droits, et les conditions applicables au transfert;

6/ les redevances d'utilisation conformément à l'article 30;

7/ les engagements pris par l'opérateur ayant obtenu le droit d'utilisation en matière de radiofréquences au cours de la procédure de sélection;

.../...

8/ les obligations résultant d'accords internationaux pertinents ayant trait à l'utilisation de radiofréquences.

§ 2. Lorsque l'Institut octroie des droits d'utilisation de radiofréquences pour un délai déterminé, leur durée est adaptée au service concerné.

§ 3. 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.

§ 4. S'il ressort de l'avis de l'Institut que le danger de brouillages préjudiciables est négligeable et qu'il est compatible avec les exigences d'une gestion efficace et performante du spectre des radiofréquences, le Roi peut décider de ne pas imposer certaines des dispositions prévues au § 1^{er}.

[...]

Art. 30. § 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.

§ 1^{er}/1. Dans le but indiqué au paragraphe 1^{er}, les opérateurs autorisés à disposer de droits d'utilisation de radiofréquences en vue de l'exploitation d'un réseau et de la fourniture de services de communications électroniques mobiles offerts au public sont notamment tenus, au début de la période de validité des droits d'utilisation, de payer une redevance unique.

La redevance unique est déterminée lors de l'attribution des fréquences.

La redevance unique s'élève à :

1/ 51.644 euros par MHz et par mois pour les bandes de fréquences 880-915 MHz et 925-960 MHz.

L'obtention de droits d'utilisation pour les bandes de fréquences 880-915 MHz et 925-960 MHz implique également l'obtention de droits d'utilisation pour les bandes de fréquences 1710-1785 et 1805-1880 MHz : la quantité de spectre attribué dans les bandes 1710-1785 et 1805-1880 MHz est égale au double de la quantité de spectre attribué dans les bandes 880-915 MHz et 925-960 MHz, arrondi au multiple de 5 MHz supérieur.

Par dérogation à ce qui précède, jusqu'au 26 novembre 2015, la redevance unique pour la quantité de spectre attribué au 1^{er} janvier 2010 dans les bandes 880-915 MHz et 925-960 MHz, vaut également pour la quantité de spectre maximale qui pouvait être attribué le 1^{er} janvier 2010 dans les bandes 1710-1785 et 1805-1880 MHz;

2/ 20.833 euros par MHz et par mois pour les bandes de fréquences 1920-1980 MHz et 2110-2170 MHz, sauf dans le cas où la quantité totale de spectre détenue par l'opérateur dans ces bandes de fréquences n'excède pas 2 x 5 MHz. Dans ce dernier cas, la redevance unique s'élève à 32.000 euros par MHz par mois;

.../...

3/ 2.778 euros par MHz et par mois pour la bande de fréquences 2500-2690 MHz.

Lors de l'assignation à l'aide d'une vente aux enchères des fréquences, le montant minimum de la redevance unique visé au présent paragraphe 1^{er}/1 vaut comme enchère de départ pour les candidats.

§ 1^{er}/2. Les opérateurs sont, pour chaque période de reconduction de l'autorisation, redevables d'une redevance unique.

Le montant de la redevance unique correspond à la redevance unique visé au § 1^{er}/1, premier alinéa.

Pour le calcul du montant, il est tenu compte de la partie des droits d'utilisation que l'opérateur veut maintenir lors de la reconduction.

Si un opérateur veut céder du spectre, celui-ci doit former un bloc continu.

§ 1^{er}/3. Le paiement de la redevance unique est effectué, selon le cas, dans les quinze jours qui suivent le début de la période de validité visée au § 1^{er}/1, alinéa premier et dans les quinze jours qui suivent le début de la période de reconduction visée au § 1^{er}/2, alinéa premier.

Par dérogation à l'alinéa précédent, l'opérateur a la possibilité d'effectuer le paiement comme suit :

a) l'opérateur paie au prorata du nombre de mois restant jusqu'à l'année calendrier suivante selon le cas, dans les quinze jours qui suivent le début de la période de validité visée au § 1^{er}/1, alinéa premier et dans les quinze jours qui suivent le début de la période de reconduction visée au § 1^{er}/2, alinéa premier;

b) en outre, l'opérateur paie au plus tard le 15 décembre la totalité de la redevance unique pour l'année à venir. Si l'autorisation expire dans le courant de l'année à venir, l'opérateur paie au prorata du nombre de mois restant jusqu'à l'expiration des droits d'utilisation;

c) le taux d'intérêt légal, calculé conformément à l'article 2, § 1^{er}, de la loi du 5 mai 1865 relative au prêt à l'intérêt, est applicable à partir, selon le cas, du seizième jour qui suit le début de la période de validité visée au § 1^{er}/1, alinéa premier ou du seizième jour qui suit le début de la période de reconduction visée au § 1^{er}/2, alinéa premier;

d) simultanément avec le paiement de la redevance unique, l'opérateur paie l'intérêt sur le montant restant dû.

L'opérateur informe l'Institut de son choix dans les deux jours ouvrables qui suivent, selon le cas, le début de la période de validité visée au § 1^{er}/1, alinéa premier, et le début de la période de reconduction visée au § 1^{er}/2, alinéa premier.

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

.../...

§ 1^{er}/4. Si un opérateur ne règle pas la redevance unique dans son intégralité ou en partie pour les bandes de fréquences respectives comme stipulé au § 1^{er}/1 1/, 2/ ou 3/, tous les droits d'utilisation pour les bandes de fréquences respectives lui sont retirés.

§ 2. Le Roi fixe, après avis de l'Institut, le montant et les modalités concernant les redevances visées au § 1^{er}, sauf pour ce qui est stipulé aux §§ 1^{er}/1, 1^{er}/2 et 1^{er}/3.

[...]

Art. 39. § 1^{er}. Nul ne peut, dans le Royaume ou à bord d'un navire, d'un bateau, d'un aéronef ou de tout autre support soumis au droit belge, détenir un appareil émetteur et/ou récepteur de radiocommunications, ni établir et faire fonctionner une station ou un réseau de radiocommunications non public sans avoir obtenu l'autorisation écrite de l'Institut. Cette autorisation est personnelle et révocable.

§ 2. Le Roi fixe, après avis de l'Institut, les règles générales d'octroi, de suspension et de révocation des autorisations visées au § 1^{er}. Il peut déterminer les cas où ces autorisations ne sont pas requises.

§ 3. Le Roi, sur proposition de l'Institut fixe les obligations des titulaires d'une autorisation ainsi que les conditions auxquelles doivent satisfaire les stations et réseaux de radiocommunications autorisés.

§ 4. Les autorisations visées au § 1^{er} ne sont pas requises pour les stations de radiocommunications établies et utilisées à des fins militaires ou de sécurité publique par les services relevant du ministre de la Défense nationale, par l'Organisation du Traité de l'Atlantique Nord et par les Forces alliées.

[...]

Art. 51. § 1^{er}. Si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord pendant les négociations relatives à l'accès, l'Institut peut intervenir, soit de sa propre initiative, soit à la demande d'une des parties, après les avoir entendues, afin de promouvoir un accès approprié conformément à ce qui est stipulé dans ce titre et afin de garantir le respect des objectifs fondamentaux prévus aux articles 6 à 8.

§ 2. Sans préjudice des mesures prévues à l'article 55, § 3, l'Institut peut toujours et de sa propre initiative imposer aux opérateurs qui contrôlent l'accès aux utilisateurs finals les obligations nécessaires pour garantir la connectivité de bout en bout.

L'Institut peut à cet effet imposer les obligations qu'il estime nécessaires concernant l'accès à fournir, ce qui implique dans les cas le justifiant également l'obligation d'assurer l'interconnexion de leurs réseaux là où elle n'est pas encore réalisée ou de garantir que les personnes visées à l'article 115, ainsi que les administrations publiques, les services de police et les institutions internationales soient ou restent accessibles".

Les textes en projet seront examinés au regard, notamment, des dispositions reproduites ci-avant.

II. B. Observations générales communes

II. B. 1. Observations préalables ⁽⁹⁾

1. Les projets à l'examen s'inscrivent dans un cadre européen réglementé par des directives, règlements et décisions, nombreux et complexes, à titre principal :

- a) la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive "accès"), (ci-après la "directive-access"),
- b) 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"), (ci-après la "directive-autorisation"),
- c) la 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"), (ci-après la "directive-cadre"),

⁽⁹⁾ Pour une observation similaire à propos de projets éminemment techniques, voir notamment l'avis 47.728/4, donné le 25 janvier 2010, par la section de législation sur un projet devenu la loi du 15 mars 2010 portant modification de l'article 30 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques (*Doc. parl.*, Chambre, 2009-2010, n° 2401/1, pp. 17 à 29), voir, précédemment, 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 mobilophonie DCS-1800 (*Moniteur belge* du 5 décembre 1997, pp. 32501-32502).

- d) la directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive "service universel"), (ci-après la "directive-service universel"),
- e) la directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques ("directive vie privée et communications électroniques"), (ci-après la "directive-vie privée").

En ce qui concerne l'autorité fédérale, ces différentes directives ont fait l'objet de mesures de transposition à travers la loi du 13 juin 2005 et les nombreux arrêtés royaux ou ministériels qui trouvent leur fondement dans cette loi.

Le cadre réglementaire européen a été récemment modifié en profondeur par les directives 2009/136/CE ⁽¹⁰⁾ et 2009/140/CE ⁽¹¹⁾, publiées au *Journal officiel de l'Union européenne* le 18 décembre 2009 et entrées en vigueur le 19 décembre 2009, conformément à l'article 5 de la directive 2009/136/CE et à l'article 6 de la directive 2009/140/CE, qui fixent la date de leur entrée en vigueur au jour suivant celui de leur publication au *Journal officiel*.

⁽¹⁰⁾ Directive 2009/136/CE du Parlement européen et du Conseil du 25 novembre 2009 modifiant la directive 2002/22/CE concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques, la directive 2002/58/CE concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques et le règlement (CE) n° 2006/2004 relatif à la coopération entre les autorités nationales chargées de veiller à l'application de la législation en matière de protection des consommateurs (ci-après la "directive 2009/136/CE").

⁽¹¹⁾ 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 (ci-après la "directive 2009/140/CE").

Ces directives ont modifié, voire même remplacé, de nombreuses dispositions du cadre réglementaire européen, notamment les dispositions relatives à la gestion du spectre et à l'octroi des droits d'utilisation des fréquences ⁽¹²⁾.

Conformément à l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2009/136/CE et à l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2009/140/CE, ces directives doivent être transposées au plus tard pour le 25 mai 2011.

Les rapports au Roi relatifs aux projets d'arrêtés à l'examen mentionnent tous deux que les mesures en projet "ne portent pas préjudice à la transposition des directives 2009/136 et 2009/140 ou n'entravent pas leur transposition".

À ce stade, le législateur fédéral n'a pas encore procédé à la transposition générale et systématique des directives 2009/136/CE et 2009/140/CE et la déléguée du ministre a confirmé que des projets étaient en cours d'élaboration en vue de transposer ces directives.

Toutefois, comme la section de législation l'a souvent rappelé, même si le délai de transposition d'une directive n'est pas encore venu à expiration et même si les États membres destinataires ne sont pas tenus d'adopter les mesures adéquates avant son expiration, il n'en reste pas moins qu'il leur incombe de s'abstenir de prendre, pendant le délai de transposition, des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par cette directive ⁽¹³⁾.

À ce stade, il est cependant extrêmement délicat d'examiner de manière systématique si les arrêtés en projet comportent ou non "des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par les directives concernées".

⁽¹²⁾ Voir notamment les articles 9, *9bis*, *9ter* et 10, de la directive-cadre, tels que modifiés, remplacés, ou insérés par la directive 2009/140/CE, ainsi que les articles 5, 6, 7, 10 et 14, de la directive-autorisation, tels que modifiés ou remplacés par la directive 2009/140/CE.

⁽¹³⁾ Voir en ce sens, l'avis 39.718/AG, donné les 7 et 21 février 2006, sur un avant-projet devenu la loi du 15 septembre 2006 modifiant la loi du 15 décembre 1980 sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers (*Doc. parl.*, Chambre, 2005-2006, n/ 51-2478/1, p. 176 [observation 3.1]).

Ceci est dû essentiellement à deux éléments :

- d'une part, les arrêtés en projet trouvent leur fondement juridique en droit interne dans la loi du 13 juin 2005, qui elle-même, n'a pas encore été modifiée ni fait l'objet d'un examen systématique des modifications qu'il serait nécessaire de lui apporter pour assurer la transposition des directives 2009/136/CE et 2009/140/CE;
- d'autre part, les directives européennes modificatives précitées comportent des dispositions qui mettent en place des régimes transitoires; les conditions dans lesquelles ces régimes transitoires sont appelés à s'appliquer sont parfois telles qu'à ce jour et vu la date à laquelle les demandes d'avis à l'examen ont été introduites, il n'est pas possible de déterminer si les situations qui seront, dans le futur, régies par les textes en projet, se verront appliquer le régime transitoire ou bien le nouveau régime définitif prévu par les dispositions de droit européen issues des directives 2009/136/CE et 2009/140/CE.

Sur ce point particulier, l'on peut retenir à titre d'exemple, la difficulté liée à l'article 3 du projet 47.981/4. Ainsi, l'on peut se demander si cette disposition, par les durées maximales des droits d'utilisation qu'elle fixe, n'est pas de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par la directive 2009/140/CE, notamment par l'article 9bis nouveau de la directive-cadre, tel qu'inséré par la directive 2009/140/CE, qui met en place un régime transitoire pour les droits d'utilisation octroyés avant le 25 mai 2011 et par l'article 9 nouveau de la même directive-cadre, qui fixe le régime définitif nouveau en la matière.

Interrogée à ce propos, la déléguée du ministre a exposé ce qui suit :

"L'article 9bis.1 de la Directive «cadre» prévoit que :

«Pendant une période de 5 ans commençant le 25 mai 2011, les États membres peuvent autoriser les titulaires de droits d'utilisation de radiofréquences qui ont été accordés avant cette date et qui resteront valides pour une durée de 5 ans au moins après ladite date à soumettre à l'autorité nationale compétente une demande de réexamen des restrictions à leurs droits (...).»

Le champ d'application de cette disposition porte sur les droits d'utilisation/autorisations qui

a) existent au 25/5/2011.

.../...

b) restent valables au moins jusqu'au 25/5/2016.

Les droits d'utilisation accordés aux opérateurs 4G restent valables pour une durée de 15 ans (article 3, projet d'AR).

Si les droits d'utilisation pour les opérateurs 4G sont attribués avant le 25/5/2011, ils relèvent du champ d'application de l'article 9*bis* de la Directive cadre. Si toutefois ils sont attribués après le 25/5/2011, l'article 9*bis* de la Directive cadre n'est plus applicable à ces droits d'utilisation. Ce n'est toutefois pas la formulation de l'article 3 du projet d'AR qui en est la cause mais bien l'application limitée de l'article 9*bis* de la Directive cadre qui ne porte que sur les droits accordés avant le 25 mai 2011".

Les difficultés relevées ci-avant auraient pu être évitées ou, à tout le moins, largement aplanies, si le législateur était intervenu afin de transposer les directives 2009/136/CE et 2009/140/CE et qu'ensuite seulement, le pouvoir exécutif avait, d'une part, examiné les modifications à apporter aux arrêtés royaux de 1995, 1997 et 2001 et, d'autre part, élaboré son projet de réglementation "4G".

Compte tenu toutefois de la méthode ici retenue, qui ne procède pas de cette chronologie, et compte tenu également de ce que le texte en projet doit être examiné au regard de la loi du 13 juin 2005 telle qu'elle est en vigueur à ce jour, le présent avis se limitera, s'agissant de la compatibilité des projets à l'examen avec les directives 2009/136/CE et 2009/140/CE, aux quelques observations ponctuelles qui seront formulées dans la suite de l'avis.

2. Les deux projets d'arrêtés soumis à la section de législation présentent des caractéristiques techniques extrêmement complexes.

Les régimes qu'ils entendent modifier ou mettre en place doivent pouvoir faire l'objet de justifications raisonnables tant dans les différences de traitement qu'ils entraînent entre les différents intervenants concernés ou susceptibles de l'être, qu'à l'égard des conditions auxquelles l'intervention du Roi est subordonnée au regard tant des articles 18 et suivants de la loi du 13 juin 2005, que des directives européennes pertinentes en la matière.

Faute d'une connaissance particulière des situations de fait auxquelles se rapporte les projets d'arrêtés et des données scientifiques et techniques à prendre en considération, la section de législation du Conseil d'État n'est pas en mesure d'apprécier, dans toutes leurs mesures et nuances, les éléments invoqués dans le rapport au Roi, par la déléguée du ministre, ou plus généralement, dans les autres pièces du dossier communiqué au Conseil d'État, par exemple, l'avis de l'I.B.P.T.

C'est sous cette réserve que sont formulées les observations communes, générales ou particulières, et spécifiques qui suivent.

II. B. 2. Différences de traitement

1. De la comparaison des arrêtés en projet, il ressort que le régime mis en place par le projet 47.981/4 différera sur de nombreux points des arrêtés royaux de 1995, 1997 et 2001 dont la modification est envisagée par le projet 47.980/4.

Pour prendre deux exemples significatifs, l'on peut retenir les différences de traitement suivantes :

1/ Le projet 47.981/4 n'impose, en son article 10, pas d'obligation de couverture *stricto sensu*, alors que l'article 5 de l'arrêté royal du 7 mars 1995, l'article 6 de l'arrêté royal du 24 octobre 1997 et l'article 3 de l'arrêté royal du 18 janvier 2001 imposent une telle obligation.

2/ La procédure de mise aux enchères prévue par le projet 47.981/4 diffère à certains égards de celle mise en place par l'arrêté royal du 18 janvier 2001, notamment en ce que le projet 47.981/4 prévoit un premier tour qui n'est pas comparable à ce qui est prévu par les articles 50 à 52 de l'arrêté royal du 18 janvier 2001.

2. Dès lors que chacun des arrêtés royaux précités organise l'octroi de droits d'utilisation de radiofréquences, l'auteur des projets doit être en mesure d'établir les motifs objectifs, admissibles en droit, exacts en fait, précis, adéquats et pertinents susceptibles de justifier les différences entre les divers régimes mis en place, au regard du but que les projets à l'examen poursuivent.

À ce propos, le rapport au Roi relatif au projet 47.981/4 expose ce qui suit :

"La décision 2008/477/CE de la Commission du 13 juin 2008 sur l'harmonisation de la bande de fréquences 2500-2690 MHz pour les systèmes de Terre permettant de fournir des services de communications électroniques dans la Communauté vise à harmoniser les conditions de mise à disposition et d'utilisation efficace de la bande 2500-2690 MHz pour les systèmes de Terre permettant de fournir des services de communications électroniques dans la Communauté.

Cette décision impose aux États membres de désigner puis mettre à disposition la bande 2500-2690 MHz pour les systèmes de Terre permettant de fournir des services de communications électroniques, conformément aux paramètres définis à l'annexe de la décision, au plus tard six mois après l'entrée en vigueur de la décision.

Afin de permettre le développement d'innovations technologiques de manière efficace et commerciale, le présent arrêté offre une large marge de manoeuvre aux participants au marché : ils peuvent en effet décider eux mêmes pour quelles applications ils acquièrent les droits d'utilisation en question, ainsi que l'endroit où ils développent leur réseau et offrent leurs services au public.

L'article 8.1 de la directive Cadre stipule en effet :

«Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales, dans l'accomplissement des tâches de réglementation spécifiées dans la présente directive ainsi que dans les directives particulières, notamment celles conçues pour assurer une concurrence effective, tiennent le plus grand compte du fait qu'il est souhaitable que la réglementation technologique soit neutre.»

Il est ressorti d'une consultation organisée par l'IBPT concernant la bande 2,6 GHz, en mars 2007, qu'une (petite) majorité des répondants soutenait l'idée de la neutralité sur le plan technologique. Ils souhaitaient fournir la technologie WiMAX dans cette bande, alors que les opposants à cette idée voulaient que cette bande soit réservée aux technologies IMT-2000.

Toutefois l'on peut s'attendre à ce que cette controverse disparaisse d'elle-même maintenant que le WiMAX est repris dans la famille IMT-2000 depuis mai 2007.

À cet égard, l'on peut du reste souligner que les arguments des opposants à la neutralité sur le point technologique ne sont pas déraisonnables en soi :

1/ une technologie offrant des économies d'échelle est dans l'intérêt d'une harmonisation paneuropéenne et simplifie l'itinérance;

2/ les nouvelles technologies doivent encore faire toutes leurs preuves;

3/ l'emploi de différentes technologies complique la coordination des fréquences avec l'étranger;

4/ si différentes technologies sont utilisées dans des bandes proches l'une de l'autre, cela complique les problèmes de compatibilité.

Ces arguments sont corrects mais on peut y opposer le fait que la Belgique laisserait une impression très défavorable si une nouvelle technologie devait par exemple s'avérer être un succès et que cette technologie n'était pas autorisée en Belgique. D'autre part, il n'est pas exclu que les autorités désignent une technologie qui pourrait s'avérer infructueuse par la suite. Quoi qu'il en soit, l'imposition d'une technologie va entraver les techniques innovatrices. Enfin, de plus en plus de régulateurs européens s'entendent pour dire que le choix de la technologie peut être laissé au marché. Dans cette optique, l'on considère qu'une harmonisation de facto se développera à terme.

Lors des consultations organisées par l'IBPT concernant les bandes 1785-1805 MHz, 2,6 GHz et 3,4-3,6 GHz, les trois opérateurs mobiles ont toujours mis l'accent sur le fait que les nouveaux entrants doivent se voir imposer les mêmes conditions en matière de droit d'entrée, redevance annuelle et obligations de couverture que celles qui ont été imposées dans le cadre des licences GSM, DCS 1800 et UMTS. Sinon, ces opérateurs estiment qu'il serait alors question de discrimination.

L'interdiction de discrimination implique que les autorités doivent traiter leurs citoyens sur un pied d'égalité, dans la mesure où elles se trouvent dans les mêmes conditions. Les personnes qui se trouvent dans d'autres conditions, peuvent donc être traitées autrement. Par contre, une différence de traitement est possible dans les conditions suivantes :

1/ la différence de traitement s'explique par une raison objective et vérifiable;

2/ la différence de traitement a un objectif admissible;

3/ la différence de traitement est proportionnelle et ne va pas plus loin que nécessaire.

Concrètement : les fréquences GSM et DCS 1800 ont été attribuées en 1995 et en 1997. Les trois opérateurs mobiles ont payé chacun un droit d'entrée d'environ 9 milliards BEF. Ils se sont engagés à fournir dans un laps de temps donné leurs services GSM ou DCS 1800 sur tout le territoire.

Les fréquences UMTS ont été attribuées en 2001. Les trois opérateurs mobiles ont payé chacun environ 150 millions d'euros, à savoir le montant minimum lors de la vente aux enchères, en raison du fait que le nombre de candidats était inférieur au nombre de lots. Ils se sont engagés à certaines obligations de couverture, qui ont entre-temps été atténuées à la demande de ces opérateurs.

Entre-temps, la situation du marché a énormément changé : les deux opérateurs mobiles dominants ont réussi à mettre sur pied un fichier clients solide et ils se sont emparés pour une large part du marché des applications mobiles. Les acteurs mobiles existants disposent en outre déjà de nombreuses fréquences dans diverses bandes. Un nouvel arrivant sur ce marché commence donc dans une position moins favorable.

De plus, la problématique du placement des antennes est encore plus sensible actuellement qu'il y a cinq ou dix ans. Un nouvel arrivant sur le marché devra de toute façon placer des antennes et donc obtenir des licences à cet effet et/ou conclure des contrats. C'est d'ailleurs beaucoup plus difficile maintenant qu'à l'époque avec les autorités locales et les particuliers qui sont de plus en plus méfiants vis-à-vis des sites d'antennes.

Outre ces circonstances sociales différentes, l'on peut encore noter un certain nombre de différences :

1/ Il n'est pas exclu que les nouveaux entrants viseront un autre marché : pas tellement le marché du grand public, mais plutôt le marché professionnel.

2/ Les fréquences qu'ils peuvent obtenir sont différentes des fréquences GSM, DCS 1800 et UMTS, il s'agit de fréquences supérieures, ce qui a un effet défavorable sur la propagation.

Vu ce qui précède, il semble clair que les circonstances ont tellement changé par rapport à il y a dix ans que l'imposition des mêmes conditions pour le GSM, le DCS 1800 ou l'UMTS ne peut plus simplement être justifiée en renvoyant à la réglementation relative à ces services.

La consultation organisée par l'IBPT le 24 décembre 2009 concernant la bande 2,6 GHz a établi que le plan de répartition des canaux de la CEPT est la meilleure option, compte tenu des conditions actuelles de marché.

Les présentes mesures ne portent pas préjudice à la transposition des directives 2009/136 et 2009/140 ou n'entravent pas leur transposition".

Ces explications à caractère général gagneraient à être complétées par des justifications plus précises et spécifiques, qui figureront dans le rapport au Roi.

Certes, le rapport au Roi du projet 47.981/4, n'est pas exempt de toute justification spécifique. Toutefois, ces justifications gagneraient, elles aussi, à être complétées de sorte qu'elles fassent apparaître clairement, non pas simplement les raisons pour lesquelles, dans l'absolu, la mesure envisagée est ou non justifiée, mais également les motifs pour lesquels il se justifie de prévoir une telle mesure spécifiquement pour les droits d'utilisation des fréquences visés par ce projet, alors qu'un régime différent est prévu par les arrêtés royaux que le projet 47.980/4 envisage de modifier.

À cet égard, l'on peut relever, à titre d'exemple, l'explication donnée dans le commentaire que le rapport au Roi comporte à propos de l'article 10 du projet 47.981/4, commentaire rédigé comme suit :

"Il convient de souligner que le présent arrêté n'impose aucune obligation de couverture à l'opérateur mais bien l'obligation de fournir aux utilisateurs et à l'Institut des informations convaincantes et précises sur la couverture réelle.

La pratique démontre qu'il est en effet difficile de rendre des obligations de couverture contraignantes. De plus, l'on peut se demander dans quelle mesure et pour les bandes concernées des obligations de couverture strictes peuvent être conciliées avec le principe de neutralité au niveau technologique et avec le principe de la libre concurrence.

Il est évident que l'obligation d'information doit être prise au sérieux par les opérateurs concernés et que sa conformité sera contrôlée par l'Institut".

Cette explication gagnerait à être précisée quant aux raisons pour lesquelles des obligations de couverture ne sont pas imposées par le projet 47.981/4, alors qu'elles sont imposées dans les arrêtés dont la modification est envisagée, notamment par l'article 12 du projet 47.980/4

Quant à la circonstance que la procédure prévue par le projet 47.981/4 ne comporte pas une première phase de mise aux enchères similaire à celle organisée par les articles 50 à 52 de l'arrêté royal du 18 janvier 2001, elle serait justifiée, selon l'avis donné par l'I.B.P.T. sur le projet 47.981/4, par le fait que les blocs de fréquences attribués en vertu de l'arrêté du 18 janvier 2001 seraient identiques, alors que ceux qui seront attribués en vertu du projet 47.981/4 ne seraient pas égaux. Outre que cette justification pourrait utilement figurer dans le rapport au Roi, il convient par ailleurs que l'auteur du projet soit en mesure de justifier que les blocs de fréquences sont égaux dans un cas, alors qu'ils ne le seront pas dans l'autre.

.../...

En conclusion, l'auteur du projet veillera à mieux établir les raisons de nature à justifier les différences de traitement rappelées ci-avant et les intégrer dans le rapport au Roi.

II. C. Observations particulières communes

Préambule

1. En ce qui concerne l'alinéa 1^{er} du préambule de chacun des arrêtés en projet, il convient de mentionner la loi du 13 juin 2005, suivie de la mention de chacun des articles de cette loi que les arrêtés en projet se donnent pour fondement légal, chacun de ces articles étant suivi de la mention des modifications qu'il a subies et qui sont encore en vigueur ⁽¹⁴⁾.

2. S'agissant des dispositions de la loi du 13 juin 2005 qui doivent être visées au préambule de l'arrêté en projet, l'on retiendra que l'article 13 de cette loi ne doit pas être visé car il ne procure pas de fondement juridique aux arrêtés en projet.

En revanche, il conviendra de viser l'article 20, § 1^{er}, de la même loi, qui procure un fondement à certaines dispositions des projets à l'examen.

3. Il conviendra de mentionner les dates auxquelles les avis et accords requis ont été donnés.

*

* *

⁽¹⁴⁾ *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet "Technique législative", recommandations 23 à 28 et la formule F 3-2-2.

III. Observations spécifiques sur le projet 47.980/4

III. A. Formalités préalables

À l'origine, l'article 14 de la directive-autorisation disposait, comme suit :

"Les États membres veillent à ce que les droits, les conditions et les procédures applicables aux autorisations générales, aux droits d'utilisation ou aux droits de mettre en place des ressources ne puissent être modifiés que dans des cas objectivement justifiés et dans des proportions raisonnables. Il est fait part en bonne et due forme de l'intention de procéder à de telles modifications et les parties intéressées, dont les utilisateurs et les consommateurs, se voient accorder un délai suffisant pour exprimer leur point de vue sur les modifications proposées, délai qui sera d'au moins quatre semaines, sauf circonstances exceptionnelles".

Cette disposition a été remplacée par la directive 2009/140/CE, entrée en vigueur le 19 décembre 2009, de sorte qu'elle prévoit désormais ce qui suit :

"Les États membres veillent à ce que les droits, les conditions et les procédures applicables aux autorisations générales, aux droits d'utilisation ou aux droits de mettre en place des ressources ne puissent être modifiés que dans des cas objectivement justifiés et dans des proportions raisonnables, compte tenu, le cas échéant, des conditions particulières applicables aux droits d'utilisation de radiofréquences cessibles. Sauf lorsque les modifications proposées sont mineures et qu'un accord est intervenu à leur sujet avec le titulaire des droits, il est fait part en bonne et due forme de l'intention de procéder à de telles modifications et les parties intéressées, dont les utilisateurs et les consommateurs, se voient accorder un délai suffisant pour exprimer leur point de vue sur les modifications proposées, délai qui sera d'au moins quatre semaines, sauf circonstances exceptionnelles".

Au regard de l'article 14 de la directive-autorisation, les dispositions du projet 47.980/4 appellent les deux observations qui suivent :

1/ D'une part, les dispositions examinées envisagent de modifier des arrêtés royaux qui ont pour objet de régler des droits, des conditions et des procédures relatives à l'octroi de droits d'utiliser des fréquences déterminées.

Il appartient donc à l'auteur du projet d'être en mesure de démontrer que ces modifications correspondent à des cas objectivement justifiés et sont envisagées dans des proportions raisonnables, compte tenu, le cas échéant, des conditions particulières applicables aux droits d'utilisation de radiofréquences cessibles.

.../...

Certes, le dossier communiqué au Conseil d'État, essentiellement le rapport au Roi et l'avis de l'I.B.P.T. sur le texte en projet, aide à mieux comprendre les motifs susceptibles de justifier les modifications ici envisagées.

Toutefois, dès lors que l'auteur du projet doit être en mesure de démontrer que les modifications projetées répondent aux conditions rappelées ci-avant, le texte en projet devrait être revu au regard de ces conditions et le rapport au Roi gagnerait à être complété ou revu dans sa rédaction afin de faire mieux apparaître que les modifications projetées répondent aux conditions requises par l'article 14 de la directive-autorisation.

2/ D'autre part, la question se pose de savoir si le texte en projet a été soumis à la consultation requise par l'article 14 de la directive-autorisation.

Selon les informations communiquées par la déléguée du ministre, le texte devenu le projet 47.980/4 a été soumis plusieurs fois à la consultation au cours des deux dernières années, la consultation la plus récente s'étant tenue du 24 décembre 2009 au 21 janvier 2010. Cette consultation a été suivie des auditions des personnes qui ont répondu à celle-ci et le texte a ensuite été amendé.

S'agissant des dispositions du projet 47.980/4 à l'égard desquelles la demande d'avis est recevable ⁽¹⁵⁾, il y a lieu de constater que le texte en projet diffère du projet d'arrêté soumis à la consultation publique qui s'est tenue entre le 24 décembre 2009 et le 21 janvier 2010, et ce, sur des points qui n'apparaissent pas, de manière évidente, comme étant de purs détails ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁵⁾ La question de l'accomplissement de la formalité requise en vertu du droit européen n'est évidemment pas ici examinée en ce qui concerne les dispositions de l'arrêté en projet pour lesquelles la demande d'avis n'est pas recevable - essentiellement celles qui sont dépourvues de caractère réglementaire, ainsi que celles qui sont prématurées -. Voir l'observation I.

⁽¹⁶⁾ Comparez notamment à ce propos l'article 14 du texte soumis à la consultation, ainsi que les articles 15*bis* et 17 du projet 47.980/4 soumis à l'avis de la section de législation.

Il en résulte que le projet qui a été soumis à la consultation de toutes les parties intéressées, dont les utilisateurs et les consommateurs, a été modifié à la suite de remarques émises par certaines de ces parties et après que celles-ci ont en outre été entendues.

Toutefois, l'article 14 de la directive-autorisation, tel que remplacé par la directive 2009/140/CE, permet de ne pas soumettre à la consultation publique les projets qui proposent des modifications mineures et qui ont reçu l'accord des titulaires des droits d'utilisation.

Selon les explications communiquées par la déléguée du ministre, les modifications apportées au projet soumis à consultation revêtiraient un caractère essentiellement technique, elles ne remettraient pas en cause les éléments essentiels du projet et feraient suite aux observations des opérateurs qui sont intervenus lors de la consultation publique.

L'attention de l'auteur du projet est attirée sur ce que, s'il ne pouvait établir, par des éléments précis et concrets, que les modifications concernées répondent aux explications fournies par la déléguée du ministre, il serait alors préférable, afin d'éviter tout risque de contestation future sur ce point, d'organiser une nouvelle consultation publique pour permettre notamment aux utilisateurs et aux consommateurs de faire part de leurs observations sur les amendements intervenus.

III. B. Observation générale

De manière générale, il ressort du dossier communiqué au Conseil d'État que le futur "nouvel opérateur 3G" potentiel dont l'arrivée sur le marché est envisagée et organisée par le texte en projet, est placé dans une situation différente de celle des opérateurs 3G déjà autorisés ⁽¹⁷⁾.

⁽¹⁷⁾ Voir notamment, en ce qui concerne l'attribution des fréquences, l'article 17 du projet, ainsi que, dans le rapport au Roi, le commentaire relatif à cette disposition et aux autres dispositions qui y sont citées; voir également le point 2 de l'avis de l'I.B.P.T. sur le projet 47.980/4; voir également l'article 12 du projet 47.980/4 en ce qui concerne les obligations de couverture du nouvel entrant et comparez avec l'article 3, en vigueur, de l'arrêté royal du 18 janvier 2001.

Ces différences de traitement doivent pouvoir faire l'objet de justifications raisonnables.

À cet égard, les explications figurant dans le commentaire des articles gagneraient à être étayées en tenant compte des dispositions de droit européen pertinentes, notamment l'article 8 de la directive-cadre ⁽¹⁸⁾.

III. C. Observations particulières

Préambule

1. Les arrêtés royaux dont la modification est envisagée doivent être mentionnés au préambule sans énumérer les modifications qu'ils ont subies ⁽¹⁹⁾.

Les alinéas 2 à 4 du préambule seront revus en conséquence.

2. L'alinéa relatif à l'avis de la section de législation sera rédigé comme suit :

"Vu les avis 45.621/4, 47.080/4 et 47.980/4 du Conseil d'État, donnés respectivement les 7 janvier 2009, 24 juillet 2009 et 7 avril 2010, en application de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973;" ⁽²⁰⁾.

⁽¹⁸⁾ Voir, à ce propos, l'avis de l'I.B.P.T. sur le projet 47.980/4.

⁽¹⁹⁾ *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet "technique législative", recommandation n/ 30.

⁽²⁰⁾ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet "technique législative", recommandation n/ 36.1 et formule F 3-5-2.

Dispositif

Article 2

L'article 7, § 1^{er}, alinéa 4, 3/, 1^{er} tiret, en projet, de l'arrêté royal du 7 mars 1995, se borne à rappeler une règle qui résulte déjà de l'article 30, § 1^{er}/1, de la loi du 13 juin 2005.

Comme la section de législation l'a souvent rappelé, il n'appartient pas au Roi de reproduire, dans un arrêté réglementaire, une règle déjà inscrite dans une disposition de nature législative.

En effet, pareil procédé peut induire en erreur sur la nature de la règle en question. Il laisse par ailleurs à penser qu'il est au pouvoir du Roi de modifier cette règle alors que ce pouvoir appartient au seul législateur.

L'article 7, § 1^{er}, alinéa 4, 3/, 1^{er} tiret, en projet, de l'arrêté royal du 7 mars 1995, sera donc omis.

III. C. Observation finale

Les dispositions du projet d'arrêté doivent être renumérotées de sorte que celui-ci ne comporte plus d'articles "*bis*" ⁽²¹⁾.

*
* *

⁽²¹⁾ Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet "Technique législative", recommandation n/ 53.

IV. Observations spécifiques sur le projet 47.981/4

IV. A. Formalités préalables

L'article 7, paragraphe 1, de la directive-autorisation avant sa modification par la directive 2009/140/CE dispose comme suit :

"Lorsqu'un État membre examine s'il convient de limiter le nombre de droits d'utilisation des radiofréquences à octroyer, il doit notamment :

[...]

b) donner à toutes les parties intéressées, dont les utilisateurs et les consommateurs, la possibilité d'exprimer leur point de vue sur une limitation éventuelle, conformément à l'article 6 de la directive 2002/21/CE (directive «cadre»);".

Cette disposition trouve un écho dans l'article 20, § 2, de la loi du 13 juin 2005, qui prévoit :

"§ 2. Pendant le déroulement de la procédure visant à limiter le nombre de droits d'utilisation pour les radiofréquences utilisées entièrement ou partiellement pour des services de communications électroniques offerts au public, l'Institut veille à ce que :

1/ toutes les parties intéressées, y compris les utilisateurs et les consommateurs, puissent s'exprimer sur la restriction proposée dans le cadre d'une consultation publique, conformément à l'article 139;

[...]".

Selon les informations communiquées par la déléguée du ministre, en vertu de ces dispositions, le texte devenu le projet 47.981/4 a été soumis à plusieurs consultations publiques, dont la dernière s'est tenue du 24 décembre 2009 au 21 janvier 2010. Cette consultation a été suivie des auditions des personnes qui ont répondu à celle-ci et le texte a ensuite été amendé.

À ce propos, il y a lieu de constater que le texte en projet diffère du projet d'arrêté soumis à la consultation publique qui s'est tenue entre le 24 décembre 2009 et le 21 janvier 2010 ⁽²²⁾.

Dès lors, la question se pose de savoir si, compte tenu des termes même de l'article 7, paragraphe 1, b), de la directive-autorisation, la version amendée du projet 47.981/4 ne doit pas être soumise à une nouvelle consultation publique, pour permettre notamment aux utilisateurs et aux consommateurs de faire part de leurs observations sur les amendements intervenus.

Selon les explications communiquées par la déléguée du ministre sur ce point, les modifications apportées revêtiraient toutefois un caractère essentiellement technique, elles seraient de portée mineure et ne remettraient pas en cause les éléments essentiels du projet; enfin, elles feraient suite aux observations des opérateurs qui sont intervenus lors de la consultation publique.

L'attention de l'auteur du projet est attirée sur ce que, s'il ne pouvait établir, par des éléments précis et concrets, que les modifications concernées répondent aux explications fournies par la déléguée du ministre, il serait alors préférable, afin d'éviter tout risque de contestation future sur ce point, d'organiser une nouvelle consultation publique pour permettre notamment aux utilisateurs et aux consommateurs de faire part de leurs observations sur les amendements intervenus.

IV. B. Observation générale

L'avis de l'I.B.P.T. sur le projet 47.981/4 mentionne notamment ce qui suit :

"7. Le projet actuel comprend une limitation de 40 MHz pour un opérateur FDD, alors qu'un opérateur TDD peut acquérir maximum 45MHz. L'Institut constate qu'une quantité de spectre maximale différente est attribuée aux opérateurs FDD et TDD.

⁽²²⁾ Comparez notamment à ce propos les articles 4, 7, 9 et 26, du texte soumis à la consultation, ainsi que les articles 4, 7, 9 et 26, soumis à l'avis de la section de législation.

8. L'article 8.1, alinéa deux, de la Directive Cadre stipule que les États membres doivent tenir le plus grand compte du fait qu'il est souhaitable d'assurer la neutralité technologique de la réglementation. Ceci implique qu'il convient de s'efforcer de garantir l'égalité de traitement du FDD et du TDD et qu'une différence de traitement entre les deux technologies doit être dûment justifiée et proportionnelle à l'objectif visé.

9. L'Institut estime cependant qu'une différence de traitement est justifiée et proportionnelle. Il peut en effet être raisonnablement supposé que les opérateurs qui participeront aux enchères pour le spectre FDD sont des opérateurs qui disposent déjà du spectre de 900 MHz, 1800 MHz et/ou 2100 MHz (opérateurs 2G et 3G) : ces opérateurs utilisent en effet exclusivement la technologie FDD. Un opérateur TDD sera donc selon toute probabilité un opérateur qui n'est pas encore un opérateur 2G ou 3G existant. La quantité supérieure de spectre TDD peut ensuite être justifiée étant donné que l'opérateur TDD en question ne dispose pas de spectre dans une bande inférieure".

Il ressort donc de cet avis de l'I.B.P.T. qu'une différence de traitement est opérée entre les opérateurs FDD et les opérateurs TDD, différence de traitement qui serait toutefois justifiée, selon l'I.B.P.T. également.

Comme déjà mentionné ci-avant à l'observation générale commune II.B.1, faute d'une connaissance particulière des situations de fait auxquelles se rapporte le texte en projet et des données scientifiques et techniques à prendre en considération, la section de législation du Conseil d'État n'est pas en mesure d'apprécier, dans toutes leurs mesures et nuances, les éléments invoqués dans l'avis de l'I.B.P.T.

Il convient toutefois de constater que l'avis de l'I.B.P.T. révèle une différence de traitement qui n'est ni exposée, ni justifiée par ailleurs dans le dossier soumis à la section de législation, spécialement pas dans le rapport au Roi.

L'auteur du projet reverra le dispositif en projet à la lumière des considérations qui figurent dans l'avis de l'I.B.P.T. Si la différence de traitement pointée par l'Institut repose sur des justifications raisonnables, elle pourra être maintenue dans le texte en projet et le rapport au Roi sera complété en conséquence.

IV. C. Observations particulières

Préambule

L'alinéa relatif à l'avis de la section de législation sera rédigé comme suit :

"Vu l'avis 47.981/4 du Conseil d'État, donné le 7 avril 2010, en application de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1/, des lois sur le Conseil d'État, coordonnées le 12 janvier 1973;" ⁽²³⁾.

Dispositif

Article 3

1. L'article 3 du projet doit être mis en rapport avec les dispositions et principes suivants.

1/ Il résulte de l'article 6, paragraphe 1, et de l'annexe, partie B, 4, de la directive-autorisation, qu'en ce qui concerne la durée des droits d'utilisation de radio-fréquences, les États membres ne peuvent arrêter que "la durée maximale de ces droits, conformément à l'article 5 [de la même directive], sous réserve de toute modification du plan national de fréquences".

Par ailleurs, l'article 5, paragraphe 2, alinéa 2, *in fine*, originaire, de la même directive, prévoyait que

"Lorsque les États membres octroient des droits d'utilisation pour une durée limitée, celle-ci est adaptée au service concerné".

⁽²³⁾ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet "technique législative", recommandation n/ 36.1 et formule F 3-5-2.

Cet article 5 a été remplacé par la directive 2009/140/CE, de sorte que son paragraphe 2, alinéa 4, dispose désormais comme suit :

"Lorsque les États membres octroient des droits d'utilisation pour une durée limitée, celle-ci est adaptée au service concerné eu égard à l'objectif poursuivi en tenant dûment compte de la nécessité de prévoir une période appropriée pour l'amortissement de l'investissement".

La directive 2009/140/CE a été publiée au *Journal officiel de l'Union européenne* le 18 décembre 2009. Elle est entrée en vigueur le 19 décembre 2009, conformément à son article 6 qui fixe la date de son entrée en vigueur au jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel*.

Conformément à son article 5, paragraphe 1, cette directive doit être transposée au plus tard pour le 25 mai 2011.

2/ Les articles 5 et 6, paragraphe 1, ainsi que l'annexe, partie B, 4, de la directive-autorisation, dans la version de ces dispositions avant leur modification par la directive 2009/140/CE, ont été transposées notamment par l'article 18 de la loi du 13 juin 2005.

Ainsi, il résulte de l'article 18, § 1^{er}, 4/, de la loi du 13 juin 2005 que les conditions d'obtention et d'exercice des droits d'utilisation de fréquences fixées par le Roi ne peuvent porter que sur "la durée maximale sous réserve de modifications du plan national de fréquences".

Par ailleurs, l'article 18, § 2, de la même loi prévoit que "Lorsque l'Institut octroie des droits d'utilisation de radiofréquences pour un délai déterminé, leur durée est adaptée au service concerné" ⁽²⁴⁾.

2. L'article 3 du projet 47.981/4 doit être examiné au regard de l'ensemble de ces dispositions et principes.

⁽²⁴⁾ L'article 18 de la loi du 13 juin 2005 n'a pas encore été modifié afin d'assurer la transposition de la directive 2009/140/CE.

À cet égard, le paragraphe 1^{er} dudit article 3 retient plus particulièrement l'attention.

Il est rédigé comme suit :

"Art. 3. § 1^{er}. Les droits d'utilisation sont valables pendant une période de quinze ans à partir de la date de leur notification.

À l'expiration de cette première période, les droits d'utilisation peuvent être prolongés par l'Institut, par périodes de cinq ans. Si l'Institut ne prolonge pas les droits d'utilisation, il prend une décision motivée à cet effet, au plus tard deux ans avant l'expiration de la période, après avoir entendu l'opérateur concerné".

2.1. Il résulte de cette disposition que l'arrêté en projet fixe, de manière absolue, la durée des droits d'utilisation concernés, ainsi que, de manière absolue également, la durée de la prolongation éventuelle de ces droits. Par ailleurs, l'arrêté en projet n'envisage pas la renonciation de l'opérateur aux droits qui lui ont été octroyés, avant l'expiration du terme fixé par la disposition à l'examen.

Le mécanisme ainsi mis en place est de nature à porter atteinte aux dispositions législatives de droit européen et de droit interne rappelées ci-avant, en ce qu'elles permettent aux États membres de fixer uniquement la durée maximale des droits d'utilisation.

Afin de remédier à cette difficulté, de l'accord de la déléguée du ministre, à l'article 3, § 1^{er}, du projet, il conviendrait d'ajouter le mot "maximum" après les mots "quinze ans" ainsi qu'après les mots "cinq ans". Par ailleurs, l'alinéa 2, seconde phrase, de l'article 3, § 1^{er}, devrait être également revu en ce qui concerne le délai imparti à l'I.B.P.T. pour prendre la décision éventuelle de ne pas prolonger les droits d'utilisation.

2.2. Au regard des mêmes dispositions et principes, l'auteur du projet doit par ailleurs être en mesure de justifier la durée maximale envisagée, plus spécialement la circonstance que cette limitation est "adaptée au service concerné". Afin d'éviter toute

critique au regard de la directive 2009/140/CE ⁽²⁵⁾, l'auteur du projet veillera en outre à ce que cette justification ait "égard à l'objectif poursuivi en tenant dûment compte de la nécessité de prévoir une période appropriée pour l'amortissement de l'investissement".

3. Pour le surplus, il est renvoyé à l'observation générale commune préalable II.B.1, point 1, ci-avant.

4. La loi du 29 juillet 1991 sur la motivation formelle des actes administratifs étant applicable en l'espèce, il n'y a pas lieu de prévoir que l'Institut doit prendre une décision "motivée".

5. La disposition à l'examen sera revue à la lumière des observations qui précèdent.

Article 7

1. L'article 7 du projet a trait au montant et à certaines modalités des redevances annuelles à payer par l'opérateur d'accès radioélectrique pour la mise à disposition et la coordination des fréquences.

Cette disposition entend procurer exécution à l'article 30, §§ 1^{er} et 2, de la loi du 13 juin 2005, qui confère au Roi une large habilitation en la matière.

⁽²⁵⁾ Comme la section de législation l'a souvent rappelé, même si le délai de transposition d'une directive n'est pas encore venu à expiration et même si les États membres destinataires ne sont pas tenus d'adopter les mesures adéquates avant son expiration, il n'en reste pas moins qu'il leur incombe de s'abstenir de prendre, pendant le délai de transposition, des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par cette directive. Voir en ce sens, l'avis 39.718/AG précité (*Doc. parl.*, Chambre, n/ 51-2478/1, p. 176 [observation 3.1]); voir également, tout récemment, l'avis 47.626/4, donné le 27 janvier 2010, sur un avant-projet de loi "portant des dispositions diverses en matière de télécommunication".

Ceci étant, en ce qui concerne les paragraphes 1^{er} et 2, de la disposition à l'examen, il convient de ne pas perdre de vue deux éléments :

- 1/ En droit interne, il convient de rappeler que, comme la section de législation l'a déjà observé, la redevance se définit comme étant une rétribution financière d'un service accompli par l'autorité en faveur du redevable considéré individuellement. En outre, il doit exister une proportion raisonnable entre, d'une part, la valeur du service fourni et, d'autre part, la redevance exigée; à défaut de pareille proportion, la redevance perd son caractère de rétribution pour revêtir un caractère fiscal ⁽²⁶⁾.
- 2/ 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»)".

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

⁽²⁶⁾ Sur la notion de redevance, voir notamment l'avis 37.844/3, donné le 1^{er} février 2005, sur un projet devenu l'arrêté royal du 10 août 2005 modifiant l'arrêté royal du 20 juillet 1993 fixant le montant des rétributions visées à l'article 13bis de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments, l'avis 37.295/4, donné le 28 juin 2004, sur un avant-projet devenu la loi du 13 juin 2005 relatives aux communications électroniques (*Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 51-1425/1 et 1426/1, pp. 227-228), et, tout récemment, l'avis 47.625/4, donné le 24 février 2010, sur un avant-projet de loi modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques et modifiant la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges; voir également la Cour constitutionnelle, arrêt n° 164/2003 du 17 décembre 2003, ainsi que l'arrêt n° 54/2008 précité en note 28; P. GOFFAUX, *Dictionnaire de droit administratif*, Bruylant, Bruxelles 2006, pp. 220 à 223 et les références citées, e.a. Cass., 28 janvier 1988, *P.*, 1988, I, 619 et Cass., 10 mai 2002, RG C. 010034 F.

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 ⁽²⁷⁾ lorsqu'il est question de modifier les droits, les conditions et les procédures applicables aux droits d'utilisation.

Compte tenu des exigences ainsi rappelées, le dispositif en projet appelle les observations suivantes :

1/ Au regard du droit européen, 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. Sur ce point, l'auteur du projet doit être en mesure d'établir qu'il a fixé ces montants sur la base d'une analyse précise et concrète du coût du service consistant en la mise à disposition et la coordination des fréquences.

Par ailleurs, cette justification devra avoir égard à la circonstance que les redevances envisagées sont appelées à se cumuler avec la "redevance unique" prévue à l'article 30, § 1^{er}/1, § 1^{er}/2, § 1^{er}/3 et § 1^{er}/4, de la loi du 13 juin 2005 et, plus largement,

⁽²⁷⁾ 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.

au droit de concession payé ensuite de la mise aux enchères prévue par la texte en projet ⁽²⁸⁾.

Au regard du droit interne, il appartient également à l'auteur du projet d'être en mesure d'établir que le montant de 26.000 euros par MHz attribué est raisonnablement proportionné à la valeur du service de mise à disposition et de coordination des fréquences.

2/ Eu égard au principe de proportionnalité qui résulte tant des règles de droit européen que des règles de droit interne rappelées ci-avant, la disposition à l'examen pose encore question en ce que son paragraphe 1^{er}, alinéa 2, prévoit que "le montant de la redevance de 26.000 euros par MHz est indépendant du nombre de stations de radiocommunications exploitant la fréquence en question".

En effet, une telle disposition ne peut être admise qu'à la condition que le nombre de stations précitées n'ait pas d'influence significative sur la valeur du service de mise à disposition et de coordination des fréquences.

De même, l'article 7, § 2, alinéa 3, du projet, qui prévoit que "les fréquences mises hors service ne sont à partir du 1^{er} janvier de l'année suivante pas soumises au paiement d'une redevance annuelle", pose question au regard du principe de proportionnalité rappelé ci-avant.

En effet, il résulte de cette disposition que ce n'est qu'à partir du 1^{er} janvier suivant la date de la mise hors service des fréquences que la redevance ne devra plus être payée. Dans le même temps, le texte en projet ne prévoit pas le remboursement de la redevance annuelle déjà payée, au prorata du délai restant à courir entre la date de la mise hors service de la fréquence et le 1^{er} janvier suivant.

⁽²⁸⁾ S'agissant du cumul des montants qui devront ainsi être payés par l'opérateur d'accès radioélectrique, il est renvoyé aux observations relatives à cette question, faites tout récemment par la section de législation du Conseil d'État dans l'avis 47.728/4 précité.

Or, la section de législation n'aperçoit pas, *a priori*, les motifs susceptibles de justifier que la mise hors service des fréquences ne donne pas lieu à un remboursement, total ou partiel, selon les cas, de la redevance annuelle qui aurait été payée pour la période suivant la mise hors service ⁽²⁹⁾.

La disposition à l'examen doit être réexaminée à la lumière des observations qui précèdent : le texte en projet doit pouvoir faire l'objet des justifications requises en vertu des règles de droit européen et interne rappelées ci-avant; à défaut, l'article 7, §§ 1^{er} et 2, du projet sera revu.

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 ⁽³⁰⁾.

Cette disposition sera omise.

⁽²⁹⁾ Voir, *mutatis mutandis*, l'avis 42.548/4, donné le 16 avril 2007, par la section de législation du Conseil d'État 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. Voir aussi l'avis 47.728/4 précité, observations 5 et 6 de cet avis.
Comparez avec l'article 4, 2/ et l'article 9, 2/, du projet 47.980/4 qui modifient respectivement les arrêtés royaux du 7 mars 1995 et 24 octobre 1997.
La section de législation observe toutefois qu'aucune disposition similaire n'est prévue en ce qui concerne l'arrêté royal du 18 janvier 2001.

⁽³⁰⁾ Voir l'avis 42.548/4 précité, ainsi que l'avis 45.792/4, donné le 6 janvier 2009, sur un projet devenu l'arrêté royal du 24 mars 2009 concernant l'accès radioélectrique dans les bandes de fréquences 3410-3500 / 3510-3600 MHz et 10150-10300 / 10500-10650 MHz.

Article 9

L'article 9 du projet prévoit que lorsque l'I.B.P.T. retire le droit d'utilisation d'une fréquence au motif que celle-ci n'a pas été mise en service par l'opérateur d'accès radioélectrique dans un délai de trois ans, "cette révocation par l'Institut [...] ne donne lieu à aucune indemnisation de tout ou partie des redevances éventuellement acquittées en application de l'article 7 [de l'arrêté en projet]".

Au regard de l'article 10 ⁽³¹⁾ de la directive-autorisation et des articles 10 et 11 de la Constitution, ainsi que des principes de non-discrimination et de proportionnalité inscrits à ces dispositions, la section de législation n'aperçoit pas les motifs susceptibles de justifier 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 ⁽³²⁾.

Article 10

L'article 10, § 1^{er}, de l'arrêté en projet dispose comme suit :

"L'opérateur informe clairement et précisément le public sur la couverture offerte par son service. L'information fournie permet au public de fixer clairement où il peut utiliser le service en question. Lors de sa communication d'informations, l'opérateur fait au moins la distinction entre la couverture sur les autoroutes, à savoir les artères portant les lettres E, A et R, et la couverture restante".

Interrogée à propos du fondement légal de cette exigence, la déléguée du ministre a communiqué l'explication suivante :

"A) En ce qui concerne le fondement légal de l'article 10 du projet d'AR.

⁽³¹⁾ Ceci vaut tant pour l'article 10 tel qu'il était rédigé avant sa modification par la directive 2009/140/CE, que dans sa version issue de cette modification.

⁽³²⁾ Voir l'avis 42.548/4, précité. Voir aussi l'avis 47.728/4 précité, observations 5 et 6 de cet avis.

L'article 18, § 1^{er}, de la loi du 13 juin 2005 stipule :

«Art. 18. § 1^{er}. Les conditions d'obtention et d'exercice des droits d'utilisation de radiofréquences utilisées entièrement ou partiellement pour des services de communications électroniques offerts au public, sont fixées par le Roi, par un arrêté pris après l'avis de l'Institut et après délibération en Conseil des ministres, et peuvent uniquement porter sur :

1/ le service, le réseau ou la technologie concernée, pour lesquels les droits d'utilisation de la radiofréquence sont accordés, y compris, le cas échéant, l'utilisation exclusive d'une radiofréquence pour la transmission d'un contenu déterminé ou de services spécifiques;

2/ l'utilisation effective et efficace des radiofréquences conformément aux dispositions légales et réglementaires applicables;»

En vertu des parties 1/ et 2/ cités, des obligations portant sur le service ou le réseau et sur l'utilisation effective et efficace des radiofréquences peuvent être imposées.

L'article 18, § 1^{er}, 1/ et 2/, permet au Roi de préciser ce qu'il faut entendre par «portant sur le service ou le réseau et sur l'utilisation effective et efficace des radiofréquences ».

En vertu de ces dispositions, le Roi peut imposer des obligations de couverture ou d'information portant sur la couverture.

B) En ce qui concerne la réglementation européenne

L'article 18 de la loi du 13 juin 2005 est la transposition de l'Annexe B à la Directive autorisation. La partie 1 a été légèrement réécrite par la Directive 2009/140 et est désormais rédigé comme suit :

«1. Obligation de fournir un service (...) pour (lequel) les droits d'utilisation de la fréquence ont été accordés, y compris, le cas échéant, des exigences de couverture et de qualité.»

L'Annexe B précise quelles sont les exigences de couverture ou de quelle manière celles-ci doivent être réalisées. Il n'existe donc pas d'obligation d'exprimer des exigences de couverture sous la forme de pourcentages de couverture qui doivent être réalisés à un moment donné.

Les États membres sont libres de déterminer quelles sont les exigences de couverture et la manière dont celles-ci peuvent être imposées.

C) En ce qui concerne l'article 10 du projet d'AR

L'article 10 du projet d'AR fixe, en exécution de l'article 18, 1/ et 2/, de la loi du 13 juin 2005 et conformément à la partie 1 de l'Annexe B de la nouvelle Directive autorisation, les exigences imposées aux opérateurs 4G en matière de couverture. Concrètement, il stipule que les opérateurs doivent informer le public de la couverture réalisée. Les opérateurs ont ainsi tout intérêt à réaliser une

.../...

couverture la plus optimale possible et l'on peut dès lors raisonnablement supposer que cela se fera : en raison de l'obligation d'information à ce sujet, la couverture effective réalisée contribuera à déterminer l'image des opérateurs en question.

La couverture ainsi réalisée favorisera parallèlement une utilisation efficace des radiofréquences.

L'on peut en outre supposer que cette façon d'imposer des obligations de couverture est plus efficace que l'imposition de pourcentages de couverture déterminés dont l'application est en pratique, difficile à contrôler".

L'explication complémentaire suivante a en outre été communiquée :

"L'article 22.1 de la Directive service universel constitue également une base légale pour l'obligation d'information en question. Cet article stipule en effet que :

«Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales soient en mesure, après avoir pris en compte l'opinion des parties intéressées, d'exiger des entreprises offrant des réseaux et/ou services de communications électroniques accessibles au public la publication, à l'attention des utilisateurs finals, d'informations comparables, adéquates et actualisées sur la qualité de leurs services et sur les mesures prises pour assurer un accès d'un niveau équivalent pour les utilisateurs finals handicapés. Ces informations sont fournies, sur demande, à l'autorité réglementaire nationale avant leur publication»" ⁽³³⁾.

Compte tenu de ces explications, et sous réserve de l'observation générale commune II.B.2 faite ci-avant, la disposition à l'examen paraît pouvoir être admise.

Ceci étant précisé, il y a néanmoins lieu de constater que l'obligation d'information imposée à l'article 10, § 1^{er}, du projet, manque de précision, notamment quant aux modalités de la publication de l'information destinée au "public". La disposition gagnerait à être plus précise sur ce point.

⁽³³⁾ Avant d'être remplacée par la directive 2009/136/CE entrée en vigueur le 19 décembre 2009, cette disposition était rédigée comme suit :
"Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales soient en mesure, après avoir pris en compte l'opinion des parties intéressées, d'exiger des entreprises offrant des services de communications électroniques accessibles au public la publication d'informations comparables, adéquates et actualisées sur la qualité de leurs services à l'attention des utilisateurs finals. Ces informations sont fournies également, sur demande, à l'autorité réglementaire".

Article 17

À l'article 17 du projet, il convient de remplacer les mots "vente aux enchères" par les mots "mise au enchères" ⁽³⁴⁾.

Article 30

Au 2/, pour tenir compte de l'hypothèse prévue à l'article 23, § 2, alinéa 2, il conviendrait d'ajouter les mots "ou sont réputés l'avoir fait".

Article 34

La section de législation n'aperçoit pas la différence entre les infractions visées aux 1/ et 2/ du paragraphe 1^{er}, compte tenu de la qualification déjà fort large des infractions visées à l'article 21 de l'arrêté examiné ⁽³⁵⁾.

Article 35

Au paragraphe 2 de l'article 35 du projet, il y a lieu de remplacer les mots "à tout candidat" par les mots "à l'opérateur d'accès radioélectrique".

⁽³⁴⁾ Voir en ce sens l'avis 30.700/4, donné le 9 octobre 2000, sur un projet devenu 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 troisième génération (observation relative à l'article 31 du projet examiné dans l'avis 30.700/4).

⁽³⁵⁾ Voir en ce sens l'avis 30.700/4 précité (observation relative à l'article 63 du projet examiné dans l'avis 30.700/4).

Annexe

L'annexe doit porter *in fine* la mention "Vu pour être annexé à l'arrêté royal du ... (date suivie de l'intitulé de l'arrêté)" et être revêtue des mêmes date et signature que celles figurant sur le texte auquel elle est jointe ⁽³⁶⁾.

⁽³⁶⁾ Voir *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet "Technique législative", recommandation n° 172 et formule F 4-8-2.

47.981/4

La chambre était composée de

Messieurs	P. LIÉNARDY,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
Mesdames	M. BAGUET,	
	C. GIGOT,	greffier.

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

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

C. GIGOT

P. LIÉNARDY

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 47.980/4
47.981/4
VAN 7 APRIL 2010

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, vierde kamer, op 15 maart 2010 door de Minister voor Ondernemen en Vereenvoudigen verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen, van advies te dienen over :

- 1/ een ontwerp van koninklijk besluit "tot wijziging van het koninklijk besluit van 7 maart 1995 betreffende het opzetten en exploiteren van GSM-mobilofoonnetten, van het koninklijk besluit van 24 oktober 1997 betreffende het opzetten en de exploitatie van DCS 1800- mobilofonienetten en 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" (47.980/4);
- 2/ een ontwerp van koninklijk besluit "betreffende radiotoegang in de frequentieband 2500-2690 MHz" (47.981/4),

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 de ontwerpen, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geven de ontwerpen aanleiding tot de volgende opmerkingen.

- I. Gedeeltelijke niet-ontvankelijkheid van de adviesaanvraag betreffende het ontwerpbesluit "tot wijziging van het koninklijk besluit van 7 maart 1995 betreffende het opzetten en exploiteren van GSM- mobilfoonnetten, van het koninklijk besluit van 24 oktober 1997 betreffende het opzetten en de exploitatie van DCS1800-mobilofonienetten en 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" (hierna genoemd "ontwerp 47.980/4") ⁽¹⁾.

1. De afdeling Wetgeving van de Raad van State is verzocht om binnen dertig dagen een advies uit te brengen over een ontwerpbesluit dat haar een eerste maal is voorgelegd en waarover op 7 januari 2009 advies 45.621/4 is uitgebracht en dat haar een tweede maal is voorgelegd en waarover op 24 juli 2009 advies 47.080/4 is gegeven.

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

⁽¹⁾ Verder in dit advies worden deze koninklijke besluiten respectievelijk aangegeven door de datum ervan te vermelden.

Dat geldt niet wanneer overwogen wordt in de tekst volledig nieuwe bepalingen in te voegen waarvan de inhoud losstaat van de opmerkingen of voorstellen die door de afdeling Wetgeving in het eerste advies zijn gemaakt of gedaan : in zo'n geval moet de afdeling Wetgeving weer worden geraadpleegd omtrent de nieuwe bepalingen.

Dat geldt ook niet wanneer na het eerste advies nieuwe juridische gegevens opduiken die kunnen rechtvaardigen dat de tekst door de afdeling Wetgeving wederom wordt onderzocht : in zo'n geval moeten de bepalingen van de tekst waarvoor die nieuwe gegevens consequenties hebben, aan de afdeling Wetgeving worden voorgelegd.

Artikel 2, 1/, a), b) en d), 2/ en 3/, artikel 5, artikel 7, 1/, artikel 10, artikel 15, artikel 16, artikel 22, 2/ en 3/, artikel 23, artikel 24, artikel 26, artikel 27, artikel 28, artikel 29, artikel 31 en artikel 34 van het ontworpen besluit worden bijgevolg niet onderzocht.

2. De afdeling Wetgeving heeft in haar voormelde advies 45.621/4 besloten dat de adviesaanvraag gedeeltelijk onontvankelijk was om de volgende redenen :

"Artikel 3, § 2, van het koninklijk besluit van 7 maart 1995 betreffende het opzetten en exploiteren van GSM-mobilofoonnetten bepaalt het volgende :

«De vergunning die krachtens dit bestek wordt verleend ⁽²⁾, is geldig gedurende een periode van vijftien jaar, te rekenen vanaf de datum waarop die vergunning is uitgereikt.

Na het verstrijken van die eerste periode kan de vergunning stilzwijgend worden verlengd voor opeenvolgende termijnen van vijf jaar.

De Minister en de operator mogen afzien van de stilzwijgende verlenging, op grond van een opzegging van twee jaar betekend met een ter post aangetekende brief. De beslissing de vergunning niet te verlengen houdt met name rekening met de voorwaarden waaronder de operator voldaan heeft aan de voorwaarden van zijn vergunning en van het bestek, alsook met de algemene ontwikkeling van de sector van de mobiele diensten.»

⁽²⁾ Voetnoot 1 van het aangehaalde advies : Namelijk, volgens artikel 2, § 1, van hetzelfde besluit, de vergunning die "het opzetten en exploiteren van een GSM-mobilofoonnet in België (dekt) dat werkt op basis van de Europese norm voor digitale openbare radioverbinding, GSM, in de 900 MHz-band".

Artikel 1, 1/, van het ontworpen besluit wil die bepaling zo wijzigen dat het eerste lid ervan voortaan het volgende bepaalt :

«De vergunning die krachtens dit bestek wordt verleend, is geldig gedurende een periode van vijftien jaar, te rekenen vanaf de datum waarop die vergunning is uitgereikt, [behoudens de vergunningen van de GSM 1-operator en .../... de GSM2-operator die geldig blijven tot 2 juli 2013 op voorwaarde dat deze operatoren :

a) binnen de vier weken na de inwerkingtreding van onderhavige bepaling schriftelijk hun uitdrukkelijke toestemming bevestigen aan het Instituut om hun vergunning te laten verlengen tot 2 juli 2013, en

b) ten laatste zes maanden voor het aflopen van de initiële vergunningstermijn van 15 jaar het in artikel 15, § 1 *bis* van dit besluit bedoelde concessierecht betalen. De betreffende betaling gebeurt door de GSM1-operator ten laatste op 2 januari 2011, voor de GSM2- operator ten laatste op 27 mei 2010.]»

Het koninklijk besluit van 7 maart 1995, dat men hier wil wijzigen, definieert weliswaar niet rechtstreeks en uitdrukkelijk de begrippen «GSM1-operator» en «GSM2-operator», maar definieert wel het begrip «GSM1» als «eerste GSM-net op 900 Mhz in België geëxploiteerd door BELGACOM of haar dochteronderneming onder de handelsnaam PROXIMUS», en het begrip «GSM2» als "tweede GSM-net op 900 MHz in België geëxploiteerd door de tweede operator».

Daarnaast definieert het koninklijk besluit van 24 oktober 1997 betreffende het opzetten en de exploitatie van DCS-1800-mobilofonienetten, dat men ook van zins is te wijzigen via het ontworpen besluit, de begrippen «GSM1-operator» en «GSM2-operator», en dit respectievelijk als volgt : de «naamloze vennootschap BELGACOM MOBILE welke het eerste GSM-net op 900 MHz in België exploiteert onder de handelsnaam PROXIMUS» en de «naamloze vennootschap MOBISTAR welke het tweede GSM-net op 900 MHz in België exploiteert».

Uit wat voorafgaat volgt dat de wijziging die artikel 1, 1/, van het ontworpen besluit wil aanbrengen in artikel 3, § 2, eerste lid, van het voornoemde koninklijk besluit van 7 maart 1995 er eigenlijk toe strekt de looptijd te verlengen van twee specifieke vergunningen, waarvan de ene aan PROXIMUS is toegekend en de andere aan MOBISTAR, vergunningen waarvan de ene volgens de steller van het ontwerp overeenkomstig de van kracht zijnde regels op 1 juli 2011 zou verstrijken en de andere op 26 november 2010 ⁽³⁾.

[...]

Daaruit volgt dat de wijzigingen die artikel 1, 1/, en artikel 3 van het ontworpen besluit beogen aan te brengen in de artikelen 3, § 2, en 15 van het koninklijk besluit van 7 maart 1995 ertoe strekken het verdere verloop van twee specifieke individuele situaties te regelen, die van de vergunningen toegekend aan

⁽³⁾ Voetnoot 2 van het aangehaalde advies : Die data kunnen worden afgeleid uit de informatie verschaft in het verslag aan de Koning.

twee bij naam genoemde operatoren, namelijk PROXIMUS en MOBISTAR, bij individuele beslissingen die volgens het verslag aan de Koning respectievelijk dateren van 2 juli 1996 en 27 november 1995.

Zulke bepalingen brengen geen algemene en abstracte rechtsregels tot stand. Ze zijn dus niet van reglementaire aard in de zin van artikel 3 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State.

De adviesaanvraag is dan ook onontvankelijk voor zover ze betrekking heeft op artikel 1, 1/, en artikel 3 van het ontworpen besluit. Die bepalingen worden dan ook niet onderzocht in het onderhavige advies".

Om de redenen die reeds zijn aangevoerd in advies 45.621/4 is de adviesaanvraag onontvankelijk in zoverre ze betrekking heeft op artikel 2, 1/, c), van ontwerp 47.980/4 (ontworpen artikel 7, § 1, vierde lid, 1/, 2/ en 3/, tweede streepje, van het koninklijk besluit van 7 maart 1995) en op artikel 2, 4/, van ontwerp 47.980/4 (ontworpen artikel 7, § 5, zesde en zevende lid, van het koninklijk besluit van 7 maart 1995), in zoverre deze bepalingen de GSM1- en GSM2-operatoren als adressaten hebben.

Deze bepalingen worden dan ook niet verder onderzocht.

3. In diezelfde gedachtegang zij erop gewezen dat, wat de artikelen 7, 2/ en 4/, van het ontworpen besluit [betreft], die toepassing moeten vinden op "de DCS 1800-operator", er maar één adressaat van deze bepaling is, hij kan worden geïdentificeerd en zelfs geïdentificeerd is ⁽⁴⁾.

Om dezelfde redenen als in punt 2, is de adviesaanvraag onontvankelijk in zoverre ze betrekking heeft op artikel 2, 2/, van ontwerp 47.980/4 (ontworpen artikel 7, § 2bis, eerste lid, en tweede lid, eerste streepje, van het koninklijk besluit van 24 oktober 1997) en op artikel 7, 4/, van ontwerp 47.980/4 (ontworpen artikel 7, § 8, eerste en tweede lid, eerste streepje, van het koninklijk besluit van 24 oktober 1997), in zoverre deze bepalingen de "DCS 1800-operator" als adressaat hebben.

In dat opzicht worden deze bepalingen dan ook niet onderzocht.

⁽⁴⁾ De gemachtigde van de minister heeft bevestigd dat het begrip "DCS 1800-operator" op één enkele operator doelt, te weten operator "Base".

4. Wat ten slotte de bepalingen betreft die betrekking hebben op de stilzwijgende verlenging van de vergunningen zoals bepaald in artikel 1 van ontwerp 47.980/4 (ontworpen artikel 3, § 2, van het koninklijk besluit van 7 maart 1995), alsmede in artikel 6 van ontwerp 47.980/4 (ontworpen artikel 3, § 2 van het koninklijk besluit van 24 oktober 1997), is de bevinding dat de bepalingen, zoals ze zijn gesteld en vooral daar ze de einddatum 15 maart 2021 vermelden, bedoeld zijn om uitsluitend te worden toegepast op de thans aangewezen operatoren, meer bepaald op de eventuele stilzwijgende verlenging tot 15 maart 2021 van de vergunning waarvan zij houder zijn.

Zulks geldt evenzo voor de bepalingen betreffende de "heffing" die moet worden betaald voor deze verlengingen, zoals vermeld in artikel 3 en artikel 8 van ontwerp 47.980/4 ⁽⁵⁾.

Om de in punt 2 vermelde redenen zijn deze bepalingen bijgevolg evenmin van reglementaire aard in de zin van artikel 3 van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973.

De adviesaanvraag is dus niet-ontvankelijk in zoverre ze betrekking heeft op deze bepalingen, die bijgevolg niet worden onderzocht.

5. In de aanhef van ontwerp 47.980/4 wordt bij wijze van rechtsgrond artikel 51 vermeld van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (hierna genoemd de "wet van 13 juni 2005").

Dat artikel bevat geen machtiging aan de Koning.

In feite blijkt uit het aan de Raad van State bezorgde dossier dat de steller van het ontwerp in de aanhef van het ontworpen besluit wel verwijst naar dat artikel, doch in een welbepaalde context, *de lege ferenda*.

⁽⁵⁾ In verband met de laatste twee bepalingen dient erop te worden gewezen dat ze zich hoe dan ook bepalen tot het memoreren van de regel die is vastgelegd in artikel 30, § 1/2, van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie. Ze zijn dus nutteloos en kunnen aanleiding geven tot verwarring omtrent de overheid die bevoegd is om de inhoud ervan te wijzigen.

Immers, uit de aan de Raad van State toegezonden stukken blijkt dat in dezelfde context als die van de vaststelling van de hier onderzochte ontwerpbesluiten, besloten is om artikel 51 van de wet van 13 juni 2005 te wijzigen om dat artikel aan te vullen met een bepaling waarbij de Koning wordt gemachtigd verscheiden regels te geven en omstandigheden te bepalen waarin het BIPT verplichtingen zal kunnen opleggen inzake nationale roaming ⁽⁶⁾.

Aangezien de bepaling tot wijziging van voormeld artikel 51 nog niet is aangenomen door de wetgever ⁽⁷⁾, komt de adviesaanvraag te vroeg wat de bepaling van ontwerp 47.980/4 betreft die beoogt te steunen op artikel 51 zoals het gewijzigd zou worden.

De adviesaanvraag is dus onontvankelijk wat deze bepaling betreft, te weten artikel 14 van ontwerp 47.980/4 ⁽⁸⁾.

*

* *

⁽⁶⁾ Uit het aan de Raad van State toegezonden dossier , inzonderheid uit de nota aan de Ministerraad, blijkt : "Wijziging van artikel 51 van de wet van 13 juni 2005 is noodzakelijk om opnieuw een wettelijke basis te creëren om nationale roaming te kunnen toepassen zoals voorzien in 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".

⁽⁷⁾ Hier dient te worden gepreciseerd dat bij de afdeling Wetgeving, in dit stadium, geen adviesaanvraag is ingediend die betrekking heeft op de wijziging die men van plan is aan te brengen in artikel 51 van de wet van 13 juni 2005. Zelfs al was zulks het geval, het zou haar niet toekomen zich, in het kader van de twee hier onderzochte adviesaanvragen, uit te spreken over deze wetswijziging.

⁽⁸⁾ Deze bepalingen kunnen bovendien geen rechtsgrond ontleen aan de wet van 13 juni 2005 zoals ze geldt bij de stand van de in het Belgisch Staatsblad bekendgemaakte teksten : artikel 51 van deze wet bevat immers zoals eerder vermeld, geen machtiging aan de Koning en artikel 53 van dezelfde wet machtigt de Koning alleen om "de elementen (vast te stellen) die ten minste moeten worden geregeld in een interconnectieovereenkomst of een overeenkomst inzake toegang".

I. Opmerkingen die gelden voor beide ontwerpbesluiten

II. A. Memorering van de bij wijze van rechtsgrond aangevoerde bepalingen

De ontworpen besluiten geven als rechtsgrond op de artikelen 18 en 30 van de wet van 13 juni 2005.

Ontwerp 47.980/4 geeft als rechtsgrond ook artikel 51, van dezelfde wet op.

Het ontwerp van koninklijk besluit "betreffende radiotoegang in de frequentieband 2500-2690 MHz" (hierna genoemd "ontwerp 47.981/4") geeft bovendien artikel 39, § 2 van dezelfde wet als rechtsgrond op.

Bij de huidige stand van in het Belgisch Staatsblad bekendgemaakte teksten luiden de artikelen 18, 30, 39 en 51 van de wet van 13 juni 2005 als volgt :

"Art. 18. § 1. De voorwaarden voor het verkrijgen en uitoefenen van gebruiksrechten voor radiofrequenties die geheel of gedeeltelijk gebruikt worden voor elektronische communicatiediensten die aan het publiek worden aangeboden, worden door de Koning vastgesteld bij een besluit, genomen na advies van het Instituut en vastgesteld na overleg in de Ministerraad, en mogen enkel verband houden met :

1/ de betreffende dienst, het netwerk of de technologie waarvoor de gebruiksrechten voor de radiofrequentie zijn verleend, in voorkomend geval met inbegrip van het exclusieve gebruik van een radiofrequentie voor de doorgifte van specifieke inhoud of specifieke diensten;

2/ het daadwerkelijk en efficiënt gebruik van radiofrequenties overeenkomstig de toepasselijke wettelijke en reglementaire bepalingen;

3/ de technische en operationele voorwaarden ter voorkoming van schadelijke storingen en ter beperking van blootstelling van het publiek aan elektromagnetische velden;

4/ de maximumduur onder voorbehoud van wijzigingen van het nationale frequentieplan;

5/ de overdracht op initiatief van de houder van de rechten en de daarvoor geldende voorwaarden;

6/ de gebruiksheffingen overeenkomstig artikel 30;

7/ de toezeggingen die de operator die het gebruiksrecht inzake de radiofrequenties heeft verkregen, in de loop van de selectieprocedure heeft gedaan;

8/ de verplichtingen uit hoofde van de relevante internationale overeenkomsten aangaande het gebruik van radiofrequenties.

.../...

§ 2. Wanneer het Instituut gebruiksrechten voor radiofrequenties verleent voor een bepaalde termijn is de duur aangepast aan de betrokken dienst.

§ 3. 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.

§ 4. Indien uit het advies van het Instituut blijkt dat het gevaar op schadelijke storingen verwaarloosbaar is en dat dit verenigbaar is met de vereisten van een daadwerkelijk en efficiënt beheer van het radiofrequentiespectrum, kan de Koning besluiten bepaalde van de in § 1 voorziene voorwaarden niet op te leggen.

[...]

Art. 30. § 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.

§ 1/1. Ten behoeve van het in paragraaf 1 beschreven doel dienen operatoren aan wie het is toegestaan om over gebruiksrechten voor radiofrequenties te beschikken met het oog op de exploitatie van een netwerk en het aanbieden van mobiele elektronische-communicatiediensten aan het publiek, bij de aanvang van de geldigheidsduur van de gebruiksrechten onder andere een enige heffing te betalen.

De enige heffing wordt bepaald bij het toekennen van de frequenties.

De enige heffing bedraagt :

1/ 51.644 euro per MHz en per maand voor de frequentiebanden 880-915 MHz en 925-960 MHz.

Het verkrijgen van gebruiksrechten voor de frequentiebanden 880-915 MHz en 925-960 MHz houdt eveneens het verkrijgen van gebruiksrechten in voor de frequentiebanden 1710-1785 en 1805-1880 MHz : de hoeveelheid toegewezen spectrum in de banden 1710-1785 en 1805-1880 MHz is gelijk aan het dubbele van de hoeveelheid toegewezen spectrum in de banden 880-915 MHz en 925-960 MHz, afgerond op het hogere veelvoud van 5 MHz.

In afwijking op het voorgaande, tot 26 november 2015 geldt de enige heffing voor de hoeveelheid spectrum dat op 1 januari 2010 is toegewezen in de banden 880-915 MHz en 925-960 MHz, eveneens voor de maximale hoeveelheid spectrum die kon worden toegekend op 1 januari 2010 in de banden 1710-1785 en 1805-1880 MHz;

2/ 20.833 euro per MHz en per maand voor de frequentiebanden 1920-1980 MHz en 2110-2170 MHz, behoudens wanneer de totale hoeveelheid spectrum waarover een operator in deze frequentiebanden beschikt niet hoger is dan 2 x 5 MHz. In dat geval bedraagt de enige heffing 32.000 euro per MHz per maand;

3/ 2.778 euro per MHz en per maand voor de frequentieband 2500-2690 MHz.

.../...

Bij de toekenning door middel van een veiling van de frequenties geldt het in onderhavige paragraaf 1/1 beoogde minimumbedrag van de enige heffing als beginbod voor de kandidaten.

§ 1/2. Voor elke periode van verlenging van de vergunning zijn de operatoren een enige heffing verschuldigd.

Het bedrag van de enige heffing stemt overeen met de enige heffing bedoeld in § 1/1, eerste lid.

Bij de berekening van het bedrag wordt rekening gehouden met het deel van de gebruiksrechten dat de operator wil behouden bij de verlenging.

Indien een operator van spectrum wil afstand doen, dan moet dit een aaneensluitend blok vormen.

§ 1/3. De betaling van de enige heffing gebeurt, al naargelang binnen vijftien dagen na de aanvang van de geldigheidsduur vermeld in § 1/1, eerste lid, en binnen vijftien dagen na de aanvang van de verlengingsperiode vermeld in § 1/2, eerste lid.

In afwijking van vorig lid heeft de operator de mogelijkheid om de betaling als volgt uit te voeren :

a) binnen 15 dagen na de aanvang van de geldigheidsduur vermeld in § 1/1, eerste lid, en binnen 15 dagen na de aanvang van de verlengingsperiode vermeld in § 1/2, eerste lid, betaalt de operator pro rata het aantal resterende maanden van het kalenderjaar;

b) bovendien betaalt de operator ten laatste op 15 december het volledige gedeelte van enige heffing voor het komende jaar. Indien in het komende jaar de vergunning afloopt, betaalt de operator pro rata het aantal maanden tot het aflopen van de gebruiksrechten;

c) de wettelijke rentevoet, berekend overeenkomstig artikel 2, § 1, van de wet van 5 mei 1865 betreffende de lening tegen interest, is, afhankelijk van het geval, van toepassing vanaf de zestiende dag die volgt op het begin van de geldigheidsperiode bedoeld in § 1/1, eerste lid, of vanaf de zestiende dag die volgt op het begin van de periode van verlenging bedoeld in § 1/2, eerste lid;

d) gelijktijdig met de betaling van de enige heffing, betaalt de operator de interest op het nog verschuldigde bedrag.

De operator brengt het Instituut binnen twee werkdagen, al naargelang na de aanvang van de geldigheidsduur vermeld in § 1/1, eerste lid, en de aanvang van de verlengingsperiode vermeld in § 1/2, eerste lid, op de hoogte van zijn keuze.

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

§ 1/4. Indien een operator de enige heffing voor de respectievelijke frequentiebanden zoals bepaald onder §§ 1/1 1/, 2/ of 3/, geheel of gedeeltelijk niet voldoet, worden alle gebruiksrechten voor de respectievelijke frequentiebanden ingetrokken.

§ 2. De Koning, na advies van het Instituut, bepaalt het bedrag en de nadere regels inzake de in §§ 1 bedoelde heffingen behoudens voor wat bepaald wordt in §§ 1/1, 1/2 en 1/3.

[...]

Art. 39. § 1. Niemand mag in het Rijk noch aan boord van een zeeschip, een binnenschip, een luchtvaartuig of enige andere drager onderworpen aan het Belgisch recht, een zend- en/of ontvangtoestel voor radiocommunicatie houden, of een station of een niet-openbaar netwerk voor radiocommunicatie aanleggen en doen werken zonder schriftelijke vergunning van het Instituut. Die vergunning is persoonlijk en kan worden ingetrokken.

§ 2. De Koning bepaalt, na advies van het Instituut, de algemene regels inzake toekenning, schorsing en intrekking van de in § 1 bedoelde vergunningen. Hij kan bepalen in welke gevallen die vergunningen niet vereist zijn.

§ 3. De Koning, op voorstel van het Instituut bepaalt de verplichtingen van de houders van een vergunning en de voorwaarden waaraan de toegelaten stations en netten voor radiocommunicatie moeten voldoen.

§ 4. De in § 1 bedoelde vergunningen zijn niet vereist voor de stations voor radiocommunicatie die voor militaire doeleinden of met het oog op de openbare veiligheid aangelegd en gebruikt worden door de diensten die onder de minister van Landsverdediging ressorteren, door de Noord Atlantische Verdragsorganisatie en door de Geallieerde Strijdkrachten.

[...]

Art. 51. § 1. Indien tijdens onderhandelingen met betrekking tot toegang er geen overeenstemming kan worden bereikt tussen de partijen, kan het Instituut, hetzij op eigen initiatief, hetzij op verzoek van één van de partijen, na ze gehoord te hebben, ingrijpen ter bevordering van een passende toegang overeenkomstig het bepaalde in deze titel en ter waarborging van de basisdoelstellingen bepaald in de artikelen 6 tot 8.

§ 2. Onverminderd de maatregelen van artikel 55, § 3, kan het Instituut steeds en op eigen initiatief aan operatoren die de toegang tot de eindgebruikers controleren, verplichtingen opleggen voor zover noodzakelijk om eind-tot-eindverbindingen te verzekeren.

Het Instituut kan daarbij de voorwaarden inzake de te verstrekken toegang opleggen, die het passend acht, hetgeen in gevallen waarin zulks gerechtvaardigd is voor de operatoren ook de verplichting inhoudt om te zorgen voor interconnectie van hun netwerken waar dat nog niet gebeurd is of te waarborgen dat de personen bedoeld in artikel 115, alsook de openbare besturen, politiediensten en de internationale instellingen bereikbaar zijn of blijven".

.../...

De ontwerpteksten worden onder meer onderzocht in het licht van de hierboven aangehaalde bepalingen.

II. B. Gemeenschappelijke algemene opmerkingen

II. B. 1. Voorafgaande opmerkingen ⁽⁹⁾

1. De voorliggende ontwerpen sluiten aan bij de Europese regelgeving vervat in tal van complexe richtlijnen, verordeningen, beslissingen en beschikkingen, inzonderheid :

- a) richtlijn 2002/19/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische-communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten (Toegangsrichtlijn), (hierna "toegangsrichtlijn" genoemd),
- b) richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn), (hierna "machtigingsrichtlijn" genoemd),
- c) 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), (hierna "kaderrichtlijn" genoemd),

⁽⁹⁾ Voor een soortgelijke opmerking omtrent bij uitstek technische ontwerpen, zie inzonderheid advies 47.728/4, op 25 januari 2010 door de afdeling Wetgeving verstrekt over een ontwerp dat is geworden de wet van 15 maart 2010 houdende wijziging van artikel 30 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie (*Parl. St. Kamer 2009-2010*, nr. 2401/1, 17 tot 29), zie voorheen advies 26.923/4, op 19 september 1997 door de afdeling Wetgeving van de Raad van State binnen een termijn van drie dagen verstrekt over een ontwerp dat is geworden het koninklijk besluit van 24 oktober 1997 betreffende het opzetten en de exploitatie van DCS-1800-mobilofonienetten (*Belgisch Staatsblad* van 5 december 1997, 32501-32502).

- d) richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn), (hierna "universeledienstrichtlijn" genoemd),
- e) richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie), (hierna "privacyrichtlijn" genoemd).

Deze verschillende richtlijnen zijn, wat de federale overheid betreft, omgezet bij de wet van 13 juni 2005 en de talrijke koninklijke of ministeriële besluiten gebaseerd op deze wet.

De Europese regelgeving is onlangs grondig gewijzigd bij de richtlijnen 2009/136/EG⁽¹⁰⁾ en 2009/140/EG⁽¹¹⁾, die op 18 december 2009 bekendgemaakt zijn in het *Publicatieblad van de Europese Unie* en in werking zijn getreden op 19 december 2009, overeenkomstig artikel 5 van richtlijn 2009/136/EG en artikel 6 van richtlijn 2009/140/EG, die bepalen dat ze in werking treden de dag volgend op die van de bekendmaking ervan in het *Publicatieblad*.

⁽¹⁰⁾ Richtlijn 2009/136/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van richtlijn 2002/22/EG inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronischecommunicatienetwerken en -diensten, richtlijn 2002/58/EG betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie en verordening (EG) nr. 2006/2004 betreffende samenwerking tussen de nationale instanties die verantwoordelijk zijn voor handhaving van de wetgeving inzake consumentenbescherming (hierna "richtlijn 2009/136/EG" genoemd).

⁽¹¹⁾ Richtlijn 2009/140/EG van het Europees Parlement en de Raad van 25 november 2009 tot wijziging van richtlijn 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 elektronische-communicatienetwerken en -diensten (hierna "richtlijn 2009/140/EG" genoemd).

Deze richtlijnen hebben tal van bepalingen van de Europese regelgeving gewijzigd of vervangen, waaronder de bepalingen betreffende het spectrumbeheer en de toekenning van rechten op het gebruik van frequenties ⁽¹²⁾.

Overeenkomstig artikel 4, lid 1, van richtlijn 2009/136/EG en artikel 5, lid 1, van richtlijn 2009/140/EG moeten deze richtlijnen uiterlijk op 25 mei 2011 omgezet zijn.

De verslagen aan de Koning met betrekking tot de voorliggende ontwerpbesluiten vermelden allebei : "Onderhavige maatregelen doen geen afbreuk aan de omzetting van de richtlijnen 2009/136 en 2009/140 of bemoeilijken de omzetting ervan niet".

In dit stadium heeft de federale wetgever de richtlijnen 2009/136/EG en 2009/140/EG nog niet op een algemene en systematische wijze omgezet en de gemachtigde van de minister heeft bevestigd dat gewerkt werd aan de redactie van ontwerpen die deze richtlijnen moeten omzetten.

De afdeling Wetgeving heeft echter meermaals erop gewezen dat, ook al is de termijn voor omzetting van een richtlijn nog niet verstreken en ook al zijn de lidstaten-adressaten niet verplicht om de passende maatregelen te nemen voordat die omzettingstermijn verstreken is, zulks niet wegneemt dat die lidstaten binnen de omzettingstermijn geen bepalingen mogen uitvaardigen die het bereiken van het met de richtlijn beoogde resultaat ernstig in gevaar kunnen brengen ⁽¹³⁾.

⁽¹²⁾ Zie inzonderheid de artikelen 9, *9bis*, *9ter* en 10 van de kaderrichtlijn, zoals ze gewijzigd, vervangen of ingevoegd zijn bij richtlijn 2009/140/EG, alsook de artikelen 5, 6, 7, 10 en 14 van de machtigingsrichtlijn, zoals ze gewijzigd of vervangen zijn bij richtlijn 2009/140/EG.

⁽¹³⁾ Zie in die zin advies 39.718/AV, op 7 en 21 februari 2006 verstrekt over een voorontwerp dat is geworden de wet van 15 september 2006 tot wijziging van de wet van 15 december 1980 betreffende de toegang tot het grondgebied, het verblijf, de vestiging en de verwijdering van vreemdelingen (*Parl. St. Kamer*, 2005-2006, nr. 51-2478/1, 176 [opmerking 3.1]).

In dit stadium is het echter uiterst delicaat om systematisch te onderzoeken of de ontwerpbesluiten al dan niet bepalingen bevatten "die het bereiken van het met de betrokken richtlijnen beoogde resultaat ernstig in gevaar kunnen brengen".

Twee elementen liggen daaraan hoofdzakelijk ten grondslag :

- enerzijds ontleen de ontwerpbesluiten hun grondslag naar intern recht aan de wet van 13 juni 2005, die zelf nog niet is gewijzigd of waarvan nog niet systematisch is onderzocht welke wijzigingen erin moeten worden aangebracht met het oog op de omzetting van de richtlijnen 2009/136/EG en 2009/140/EG;
- anderzijds bevatten de voornoemde Europese wijzigingsrichtlijnen bepalingen die voorzien in overgangsregelingen; de omstandigheden waarin deze overgangsregelingen toepassing zullen vinden, zijn soms van die aard dat op dit ogenblik en gelet op de datum waarop de aanvragen om een advies omtrent de voorliggende ontwerp teksten zijn ingediend, onmogelijk kan worden bepaald of voor de situaties waarop deze ontwerp teksten in de toekomst toepasselijk zullen zijn, de overgangsregeling zal gelden dan wel de nieuwe, definitieve regeling voorgeschreven bij de Europeesrechtelijke bepalingen die voortvloeien uit de richtlijnen 2009/136/EG en 2009/140/EG.

Inzonderheid wat dit punt betreft, kan bij wijze van voorbeeld gewezen worden op de moeilijkheid die verband houdt met artikel 3 van ontwerp 47.981/4. Zo rijst de vraag of deze bepaling vanwege de erin gestelde maximumduur van de gebruiksrechten geen ernstig gevaar op kan leveren voor het bereiken van het resultaat voorgeschreven bij richtlijn 2009/140/EG, inzonderheid bij het nieuwe artikel 9*bis* van de kaderrichtlijn, zoals het is ingevoegd bij richtlijn 2009/140/EG, die voorziet in een overgangsregeling voor de gebruiksrechten verleend vóór 25 mei 2011, en bij het nieuwe artikel 9 van dezelfde kaderrichtlijn, dat de nieuwe definitieve regeling ter zake vaststelt.

Toen de gemachtigde van de minister daaromtrent om uitleg is verzocht, heeft ze het volgende verklaard :

"L'article 9bis.1 de la Directive «cadre» prévoit que :

«Pendant une période de 5 ans commençant le 25 mai 2011, les États membres peuvent autoriser les titulaires de droits d'utilisation de radiofréquences qui ont été accordés avant cette date et qui resteront valides pour une durée de 5 ans au moins après ladite date à soumettre à l'autorité nationale compétente une demande de réexamen des restrictions à leurs droits (...).»

Le champ d'application de cette disposition porte sur les droits d'utilisation/autorisations qui

a) existent au 25/5/2011.

b) restent valables au moins jusqu'au 25/5/2016.

Les droits d'utilisation accordés aux opérateurs 4G restent valables pour une durée de 15 ans (article 3, projet d'AR).

Si les droits d'utilisation pour les opérateurs 4G sont attribués avant le 25/5/2011, ils relèvent du champ d'application de l'article 9bis de la Directive cadre. Si toutefois ils sont attribués après le 25/5/2011, l'article 9bis de la Directive cadre n'est plus applicable à ces droits d'utilisation. Ce n'est toutefois pas la formulation de l'article 3 du projet d'AR qui en est la cause mais bien l'application limitée de l'article 9bis de la Directive cadre qui ne porte que sur les droits accordés avant le 25 mai 2011".

De hierboven omschreven problemen hadden voorkomen kunnen worden of hadden op zijn minst grotendeels opgelost kunnen worden indien de wetgever had meegewerkt aan de omzetting van de richtlijnen 2009/136/EG en 2009/140/EG, en de uitvoerende macht daarna pas enerzijds de wijzigingen had onderzocht die moeten worden aangebracht in de koninklijke besluiten van 1995, 1997 en 2001, en anderzijds haar ontwerp van regelgeving "4G" had uitgewerkt.

Gelet evenwel op de hier gevolgde werkwijze, waarbij deze volgorde niet wordt aangehouden, en ook op het feit dat de ontwerpтекст onderzocht moet worden in het licht van de wet van 13 juni 2005 zoals ze thans van kracht is, zal men zich, wat betreft de verenigbaarheid van de onderzochte ontwerpen met de richtlijnen 2009/136/EG en 2009/140/EG, in dit advies beperken tot enkele specifieke opmerkingen verderop in het advies.

.../...

2. De twee ontwerpbesluiten voorgelegd aan de afdeling Wetgeving zijn uit technisch oogpunt uitermate complex.

De regelingen die ze beogen te wijzigen of in te voeren moeten deugdelijk verantwoord kunnen worden, zowel wat betreft de verschillende behandeling die ze meebrengen voor de onderscheiden actoren die erbij betrokken zijn of kunnen zijn, als wat betreft de voorwaarden waaraan het optreden van de Koning onderworpen is, niet alleen in het licht van de artikelen 18 en volgende van de wet van 13 juni 2005, maar ook van de ter zake relevante Europese richtlijnen.

In zoverre de afdeling Wetgeving van de Raad van State onvoldoende is ingelicht over de feitelijke situaties waarop de ontwerpbesluiten betrekking hebben, alsook over de wetenschappelijke en technische gegevens waarmee rekening moet worden gehouden, kan ze de gegevens in het verslag aan de Koning die door de gemachtigde van de minister zijn aangehaald of, meer in het algemeen, de gegevens aangehaald in de overige stukken van het dossier dat aan de Raad van State is bezorgd, bijvoorbeeld het advies van het BIPT, niet in al hun aspecten en nuances beoordelen.

Onder dit voorbehoud worden de volgende gemeenschappelijke, algemene of bijzondere, en specifieke opmerkingen gemaakt.

II. B. 2. Verschillende behandeling

1. Uit een vergelijking van de ontwerpbesluiten blijkt dat de regeling ingevoerd bij ontwerp 47.981/4 op tal van punten zal verschillen van de koninklijke besluiten van 1995, 1997 en 2001, die worden gewijzigd bij ontwerp 47.980/4.

Wat de verschillende behandeling betreft, kunnen de volgende twee tekenende voorbeelden worden gegeven :

1/ Artikel 10 van ontwerp 47.981/4 legt niet *stricto sensu* een verplichting tot dekking op, terwijl artikel 5 van het koninklijk besluit van 7 maart 1995, artikel 6 van het koninklijk besluit van 24 oktober 1997 en artikel 3 van het koninklijk besluit van 18 januari 2001 wel een zodanige verplichting opleggen.

.../...

2/ De toewijzing bij opbod, voorgeschreven bij ontwerp 47.981/4, verschilt in verscheidene opzichten van de procedure ingevoerd bij het koninklijk besluit van 18 januari 2001, inzonderheid in zoverre ontwerp 47.981/4 voorziet in een eerste ronde, die niet vergelijkbaar is met wat de artikelen 50 tot 52 van het koninklijk besluit van 18 januari 2001 bepalen.

2. Aangezien elk van de voornoemde koninklijke besluiten de toekenning van rechten op het gebruik van radiofrequenties regelt, moet de steller van de ontwerpen de objectieve, rechtens aanvaardbare, feitelijk juiste, precieze, afdoende en pertinente motieven kunnen opgeven die de verschillen tussen de onderscheiden ingevoerde regelingen kunnen rechtvaardigen uit het oogpunt van het door de onderzochte ontwerpen beoogde doel.

In dit verband stelt het verslag aan de Koning bij ontwerp 47.981/4 het volgende :

"Beschikking 2008/477/EG van de Commissie van 13 juni 2008 betreffende de harmonisering van de 2500-2690 MHz-frequentieband voor terrestrische systemen die elektronischecomunicatiediensten kunnen verschaffen in de Gemeenschap heeft tot doel de voorwaarden te harmoniseren voor de beschikbaarheid en het doelmatig gebruik van de 2500-2690 MHz-band voor terrestrische systemen die in de Gemeenschap elektronische-communicatiediensten kunnen verschaffen.

Deze beschikking verplicht de lidstaten ertoe de 2500- 2690 MHz-band voor de terrestrische systemen die elektronischecomunicatiediensten kunnen verschaffen, aan te wijzen en vervolgens beschikbaar te stellen, in overeenstemming met de parameters die zijn vastgelegd in de bijlage bij de beschikking. Dit moet gebeurd zijn binnen zes maanden na de inwerkingtreding van de beschikking.

Teneinde toe te laten dat technologische vernieuwingen op een efficiënte en commerciële manier ontwikkeld kunnen worden, biedt onderhavig besluit een ruime mate van handelingsvrijheid aan de markdeelnemers : zij kunnen immers zelf beslissen voor welke toepassingen zij de betreffende gebruiksrechten verwerven alsook waar zij hun netwerk ontwikkelen en hun diensten aan het publiek aanbieden.

Artikel 8 .1 van de Kaderrichtlijn bepaalt immers :

«De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties bij de uitvoering van de in deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen omschreven regelgevende taken, met name die welke erop gericht zijn daadwerkelijke

.../...

concurrentie te waarborgen, zoveel mogelijk rekening houden met het streven dat de regelgeving technologisch neutraal moet zijn ...»

Uit een raadpleging die het BIPT in maart 2007 organiseerde i.v.m. de 2,6 GHz-band is gebleken dat een (kleine) meerderheid van de respondenten de idee van technologieneutraliteit steunde. Zij wensten in deze band de WiMAX-technologie aan te bieden, terwijl de tegenstanders van die idee deze band voorbehouden wilden zien voor de IMT-2000-technologieën.

Het valt evenwel te verwachten dat dit dispuut vanzelf zal verdwijnen nu WiMAX sinds mei 2007 opgenomen is in de IMT-2000-familie.

Hierbij kan trouwens opgemerkt worden dat de argumenten van de tegenstanders van technologieneutraliteit niet per se onredelijk zijn :

- 1/ één technologie biedt schaalvoordelen, is in het belang van een pan-Europese harmonisatie en vereenvoudigt roaming;
- 2/ de nieuwe technologieën moeten zich nog helemaal bewijzen;
- 3/ het gebruik van verschillende technologieën maakt de frequentiecoördinatie met het buitenland complexer;
- 4/ indien op naast mekaar liggende banden verschillende technologieën worden gebruikt, maakt dit de compatibiliteitsproblemen ingewikkelder.

Deze argumenten zijn correct maar daar staat tegenover dat België een zeer ongunstige indruk zou nalaten indien bv. een nieuwe technologie een succes zou blijken te zijn en deze technologie in België niet zou zijn toegelaten. Bovendien is niet uit te sluiten dat de overheid een technologie aanduidt die naderhand niet succesvol blijkt te zijn. Hoe dan ook zal het opleggen van één technologie innovatieve technieken stremmen. Tenslotte is er de groeiende consensus onder de Europese regulatoren en regelgevers dat de technologiekeuze aan de markt overgelaten kan worden. In die optiek wordt er dan van uitgegaan dat er op termijn een de facto harmonisatie zal groeien.

Bij de consultaties die het BIPT gehouden heeft inzake de banden 1785-1805 MHz, 2,6 GHz en 3,4-3,6 GHz, werd er door de drie mobiele operatoren steeds de nadruk op gelegd dat aan de nieuwkomers dezelfde voorwaarden moeten opgelegd worden inzake intrederecht, jaarlijks recht en dekkingsverplichtingen als die die opgelegd werden in het kader van de GSM, DCS1800 en UMTS-vergunningen. Zoniet zou er volgens deze operatoren sprake zijn van discriminatie.

Het verbod op discriminatie houdt in dat de overheid haar burgers op voet van gelijkheid moet behandelen, in de mate waarin zij in gelijke omstandigheden verkeren. Personen die zich in andere omstandigheden bevinden, mogen dus ook anders worden behandeld. Verschil in behandeling kan daarentegen onder de volgende voorwaarden :

- 1/ er is voor het verschil in behandeling een objectieve en verifieerbare reden voorhanden;

.../...

2/ het verschil in behandeling heeft een aanvaardbaar doel;

3/ het verschil in behandeling is proportioneel en gaat niet verder dan nodig.

In concreto : de GSM- en DCS1800-frequenties werden toegekend in 1995 en 1997. De drie mobiele operatoren betaalden elk een intrederecht van ongeveer 9 mia BEF. Zij verbonden zich ertoe om binnen een bepaalde tijdspanne hun GSM-resp. DCS1800-diensten over het ganse grondgebied aan te bieden.

De UMTS-frequenties werden toegekend in 2001. De drie mobiele operatoren betaalden elk ongeveer 150 miljoen euro, zijnde het minimumbedrag bij de veiling, te wijten aan het feit dat er minder gegadigden waren dan kavels. Zij verbonden zich tot bepaalde dekkingsverplichtingen die inmiddels, op vraag van deze operatoren werden afgezwakt.

De marktsituatie is inmiddels danig gewijzigd : de twee dominante mobiele operatoren hebben een solide klantenbestand weten op te bouwen en de markt van mobiele toepassingen is door hen ingenomen. Bovendien hebben de bestaande mobiele spelers reeds veel frequenties in verschillende banden ter beschikking. Een nieuwkomer op deze markt begint dus in een minder gunstige positie.

Bovendien ligt tegenwoordig de problematiek van de plaatsing van antennes nog gevoeliger dan vijf of tien jaar geleden. Een nieuwkomer op de markt zal hoe dan ook antennes moeten plaatsen en dus daartoe vergunningen bekomen en/of contracten afsluiten. Met lokale overheden én privé-personen die steeds argwanender staan tegenover antennesites, is dit aanzienlijk moeilijker dan destijds.

Behalve deze gewijzigde maatschappelijke omstandigheden, kunnen nog een aantal verschillen genoteerd worden :

1/ Het is niet uitgesloten dat de nieuwkomers een andere markt zullen visereren : niet zozeer de markt van het grote publiek, eerder de professionele markt.

2/ De frequenties die zij kunnen verwerven verschillen van de GSM-DCS1800- en UMTS-frequenties : het gaat om hogere frequenties, hetgeen een ongunstig effect heeft op de propagatie.

Gelet op voorgaande lijkt het duidelijk dat de omstandigheden dermate zijn gewijzigd t.o.v. tien jaar geleden dat het opleggen van dezelfde voorwaarden als voor GSM, DCS1800 of UMTS niet meer verantwoord kan worden louter door verwijzing naar de reglementering die op die diensten betrekking heeft.

Uit de raadpleging van het BIPT van 24 december 2009 i.v.m. de 2,6 GHz-band is gebleken dat het kanaalindelingsplan van de CEPT, rekening houdende met de huidige marktomstandigheden, de beste optie is.

Onderhavige maatregelen doen geen afbreuk aan de omzetting van de richtlijnen 2009/136 en 2009/140 of bemoeilijken de omzetting ervan niet".

Het zou nuttig zijn deze toelichtingen van algemene aard aan te vullen met een preciezere en meer specifieke verantwoording, die wordt opgenomen in het verslag aan de Koning.

Het verslag aan de Koning bij ontwerp 47.981/4 bevat weliswaar enkele specifieke verantwoordingen, maar ook deze zouden beter worden aangevuld zodat ze zich niet eenvoudigweg beperken tot het opgeven van de redenen waarom de voorgenomen maatregel in absolute zin al dan niet gewettigd is, maar duidelijk de motieven aangeven die rechtvaardigen dat een zodanige maatregel specifiek getroffen wordt voor de in het ontwerp bedoelde gebruiksrechten voor frequenties, terwijl de koninklijke besluiten die ontwerp 47.980/4 beoogt te wijzigen een verschillende regeling voorschrijven.

In dit verband kan bij wijze van voorbeeld worden gewezen op de toelichting die de artikelsgewijze bespreking van het verslag aan de Koning verstrekt omtrent artikel 10 van ontwerp 47.981/4, en die als volgt luidt :

"Op te merken valt dat onderhavig besluit de operator geen dekkingsverplichtingen oplegt maar wel de verplichting om de gebruikers en het Instituut afdoende en precieze informatie over de daadwerkelijke dekking te bezorgen.

Uit de praktijk blijkt dat immers dekkingsverplichtingen moeilijk afdwingbaar zijn. Bovendien kan de vraag gesteld worden in hoeverre voor de betreffende banden strikte dekkingsverplichtingen verenigbaar zijn met het principe van technologie-neutraliteit en met het principe van vrije mededinging.

Het is evident dat de informatieverplichting door de betreffende operatoren ernstig moet worden genomen en dienovereenkomstig door het Instituut zal worden gecontroleerd".

Deze uitleg dient te worden aangevuld met de redenen waarom geen dekkingsverplichtingen worden opgelegd door ontwerp 47.981/4, terwijl ze wel worden opgelegd in de besluiten waarvan de wijziging wordt beoogd, inzonderheid door artikel 12 van ontwerp 47.980/4.

De omstandigheid dat de procedure voorgesteld in ontwerp 47.981/4 geen eerste fase van toewijzing bij opbod bevat die lijkt op die welke de artikelen 50 tot 52 van het koninklijk besluit van 18 januari 2001 voorschrijven, wordt harerzijds volgens het advies dat het BIPT heeft verstrekt omtrent ontwerp 47.981/4 verantwoord door het feit dat de frequentieblokken toegewezen krachtens het besluit van 18 januari 2001 identiek zijn, terwijl de blokken toegewezen krachtens ontwerp 47.981/4 niet gelijk zijn. Niet alleen verdient het aanbeveling dat deze verantwoording opgenomen wordt in het verslag aan de Koning, maar bovendien moet de steller van het ontwerp kunnen verantwoorden waarom in het ene geval de frequentieblokken gelijk zijn, en niet in het andere geval.

De conclusie is dan ook dat de steller van het ontwerp beter de redenen dient aan te geven die de hierboven omschreven verschillen in behandeling verantwoorden en ze dient op te nemen in het verslag aan de Koning.

II. C. Gemeenschappelijke bijzondere opmerkingen

Aanhef

1. In het eerste lid van de aanhef van elk van de ontwerpbesluiten moet de wet van 13 juni 2005 worden vermeld, gevolgd door de opgaaf van alle artikelen van deze wet waaraan de ontwerpbesluiten hun rechtsgrond ontleen, waarbij voor elk van deze artikelen de nog van kracht zijnde wijzigingen worden vermeld die erin zijn aangebracht ⁽¹⁴⁾.

2. Er zij op gewezen dat, van de bepalingen van de wet van 13 juni 2005 waarnaar verwezen moet worden in de aanhef van het ontwerpbesluit, artikel 13 van deze wet niet vermeld dient te worden, daar het geen rechtsgrond verleent aan de ontwerpbesluiten.

⁽¹⁴⁾ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab Wetgevingstechniek, aanbevelingen 23 tot 28 en formule F 3-2-2.

Er dient daarentegen te worden verwezen naar artikel 20, § 1, van dezelfde wet, dat rechtsgrond verleent aan sommige bepalingen van de onderzochte ontwerpen.

3. De data van de vereiste adviezen en akkoordbevindingen moeten worden vermeld.

*
* *

III. Opmerkingen specifiek over ontwerp 47.980/4

III. A. Voorafgaande vormvereisten

Artikel 14 van de machtigingsrichtlijn bepaalde oorspronkelijk :

"De lidstaten zien erop toe dat de rechten, voorwaarden en procedures die van toepassing zijn bij algemene machtigingen en gebruiksrechten of rechten om faciliteiten te installeren, slechts in objectief gerechtvaardigde gevallen en op proportionele wijze kunnen worden gewijzigd. Het voornemen om dergelijke wijzigingen aan te brengen, zal op passende wijze worden bekendgemaakt en de belanghebbende partijen, met inbegrip van gebruikers en consumenten, zullen over een adequate termijn kunnen beschikken om hun standpunt met betrekking tot de voorgestelde wijzigingen kenbaar te maken; deze termijn bedraagt behoudens uitzonderlijke gevallen ten minste vier weken".

Deze bepaling is vervangen bij richtlijn 2009/140/EG, die in werking is getreden op 19 december 2009. Thans luidt ze als volgt :

"Lidstaten zorgen ervoor dat de rechten, voorwaarden en procedures inzake algemene machtigingen en gebruiksrechten of rechten om faciliteiten te installeren alleen kunnen worden gewijzigd in objectief met redenen omklede gevallen en op evenredige wijze, in voorkomend geval rekening houdend met de specifieke voorwaarden die van toepassing zijn op de overdraagbare gebruiksrechten voor radiofrequenties. Het voornemen om dergelijke wijzigingen aan te brengen, zal op passende wijze worden bekendgemaakt en de belanghebbende partijen, met inbegrip van gebruikers en consumenten, zullen over een adequate termijn kunnen beschikken om hun standpunt met betrekking tot de voorgestelde wijzigingen kenbaar te maken; deze termijn bedraagt behoudens uitzonderlijke gevallen ten minste vier weken".

.../...

In het licht van artikel 14 van de machtigingsrichtlijn dienen omtrent de bepalingen van ontwerp 47.980/4 de volgende twee opmerkingen te worden gemaakt :

1/ Enerzijds beogen de onderzochte bepalingen koninklijke besluiten te wijzigen die ertoe strekken rechten, voorwaarden en procedures te regelen met betrekking tot de toewijzing van gebruiksrechten voor bepaalde frequenties.

De steller van het ontwerp moet dus kunnen aantonen dat deze wijzigingen betrekking hebben op objectief met redenen omklede gevallen en op evenredige wijze zijn geconcipieerd, in voorkomend geval rekening houdend met de specifieke voorwaarden die van toepassing zijn op de overdraagbare gebruiksrechten voor radiofrequenties.

Het aan de Raad van State bezorgde dossier, inzonderheid het verslag aan de Koning en het advies van het BIPT omtrent de ontwerptekst, draagt weliswaar bij tot een beter begrip van de motieven die de hier voorgestelde wijzigingen kunnen verantwoorden.

Doordat de steller van het ontwerp moet kunnen aantonen dat de voorgestelde wijzigingen voldoen aan de voornoemde voorwaarden, moet de ontwerptekst echter worden herzien in het licht van deze voorwaarden en verdient het aanbeveling het verslag aan de Koning aan te vullen of de redactie ervan te herzien, zodat beter tot uiting komt dat de voorgestelde wijzigingen in overeenstemming zijn met de voorwaarden gesteld in artikel 14 van de machtigingsrichtlijn.

2/ Anderzijds rijst de vraag of omtrent de ontwerptekst de raadpleging is gehouden die wordt voorgeschreven bij artikel 14 van de machtigingsrichtlijn.

Volgens de inlichtingen verstrekt door de gemachtigde van de minister is omtrent de tekst die aanleiding heeft gegeven tot ontwerp 47.980/4 meermaals een raadpleging gehouden in de loop van de laatste twee jaren, laatstelijk van 24 december 2009 tot 21 januari 2010. Na afloop van deze raadpleging zijn de personen gehoord die op de raadpleging hadden geantwoord, waarna de tekst is aangepast.

In verband met de bepalingen van ontwerp 47.980/4 waarvoor de adviesaanvraag ontvankelijk is⁽¹⁵⁾, moet worden vastgesteld dat de ontwerptekst verschilt van het ontwerpbesluit waarover tussen 24 december 2009 en 21 januari 2010 een openbare raadpleging is gehouden, bepaaldelijk met betrekking tot een aantal punten die zich duidelijk niet als zuivere detailkwesties aandienen⁽¹⁶⁾.

Daaruit volgt dat het ontwerp waarover alle betrokken partijen, met inbegrip van gebruikers en consumenten, zijn geraadpleegd, gewijzigd is naar aanleiding van opmerkingen die sommige van die partijen hadden gemaakt en nadat ze bovendien waren gehoord.

Volgens artikel 14 van de machtigingsrichtlijn, zoals het is vervangen bij richtlijn 2009/140/EG, kan evenwel worden afgezien van het houden van een openbare raadpleging over ontwerpen die slechts geringe wijzigingen bevatten waarmee de houders van de gebruiksrechten hebben ingestemd.

Volgens de toelichtingen verstrekt door de gemachtigde van de minister zijn de wijzigingen aangebracht in het ontwerp waarover een raadpleging is gehouden, vooral van technische aard, zetten deze de hoofdbestanddelen van het ontwerp niet op de helling en zijn ze het uitvloeisel van de opmerkingen van de operatoren die geantwoord hebben tijdens de openbare raadpleging.

De steller van het ontwerp wordt erop gewezen dat indien hij niet precies en concreet kan aantonen dat de betrokken wijzigingen overeenstemmen met de uitleg verstrekt door de gemachtigde van de minister, het in dat geval verkieslijk is om, teneinde ieder risico van betwisting omtrent dit punt in de toekomst te voorkomen, een nieuwe openbare raadpleging te organiseren, zodat onder meer de gebruikers en consumenten hun opmerkingen omtrent de aangebrachte wijzigingen naar voren kunnen brengen.

⁽¹⁵⁾ Uiteraard wordt de vraag of het vormvereiste voorgeschreven op grond van het Europese recht vervuld is, niet onderzocht wat betreft de bepalingen van het ontwerpbesluit waarvoor de adviesaanvraag niet-ontvankelijk is, hoofdzakelijk die welke niet van reglementaire aard zijn en die welke voorbarig zijn. Zie opmerking I.

⁽¹⁶⁾ Vergelijk in dit verband onder meer artikel 14 van de tekst waarover raadpleging is gehouden, alsook de om advies aan de afdeling Wetgeving voorgelegde artikelen 15*bis* en 17 van ontwerp 47.980/4.

III. B. Algemene opmerking

Algemeen beschouwd blijkt uit het aan de Raad van State bezorgde dossier dat de mogelijke toekomstige "nieuwe 3G-operator", wiens marktintrede in het vooruitzicht wordt gesteld en geregeld wordt in de ontwerptekst, in een andere situatie terechtkomt dan de reeds vergunde 3G-operatoren ⁽¹⁷⁾.

Deze verschillen in behandeling moeten redelijkerwijs kunnen worden verantwoord.

In dit verband verdient het aanbeveling de toelichtingen opgenomen in de artikelsgewijze bespreking te onderbouwen, rekening houdend met de relevante Europeesrechtelijke bepalingen, inzonderheid artikel 8 van de kaderrichtlijn ⁽¹⁸⁾.

III. C. Bijzondere opmerkingen

Aanhef

1. De koninklijke besluiten waarin wijzigingen zouden worden aangebracht, moeten worden vermeld in de aanhef, zonder dat de wijzigingen aangebracht in die besluiten worden opgesomd ⁽¹⁹⁾.

Het tweede tot het vierde lid van de aanhef moeten dienovereenkomstig worden herzien.

⁽¹⁷⁾ Zie inzonderheid, wat de toewijzing van de frequenties betreft, artikel 17 van het ontwerp, alsmede - in het verslag aan de Koning - de commentaar op deze bepaling en op de overige aldaar genoemde bepalingen; zie eveneens punt 2 van het advies van het BIPT omtrent ontwerp 47.980/4; zie eveneens artikel 12 van ontwerp 47.980/4 wat betreft de dekkingsvereisten van de nieuwkomer, en vergelijk met het van kracht zijnde artikel 3 van het koninklijk besluit van 18 januari 2001.

⁽¹⁸⁾ Zie in dit verband het advies van het BIPT omtrent ontwerp 47.980/4.

⁽¹⁹⁾ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab Wetgevingstechniek, aanbeveling nr. 30.

2. Het lid betreffende het advies van de afdeling Wetgeving moet als volgt worden gesteld :

"Gelet op de adviezen 45.621/4, 47.080/4 en 47.980/4 van de Raad van State, respectievelijk gegeven op 7 januari 2009, 24 juli 2009 en 7 april 2010, met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;" ⁽²⁰⁾.

Dispositief

Artikel 2

In het ontworpen artikel 7, § 1, vierde lid, 3/, eerste streepje, van het koninklijk besluit van 7 maart 1995 wordt alleen een regel overgenomen die al voortvloeit uit artikel 30, § 1/1, van de wet van 13 juni 2005.

Zoals de afdeling Wetgeving al vaak heeft opgemerkt, staat het niet aan de Koning om in een reglementair besluit een regel over te nemen die reeds is opgenomen in een bepaling van wetgevende aard.

Een dergelijke werkwijze kan immers verwarring doen ontstaan omtrent de aard van de desbetreffende regel. Ze kan bovendien de indruk wekken dat het aan de Koning toekomt om die regel te wijzigen, terwijl die bevoegdheid uitsluitend aan de wetgever toebehoort.

Het ontworpen artikel 7, § 1, vierde lid, 3/, eerste streepje, van het koninklijk besluit van 7 maart 1995 moet dus vervallen.

⁽²⁰⁾ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab Wetgevingstechniek, aanbeveling nr. 36.1 en formule F 3-5-2.

III. C. Slotopmerking

De bepalingen van het ontwerpbesluit moeten zo worden vernummerd dat het geen artikel "*bis*" meer bevat ⁽²¹⁾.

*
* *

IV. Specifieke opmerkingen over ontwerp 47.981/4

IV. A. Voorafgaande vormvereisten

Artikel 7, lid 1, van de machtigingsrichtlijn - voordat het bij richtlijn 2009/140/EG werd gewijzigd - bepaalt :

"Wanneer een lidstaat overweegt het aantal gebruiksrechten voor radiofrequenties te beperken, dient hij onder meer :

[...]

b) alle belanghebbende partijen, met inbegrip van gebruikers en consumenten, de mogelijkheid te bieden om zich uit te spreken over elke eventuele beperking overeenkomstig artikel 6 van richtlijn 2002/21/EG (Kaderrichtlijn);".

Een afspiegeling van die bepaling is terug te vinden in artikel 20, § 2, van de wet van 13 juni 2005, dat bepaalt :

"§ 2. Tijdens het verloop van de procedure tot beperking van het aantal gebruiksrechten voor radiofrequenties die geheel of gedeeltelijk gebruikt worden voor elektronische-communicatiediensten die aan het publiek worden aangeboden, zorgt het Instituut ervoor dat :

1/ alle belanghebbende partijen, met inbegrip van gebruikers en consumenten, zich in een openbare raadpleging overeenkomstig artikel 139 kunnen uitspreken over de voorgenomen beperking;

[...]".

⁽²¹⁾ Zie *Beginnelsen van de Wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab "Wetgevingstechniek", aanbeveling 53.

Volgens de inlichtingen die de gemachtigde van de minister heeft verschaft, zijn krachtens die bepalingen verscheidene openbare raadplegingen gehouden over de tekst die ontwerp 47.981/4 is geworden. De laatste raadpleging heeft plaatsgevonden van 24 december 2009 tot 21 januari 2010. Daarop zijn de personen die op de raadpleging geantwoord hebben gehoord en vervolgens is de tekst gewijzigd.

In dat verband moet erop worden gewezen dat de ontworpen tekst verschilt van het ontwerpbesluit waarover tussen 24 december 2009 en 21 januari 2010 een openbare raadpleging heeft plaatsgevonden ⁽²²⁾.

Bijgevolg rijst de vraag of, gelet op de bewoordingen zelf van artikel 7, lid 1, b), van de machtigingsrichtlijn, geen nieuwe openbare raadpleging zou moeten plaatsvinden over de gewijzigde versie van ontwerp 47.981/4, zodat inzonderheid de gebruikers en de consumenten hun opmerkingen over de aangebrachte wijzigingen kunnen meedelen.

Volgens de uitleg van de gemachtigde van de minister daaromtrent zouden de aangebrachte wijzigingen echter vooral van technische aard en van gering belang zijn en zouden ze geen afbreuk doen aan de kern van het ontwerp; tot slot zouden ze inhaken op de opmerkingen van de operatoren die zich tijdens de openbare raadpleging over het ontwerp uitgesproken hebben.

De steller van het ontwerp wordt erop gewezen dat, als hij niet nauwkeurig en concreet kan aantonen dat de wijzigingen in kwestie aan de uitleg van de gemachtigde van de minister beantwoorden, het beter zou zijn, om alle gevaar voor latere betwistingen daaromtrent te voorkomen, een nieuwe openbare raadpleging te organiseren zodat inzonderheid de gebruikers en de consumenten hun opmerkingen over de aangebrachte wijzigingen kunnen meedelen.

⁽²²⁾ Vergelijk daarbij inzonderheid de artikelen 4, 7, 9 en 26 van de tekst waarop de raadpleging betrekking had, alsook de artikelen 4, 7, 9 en 26 die om advies zijn voorgelegd aan de Raad van State.

IV. B. Algemene opmerking

In het advies van het BIPT over ontwerp 47.981/4 staat inzonderheid het volgende :

"7. Het huidige ontwerp bevat een beperking van 40 MHz voor een FDD-operator, terwijl een TDD-operator maximaal 45 MHz kan verwerven. Het Instituut stelt vast dat er een verschillende maximale spectrumhoeveelheid toegekend wordt aan FDD- en TDD-operatoren.

8. Artikel 8.1, tweede lid, van de Kaderrichtlijn stelt dat de lidstaten zoveel mogelijk rekening moeten houden met de wenselijkheid van voorschriften die technologisch neutraal zijn. Dit impliceert dat er gestreefd moet worden naar een gelijke behandeling van FDD en TDD en dat een verschil in behandeling tussen beide technologieën terdege gerechtvaardigd moet worden en proportioneel moet zijn aan het beoogde doel.

9. Het Instituut meent dat het verschil in behandeling gerechtvaardigd en proportioneel is. Men kan inderdaad redelijkerwijze aannemen dat de operatoren die zullen meebieden voor het FDD-spectrum operatoren zijn die reeds over 900MHz-, 1800MHz- en/of 2100MHz-spectrum beschikken (2G-en 3G-operatoren) : deze operatoren gebruiken immers uitsluitend FDD-technologie. Een TDD-operator zal dus met vrij grote waarschijnlijkheid een operator zijn die nog geen bestaande 2G-of 3G-operator is. De grotere hoeveelheid TDD-spectrum kan dan gerechtvaardigd worden aangezien de betreffende TDD-operator niet beschikt over spectrum in een lagere band".

Uit dat advies van het BIPT blijkt dus een verschil in behandeling tussen de FDD-operatoren en de TDD-operatoren dat, eveneens volgens het BIPT, evenwel gerechtvaardigd zou zijn.

Zoals in de gemeenschappelijke algemene opmerking II.B.1 hierboven al is opgemerkt, kan de afdeling Wetgeving van de Raad van State de gegevens aangehaald in het advies van het BIPT niet in al hun aspecten en nuances beoordelen, in zoverre ze onvoldoende ingelicht is over de feitelijke situaties waarop de ontwerptekst betrekking heeft, alsook over de wetenschappelijke en technische gegevens waarmee rekening moet worden gehouden.

Er moet evenwel op worden gewezen dat het advies van het BIPT wijst op een verschil in behandeling dat daarenboven niet uiteengezet of gerechtvaardigd wordt in het dossier dat aan de afdeling Wetgeving is bezorgd, inzonderheid niet in het verslag aan de Koning.

De steller van het ontwerp moet het ontworpen dispositief herzien in het licht van de beschouwingen in het advies van het BIPT. Als er een redelijke verantwoording is voor het verschil in behandeling dat door het BIPT wordt aangegeven, kan dat verschil in de ontworpen tekst gehandhaafd worden en moet het verslag aan de Koning dienovereenkomstig worden aangevuld.

IV. C. Bijzondere opmerkingen

Aanhef

Het lid over het advies van de afdeling Wetgeving moet als volgt gesteld worden :

"Gelet op advies 47.981/4 van de Raad van State, gegeven op 7 april 2010, met toepassing van artikel 84, § 1, eerste lid, 1/, van de wetten op de Raad van State, gecoördineerd op 12 januari 1973;" ⁽²³⁾.

Dispositief

Artikel 3

1. Artikel 3 van het ontwerp moet worden bekeken uit het oogpunt van de volgende bepalingen en beginselen.

⁽²³⁾ *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab "Wetgevingstechniek", aanbeveling 36.1 en formule F 3-5-2.

1/ Uit artikel 6, lid 1, en uit deel B, 4, van de bijlage van de machtigingsrichtlijn blijkt dat de lidstaten slechts het volgende kunnen bepalen wat de duur van de gebruiksrechten voor radiofrequenties betreft : "Maximumduur [van die rechten] overeenkomstig artikel 5 [van dezelfde richtlijn], onder voorbehoud van wijzigingen van het nationale frequentieplan".

Bovendien bepaalde het oorspronkelijke artikel 5, lid 2, tweede alinea, *in fine*, van deze richtlijn :

"Wanneer lidstaten gebruiksrechten verlenen voor een bepaalde termijn, moet de duur zijn aangepast aan de betrokken dienst".

Dat artikel 5 is vervangen bij richtlijn 2009/140/EG, zodat lid 2, vierde alinea, voortaan als volgt luidt :

"Wanneer lidstaten gebruiksrechten verlenen voor een bepaalde termijn, moet de duur zijn aangepast aan de betrokken dienst, gelet op het nagestreefde doel, naar behoren rekening houdend met het feit dat een passende periode voor de afschrijving van investeringen nodig is".

Richtlijn 2009/140/EG is bekendgemaakt in het *Publicatieblad van de Europese Unie* van 18 december 2009. Ze is in werking getreden op 19 december 2009, overeenkomstig artikel 6 ervan, dat bepaalt dat deze richtlijn in werking treedt op de dag volgende op die van haar bekendmaking in het *Publicatieblad*.

Die richtlijn moet, overeenkomstig artikel 5, lid 1, ervan, uiterlijk 25 mei 2011 omgezet zijn.

2/ De artikelen 5 en 6, lid 1, alsook deel B, 4, van de bijlage van de machtigingsrichtlijn, in de versie van die bepalingen vóór ze bij richtlijn 2009/140/EG zijn gewijzigd, zijn inzonderheid omgezet bij artikel 18 van de wet van 13 juni 2005.

Zo blijkt uit artikel 18, § 1, 4/, van de wet van 13 juni 2005 dat de voorwaarden voor het verkrijgen en uitoefenen van gebruiksrechten voor frequenties die door de Koning worden vastgesteld, alleen verband mogen houden met "de maximumduur onder voorbehoud van wijzigingen van het nationale frequentieplan".

Voorts bepaalt artikel 18, § 2, van die wet het volgende : "Wanneer het Instituut gebruiksrechten voor radiofrequenties verleent voor een bepaalde termijn is de duur aangepast aan de betrokken dienst" ⁽²⁴⁾.

2. Artikel 3 van ontwerp 47.981/4 moet aan al die bepalingen en beginselen getoetst worden.

In dat verband gaat de aandacht meer in het bijzonder naar paragraaf 1 van dat artikel 3.

Die paragraaf luidt als volgt :

"Art. 3. § 1. De gebruiksrechten zijn vijftien jaar geldig vanaf de datum van betekening ervan.

Na afloop van die eerste periode kan het Instituut de gebruiksrechten voor telkens vijf jaar verlengen. Indien het Instituut de gebruiksrechten niet verlengt, neemt het daartoe een gemotiveerde beslissing, uiterlijk twee jaar voor het verstrijken van de periode, na de betrokken operator te hebben gehoord".

2.1. Uit die bepaling blijkt dat het ontworpen besluit de duur van de gebruiksrechten in kwestie zonder voorbehoud bepaalt en de duur van een eventuele verlenging van die rechten ook onvoorwaardelijk vastlegt. Voorts voorziet het ontworpen besluit niet in de mogelijkheid dat de operator afstand doet van de hem toegekende rechten voordat de in de voorliggende bepaling gestelde termijn verstreken is.

⁽²⁴⁾ Artikel 18 van de wet van 13 juni 2005 is nog niet gewijzigd met het oog op de omzetting van richtlijn 2009/140/EG.

Het aldus ingevoerde mechanisme kan afbreuk doen aan de voornoemde wetsbepalingen van Europees en intern recht, want ze bieden de lidstaten alleen de mogelijkheid om de maximumduur van de gebruiksrechten vast te leggen.

De gemachtigde van de minister is het ermee eens dat, om dat te verhelpen, het woord "maximaal" zou moeten worden toegevoegd in het artikel 3, § 1, van het ontwerp, vóór de woorden "vijftien jaar" en vóór de woorden "vijf jaar". Voorts zou ook de tweede zin van artikel 3, § 1, tweede lid, moeten worden herzien wat de termijn betreft waarbinnen het BIPT de eventuele beslissing om de gebruiksrechten niet te verlengen, moet nemen.

2.2. Uit het gezichtspunt van dezelfde bepalingen en beginselen moet de steller van het ontwerp bovendien de geplande maximale duur kunnen rechtvaardigen, meer bepaald de omstandigheid dat die beperking is "aangepast aan de betrokken dienst". Om alle kritiek in het licht van richtlijn 2009/140/EG ⁽²⁵⁾ te voorkomen, moet de steller van het ontwerp er voorts op toezien dat in die verantwoording gelet wordt "op het nagestreefde doel, naar behoren rekening houdend met het feit dat een passende periode voor de afschrijving van investeringen nodig is".

3. Voor het overige wordt verwezen naar de voorafgaande gemeenschappelijke algemene opmerking II.B.1, punt 1, hierboven.

⁽²⁵⁾ De afdeling Wetgeving heeft al meermaals erop gewezen dat, ook al is de termijn voor omzetting van een richtlijn nog niet verstreken en ook al zijn de lidstaten-adressaten niet verplicht om de passende maatregelen te nemen voordat die omzettingstermijn verstreken is, zulks niet wegneemt dat die lidstaten binnen de omzettingstermijn geen bepalingen mogen uitvaardigen die het bereiken van het met de richtlijn beoogde resultaat ernstig in gevaar kunnen brengen. Zie in die zin het voormelde advies 39.718/AV (*Parl. St. Kamer*, nr. 51-2478/1, 176 [opmerking 3.1]); zie ook het zeer recente advies 47.626/4 van 27 januari 2010 over een voorontwerp van wet "houdende diverse bepalingen inzake telecommunicatie".

4. Aangezien de wet van 29 juli 1991 betreffende de uitdrukkelijke motivering van de bestuurshandelingen in het onderhavige geval van toepassing is, is er geen reden om te bepalen bepaald dat het BIPT een "gemotiveerde" beslissing moet nemen.

5. De voorliggende bepaling moet in het licht van de voorgaande opmerkingen worden herzien.

Artikel 7

1. Artikel 7 van het ontwerp heeft betrekking op het bedrag van en op een aantal nadere regels omtrent het jaarlijkse "recht" dat de radiotoegangsoperator moet betalen voor de beschikbaarstelling en de coördinatie van de frequenties.

Die bepaling heeft tot doel uitvoering te geven aan artikel 30, §§ 1 en 2, van de wet van 13 juni 2005, dat een ruime bevoegdheid terzake verleent aan de Koning.

Gelet op wat voorafgaat, moet men in verband met de paragrafen 1 en 2 van de voorliggende bepaling twee zaken voor ogen houden :

- 1/ wat het interne recht betreft, behoort er nogmaals op gewezen te worden dat, zoals de afdeling Wetgeving reeds heeft opgemerkt, een retributie zich laat definiëren als een geldelijke vergoeding van een dienst die de overheid presteert ten voordele van de heffingsplichtige, individueel beschouwd. Bovendien moet er een redelijke verhouding bestaan tussen, enerzijds, de waarde van de bewezen dienst en,

anderzijds, de gevorderde retributie; bij gemis van een zodanige verhouding verliest de retributie haar vergoedend karakter en wordt ze van fiscale aard ⁽²⁶⁾.

- 2/ 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)".

Aan die bevoegdheid die aan de lidstaten wordt opgedragen, zijn verscheidene voorwaarden verbonden.

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

⁽²⁶⁾ Zie, wat het begrip retributie betreft, meer bepaald advies 37.844/3, op 1 februari 2005 verstrekt over een ontwerp dat geleid heeft tot het koninklijk besluit van 10 augustus 2005 tot wijziging van het koninklijk besluit van 20 juli 1993 tot vaststelling van het bedrag van de bijdragen bedoeld in artikel 13bis van de wet van 25 maart 1964 op de geneesmiddelen, advies 37.295/4, op 28 juni 2004 verstrekt over een voorontwerp dat de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie is geworden (*Parl. St.*, Kamer, 2004-2005, nr. 51-1425/1 en 1426/1, 227-228) en het zeer recente advies 47.625/4, op 24 februari 2010 verstrekt over een voorontwerp van wet tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven en houdende wijziging van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector; zie ook Grondwettelijk Hof, arrest 164/2003 van 17 december 2003, en arrest 54/2008 dat reeds in voetnoot nr. 28 is genoemd; P. Goffaux, *Dictionnaire de droit administratif*, Bruylant, Brussel 2006, blz. 220 tot 223, en de genoemde literatuurplaatsen, e.a. Cass., 28 januari 1988, Pas., 1988, I, 619 en Cass., 10 mei 2002, AR C. 010034 F.

Anderzijds moeten de Lidstaten 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 Lidstaten worden opgelegd bij artikel 14 van de machtigingsrichtlijn ⁽²⁷⁾ wanneer er sprake is van wijziging van rechten, voorwaarden en procedures die van toepassing zijn op de gebruiksrechten.

Gezien de hiervoren wederom aangehaalde vereisten, geeft het ontworpen dispositief aanleiding tot de volgende opmerkingen :

1/ Uit het oogpunt van het Europese recht moet de steller van het voorontwerp 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 "rechten" waarin het ontworpen dispositief voorziet. In dat verband moet de steller van het ontwerp kunnen aantonen dat hij die bedragen heeft vastgesteld op basis van een precieze en concrete analyse van de kosten van de dienst die bestaat in het ter beschikking stellen en coördineren van de frequenties.

Bovendien moet in die verantwoording rekening worden gehouden met de omstandigheid dat de beoogde "rechten" zullen komen boven op de "enige heffing" voorgeschreven in artikel 30, § 1/1, § 1/2, § 1/3 en § 1/4, van de wet van 13 juni 2005 en, ruimer nog, met het concessierecht dat betaald wordt na de toewijzing bij opbod voorgeschreven in de ontworpen tekst ⁽²⁸⁾.

⁽²⁷⁾ 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.

⁽²⁸⁾ In verband met de cumulatie van de bedragen die aldus moeten worden betaald door radiotoegangsoperatoren, wordt verwezen naar de opmerkingen dienaangaande, die zeer onlangs geformuleerd zijn door de afdeling Wetgeving van de Raad van State in het voornoemde advies 47.728/4.

Uit het oogpunt van het interne recht, dient de steller van het ontwerp eveneens in staat te zijn aan te tonen dat het bedrag van 26.000 euro per toegekende MHz redelijkerwijs in verhouding staat tot de waarde van de dienst die bestaat in het ter beschikking stellen en het coördineren van de frequenties.

2/ Gelet op het evenredigheidsbeginsel dat voortvloeit uit zowel de gemeenschapsrechtelijke bepalingen, als uit de hiervoren weer aangehaalde internrechtelijke bepalingen, doet de voorliggende bepaling nog vragen rijzen doordat in paragraaf 1, tweede lid ervan, wordt bepaald dat "het bedrag van dat recht (van 26.000 euro per MHz) onafhankelijk (is) van het aantal stations voor radiocommunicatie die de frequentie in kwestie exploiteren".

Een dergelijke bepaling kan immers enkel worden toegestaan op voorwaarde dat het aantal voornoemde stations geen invloed van betekenis heeft op de waarde van de dienst die bestaat in het ter beschikking stellen en het coördineren van de frequenties.

Ook artikel 7, § 2, derde lid, van het ontwerp waarin bepaald wordt dat "frequenties die buiten dienst gesteld worden, vanaf 1 januari van het daaropvolgende jaar niet onderworpen (zijn) aan de betaling van het jaarlijkse recht" doet vragen rijzen ten aanzien van het hiervoren gememoreerde evenredigheidsbeginsel.

Uit die bepaling volgt immers dat het "recht" pas vanaf 1 januari volgend op de datum van het buiten dienst stellen van de frequenties niet meer hoeft te worden betaald. Ook schrijft de ontworpen tekst geen terugbetaling voor van het al betaalde jaarlijkse "recht" naar verhouding van het resterende gedeelte van die termijn tussen de datum van het buiten dienst stellen van de frequentie en 1 januari daaropvolgend.

Het is de afdeling Wetgeving evenwel niet, *a priori*, duidelijk welke redenen kunnen wettigen dat het buiten dienst stellen van de frequenties geen aanleiding geeft tot de, naargelang van het geval, volledige of gedeeltelijke terugbetaling van het jaarlijkse "recht" dat betaald zou zijn voor de periode die volgt op het buiten dienst stellen ⁽²⁹⁾.

De voorliggende bepaling moet opnieuw worden onderzocht in het licht van de voorgaande opmerkingen : de ontworpen tekst moet gerechtvaardigd kunnen worden zoals vereist krachtens de hiervoren weer genoemde gemeenschapsrechtelijke en internrechtelijke bepalingen, zo niet dient artikel 7, §§ 1 en 2, van het ontwerp te worden herzien.

2. Door in paragraaf 3 te bepalen dat "rechten" die op de vastgestelde vervaldatum niet zijn betaald, van rechtswege en zonder ingebrekestelling, aanleiding geven tot intrest, gaat de Koning Zijn bevoegdheden te buiten : het komt Hem immers niet toe om af te wijken van het gemene recht ⁽³⁰⁾.

Deze bepaling dient te vervallen.

⁽²⁹⁾ Zie, *mutatis mutandis*, advies 42.548/4, gegeven op 16 april 2007, door de afdeling Wetgeving van de Raad van State over een ontwerp dat aanleiding heeft gegeven tot het koninklijk besluit van 27 april 2007 betreffende het beheer van de nationale nummeringsruimte en de toekenning en intrekking van gebruiksrechten voor nummers. Zie eveneens het voornoemde advies 47.728/4, opmerkingen 5 en 6 van dat advies.

Vergelijk met artikel 4, 2/, en artikel 9, 2/, van ontwerp 47.980/4, die wijzigingen aanbrengen in respectievelijk de koninklijke besluiten van 7 maart 1995 en 24 oktober 1997.

De afdeling Wetgeving merkt evenwel op dat er geen soortgelijke bepaling bestaat wat betreft het koninklijk besluit van 18 januari 2001.

⁽³⁰⁾ Zie het voornoemde advies 42.548/4, alsook advies 45.792/4, gegeven op 6 januari 2009, over een ontwerp dat aanleiding gegeven heeft tot het koninklijk besluit van 24 maart 2009 betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 3410-3500/3510-3600 MHz en 10150-10300/ 10500-10650 MHz.

Artikel 9

Artikel 9 van het ontwerp bepaalt dat wanneer het BIPT het gebruiksrecht voor een frequentie intrekt, omdat deze door de radiotoegangsoperator niet binnen drie jaar in dienst is genomen "deze intrekking vanwege het Instituut (...) nooit aanleiding (geeft) tot een schadeloosstelling van het geheel of een deel van de rechten die eventueel betaald zijn overeenkomstig artikel 7 (van het ontworpen besluit)".

Bezien vanuit artikel 10 ⁽³¹⁾ van de machtigingsrichtlijn en van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, alsook vanuit het niet-discriminatiebeginsel en het evenredigheidsbeginsel die vervat zijn in die bepalingen, is het de afdeling Wetgeving niet duidelijk welke redenen kunnen wettigen dat de intrekking van niet gebruikte frequenties geen aanleiding kan geven tot, naargelang van het geval, volledige of gedeeltelijke terugbetaling van het jaarlijkse "recht" betaald voor de periode die volgt op het intrekkingbesluit ⁽³²⁾.

Artikel 10

Artikel 10, § 1, van het ontworpen besluit luidt als volgt :

"De operator brengt het publiek duidelijk en precies op de hoogte over de dekking die door zijn dienst wordt geboden. De verstrekte informatie stelt het publiek in staat om ondubbelzinnig vast te stellen waar zij van de betreffende dienst gebruik kunnen maken. De operator maakt bij zijn informatieverstrekking minstens het onderscheid tussen de dekking op autowegen, met name de verkeersaders met de letters E, A en R, en de overige dekking".

⁽³¹⁾ Dit geldt zowel voor artikel 10, zoals het gesteld was vóór de wijziging ervan door richtlijn 2009/140/EG, als voor de versie van dat artikel na die wijziging.

⁽³²⁾ Zie het voornoemde advies 42.548/4. Zie eveneens het voornoemde advies 47.728/4, opmerkingen 5 en 6 daarvan.

Gevraagd naar de rechtsgrond van die vereiste, heeft de gemachtigde van de minister de volgende uitleg verstrekt :

"A) En ce qui concerne le fondement légal de l'article 10 du projet d'AR

L'article 18, § 1^{er}, de la loi du 13 juin 2005 stipule :

«Art. 18. § 1^{er}. Les conditions d'obtention et d'exercice des droits d'utilisation de radiofréquences utilisées entièrement ou partiellement pour des services de communications électroniques offerts au public, sont fixées par le Roi, par un arrêté pris après l'avis de l'Institut et après délibération en Conseil des ministres, et peuvent uniquement porter sur :

1/ le service, le réseau ou la technologie concernée, pour lesquels les droits d'utilisation de la radiofréquence sont accordés, y compris, le cas échéant, l'utilisation exclusive d'une radiofréquence pour la transmission d'un contenu déterminé ou de services spécifiques;

2/ l'utilisation effective et efficace des radiofréquences conformément aux dispositions légales et réglementaires applicables;»

En vertu des parties 1/ et 2/ cités, des obligations portant sur le service ou le réseau et sur l'utilisation effective et efficace des radiofréquences peuvent être imposées.

L'article 18, § 1^{er}, 1/ et 2/, permet au Roi de préciser ce qu'il faut entendre par «portant sur le service ou le réseau et sur l'utilisation effective et efficace des radiofréquences ».

En vertu de ces dispositions, le Roi peut imposer des obligations de couverture ou d'information portant sur la couverture.

B) En ce qui concerne la réglementation européenne

L'article 18 de la loi du 13 juin 2005 est la transposition de l'Annexe B à la Directive autorisation. La partie 1 a été légèrement réécrite par la Directive 2009/140 et est désormais rédigé comme suit :

«1. Obligation de fournir un service (...) pour (lequel) les droits d'utilisation de la fréquence ont été accordés, y compris, le cas échéant, des exigences de couverture et de qualité.»

L'Annexe B précise quelles sont les exigences de couverture ou de quelle manière celles-ci doivent être réalisées. Il n'existe donc pas d'obligation d'exprimer des exigences de couverture sous la forme de pourcentages de couverture qui doivent être réalisés à un moment donné.

.../...

Les États membres sont libres de déterminer quelles sont les exigences de couverture et la manière dont celles-ci peuvent être imposées.

C) En ce qui concerne l'article 10 du projet d'AR

L'article 10 du projet d'AR fixe, en exécution de l'article 18, 1/ et 2/, de la loi du 13 juin 2005 et conformément à la partie 1 de l'Annexe B de la nouvelle Directive autorisation, les exigences imposées aux opérateurs 4G en matière de couverture. Concrètement, il stipule que les opérateurs doivent informer le public de la couverture réalisée. Les opérateurs ont ainsi tout intérêt à réaliser une couverture la plus optimale possible et l'on peut dès lors raisonnablement supposer que cela se fera : en raison de l'obligation d'information à ce sujet, la couverture effective réalisée contribuera à déterminer l'image des opérateurs en question.

La couverture ainsi réalisée favorisera parallèlement une utilisation efficace des radiofréquences.

L'on peut en outre supposer que cette façon d'imposer des obligations de couverture est plus efficace que l'imposition de pourcentages de couverture déterminés dont l'application est en pratique, difficile à contrôler".

L'explication complémentaire suivante a en outre été communiquée :

"L'article 22.1 de la Directive service universel constitue également une base légale pour l'obligation d'information en question. Cet article stipule en effet que :

«Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales soient en mesure, après avoir pris en compte l'opinion des parties intéressées, d'exiger des entreprises offrant des réseaux et/ou services de communications électroniques accessibles au public la publication, à l'attention des utilisateurs finals, d'informations comparables, adéquates et actualisées sur la qualité de leurs services et sur les mesures prises pour assurer un accès d'un niveau équivalent pour les utilisateurs finals handicapés. Ces informations sont fournies, sur demande, à l'autorité réglementaire nationale avant leur publication»" ⁽³³⁾.

Rekening houdend met deze uitleg en onder voorbehoud van de hiervoren gemaakte gemeenschappelijke algemene opmerking II.B.2, lijkt de voorliggende bepaling te mogen worden toegestaan.

⁽³³⁾ Voordat deze bepaling vervangen werd bij richtlijn 2009/136/EG, die in werking getreden is op 19 december 2009, luidde ze als volgt :
"De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties, na de meningen van de belanghebbende te hebben gehoord, kunnen verlangen dat ondernemingen die openbare elektronische communicatiediensten aanbieden, vergelijkbare, toereikende en actuele informatie over de kwaliteit van hun diensten ten behoeve van de eindgebruikers publiceren. De informatie wordt, op verzoek, ... eveneens aan de ... regelgevende instantie verstrekt".

Na deze precisering, moet evenwel worden opgemerkt dat de informatieplicht die opgelegd wordt door artikel 10, § 1, van het ontwerp, niet nauwkeurig genoeg is, meer bepaald wat betreft de wijze van bekendmaking van de informatie bestemd voor het "publiek". De bepaling zou erbij winnen als ze op dat punt nauwkeuriger was.

Artikel 17

In artikel 17 behoren de woorden "geveild worden" vervangen te worden door de woorden "bij opbod toegewezen worden" ⁽³⁴⁾.

Artikel 30

Teneinde rekening te houden met het geval omschreven in artikel 23, § 2, tweede lid, behoren in punt 2/ de woorden "of geacht worden het te hebben gedaan" te worden toegevoegd.

Artikel 34

De afdeling Wetgeving ziet niet in wat het verschil is tussen de strafbare feiten bedoeld in onderdeel 1/ en onderdeel 2/ van paragraaf 1, gelet op de reeds zeer ruime kwalificatie van de strafbare feiten in artikel 21 van het onderzochte besluit ⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ Zie in dat verband advies 30.700/4, gegeven op 9 oktober 2000, over een ontwerp dat aanleiding gegeven heeft tot 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 (opmerking betreffende artikel 31 van het ontwerp dat onderzocht is in advies 30.700/4).

⁽³⁵⁾ Zie in dat verband het voornoemde advies 30.700/4 (opmerking betreffende artikel 63 van het ontwerp dat onderzocht is in advies 30.700/4).

Artikel 35

In paragraaf 2 van artikel 35 van het ontwerp, behoren de woorden "elke kandidaat" vervangen te worden door de woorden "de radiotoegangsoperator".

Bijlage

Aan het eind van de bijlage moet het volgende worden vermeld : "Gezien om gevoegd te worden bij het koninklijk besluit van... (datum gevolgd door het opschrift van het besluit)". Voorts moet op de bijlage dezelfde datum en hetzelfde ondertekeningsformulier worden vermeld als die welke voorkomen in de tekst waarbij ze gevoegd wordt ⁽³⁶⁾.

⁽³⁶⁾ Zie *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab "Wetgevingstechniek", aanbeveling nr. 172 en formule F 4-8-2.

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. LIÉNARDY,	kamervoorzitter,
	J. JAUMOTTE,	staatsraden,
de Dames	M. BAGUET,	
	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