

ROYAUME DE BELGIQUE

AVIS 50.003/4
DU 26 SEPTEMBRE 2011

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 13 juillet 2011, d'une demande d'avis, dans un délai de trente jours prorogé jusqu'au 30 septembre 2011 ^(*), sur un avant-projet de loi « portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques », a donné l'avis suivant :

^(*) Par courriel du 14 juillet 2011.

Compte tenu du moment où le présent avis est donné, le Conseil d'État attire l'attention sur le fait qu'en raison de la démission du Gouvernement, la compétence de celui-ci se trouve limitée à l'expédition des affaires courantes. Le présent avis est toutefois donné sans qu'il soit examiné si l'avant-projet relève bien de la compétence ainsi limitée, la section de législation n'ayant pas connaissance de l'ensemble des éléments de fait que le Gouvernement peut prendre en considération lorsqu'il doit apprécier la nécessité d'arrêter ou de modifier des dispositions réglementaires.

*
* *

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, des lois coordonnées sur le Conseil d'État, tel qu'il est remplacé par la loi du 2 avril 2003, la section de législation limite son examen au fondement juridique de l'avant-projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

Sur ces trois points, l'avant-projet appelle les observations ci-après.

I. Observation préalable

Les articles 46, 47, 115 et 119 de l'avant-projet de loi sont identiques aux articles 2, 3, 4 et 5 d'un avant-projet de loi 'modifiant l'article 74 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques et l'article 45^{bis} de l'annexe de cette loi', qui a donné lieu, le 16 mai 2011, à l'avis 49.569/4.

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 est requise, portant sur les dispositions nouvelles.

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.

Eu égard à ce qui précède, il convient de constater, dans le cas d'espèce, que la section de législation a épuisé sa compétence relativement aux articles 46, 47, 115 et 119 de l'avant-projet de loi à l'examen, à l'exception, en, ce qui concerne l'article 46, de l'extension de la composante sociale « aux opérateurs (...) offrant un service de communications électroniques ».

L'auteur de l'avant-projet veillera, dans le document qui sera déposé sur le bureau de la Chambre des représentants, à joindre au présent avis l'avis 49.569/4, précité, ainsi que le texte de l'avant-projet sur lequel il a été donné, afin d'assurer la parfaite information des membres de l'assemblée délibérante.

II. Formalités préalables et compétence de l'autorité fédérale

La nécessité d'une coopération dans l'exercice des compétences en matière d'infrastructure des communications électroniques

1. Dans son avis 41.711/VR donné le 28 novembre 2006 en chambres réunies sur un amendement du Gouvernement à l'avant-projet devenu la loi du 27 décembre 2006 portant des dispositions diverses (II) (amendement portant assentiment à l'accord de coopération en matière de réseaux de communications électroniques), la section de législation a rappelé ce qui suit :

« [...] La nécessité d'une coopération entre les différentes autorités dans l'exercice de leurs compétences respectives en matière d'infrastructure des communications électroniques repose sur deux motifs clairs.

Il résulte de la répartition des compétences que tant l'autorité fédérale que les communautés sont compétentes en ce qui concerne l'infrastructure des communications électroniques. En vertu des articles 127, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, et 130, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, 1^o, de la Constitution, ainsi que de l'article 4, 6^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles et de l'article 4, § 1^{er}, de la loi du 31 décembre 1983 de réformes institutionnelles pour la Communauté germanophone, les communautés sont compétentes pour la radiodiffusion et la télévision. Cette compétence concerne également leurs aspects techniques et notamment aussi l'infrastructure des communications qui est utilisée à cet égard. En vertu de son pouvoir résiduel, l'autorité fédérale est compétente pour les autres formes de télécommunication, y compris également pour leurs aspects techniques, sans préjudice

de la police générale des ondes radioélectriques¹ et de ses compétences en matière biculturelle dans la région bilingue de Bruxelles-Capitale. Les progrès technologiques, notamment la convergence des secteurs de la télécommunication et de l'audiovisuel et l'utilisation conjointe de l'infrastructure de transmission, ont fait en sorte que les compétences respectives de l'État fédéral et des Communautés sont à ce point imbriquées qu'il est impensable que les autorités concernées les exercent sans plus de manière unilatérale. Tant la Cour d'arbitrage dans différents arrêts², que le Conseil d'État³, section de législation, dans différents avis, ont dès lors souligné la nécessité d'une coopération dans l'exercice des compétences respectives en matière d'infrastructure des communications. Selon la Cour d'arbitrage, cette nécessité d'une coopération résulte plus particulièrement du 'principe de proportionnalité', qui implique en l'espèce que les autorités respectives ne prennent pas de décisions unilatérales en ce qui concerne cette infrastructure des communications⁴.

Sous l'angle du droit européen également, la coopération est absolument nécessaire. Selon la Cour d'arbitrage, les directives du 7 mars 2002 relatives aux réseaux et services de communication électronique disposent qu'en raison de la convergence des secteurs des télécommunications, des médias et des technologies de l'information, tous les réseaux et services de transmission doivent relever d'un même cadre réglementaire⁵. Au cas où il existe plusieurs autorités réglementaires au sein d'un État membre, les directives mentionnées imposent aux États membres de veiller à la coopération dans les sujets d'intérêt commun (article 3, paragraphe 4, de la directive-cadre 2002/21/CE)⁶.

¹ *Note infrapaginale 1 de l'avis cité* : En ce qui concerne ce point particulier, voir notamment l'arrêt n° 132/2004 du 14 juillet 2004 de la Cour d'arbitrage, B.4.2, alinéa 2, *in fine*, reproduit dans l'arrêt n° 163/2006 du 8 novembre 2006 de la Cour d'arbitrage, B.3.1.

² *Note infrapaginale 2 de l'avis cité* : Cour d'arbitrage, n° 132/2004, 14 juillet 2004; Cour d'arbitrage, n° 128/2005, 13 juillet 2005; Cour d'arbitrage n° 163/2006, 8 novembre 2006.

³ *Note infrapaginale 3 de l'avis cité* : Avis 33.255/4 du 5 juin 2002 sur un projet devenu la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, Doc. parl., Chambre, 2001-2002, n° 50-1937/1, 56-57; avis 33.865/4 du 13 novembre 2002 sur un projet devenu le décret de la Communauté française du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, Doc. parl., Parl. Comm. Fr., 2002-2003, n° 357/1; avis 35.686/1/V du 31 juillet 2003 sur un projet devenu le décret de la Communauté flamande du 7 mai 2004 modifiant certaines dispositions des décrets relatifs à la radiodiffusion et à la télévision, coordonnés le 25 janvier 1995, et certaines autres dispositions relatives à la radiodiffusion et à la télévision, Doc. parl., Parl. fl., 2003-2004, n° 2156/1, 87-88; avis 37.295/4 du 28 juin 2004 sur un avant-projet de loi "relatif aux communications électroniques", Doc. parl., Chambre, 2004-2005, n° 51-1425/1, 211-217; avis 37.660/3 du 28 septembre 2004 sur un projet devenu le décret de la Communauté germanophone du 27 juin 2005 sur la radiodiffusion et les représentations cinématographiques, Doc. parl., Comm. germ., 2004-2005, n° 35/1; avis 38.451/1/2/3/4/VR, des 26, 27 et 31 mai 2005 sur un projet devenu la loi du 20 juillet 2005 portant des dispositions diverses, Doc. parl., Chambre, 2004-2005, n° 1845/1.

⁴ *Note infrapaginale 4 de l'avis cité* : Cour d'arbitrage, n° 132/2004, 14 juillet 2004, B.6.2.

⁵ *Note infrapaginale 5 de l'avis cité* : Cour d'arbitrage, n° 132/2004, 14 juillet 2004, B.5.2.

⁶ *Note infrapaginale 6 de l'avis cité* : 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.

[...] La nécessité d'une coopération, qui résulte tant des dispositions répartitrices de compétences que des directives européennes, implique qu'aucune des autorités concernées ne peut prendre de décisions unilatérales à l'égard d'une infrastructure qui est utilisée tant pour la transmission des programmes de radiodiffusion et de télévision, pour lesquels les Communautés sont compétentes, que pour les autres services de communications électroniques, qui relèvent de l'autorité fédérale »⁷.

S'agissant de l'intervention du législateur⁸ de l'un des niveaux de pouvoir compétents en matière de communications électroniques, la section de législation a déjà souligné que la coopération requise en vue d'adopter une « réglementation de commun accord » pouvait consister en d'autres modalités que la conclusion d'un accord de coopération, tel, par exemple, l'accord du Comité de concertation sur la législation en projet⁹.

Sur ce point, il convient d'avoir égard à l'article 9, alinéa 2, de l'accord de coopération du 17 novembre 2006 entre l'État fédéral, la Communauté flamande, la Communauté française et la Communauté germanophone relatif à la consultation mutuelle lors de l'élaboration d'une législation en matière de réseaux de communications électroniques, lors de l'échange d'informations et lors de l'exercice des compétences en matière de réseaux de communications électroniques par les autorités de régulation en charge des télécommunications ou de la radiodiffusion et la télévision¹⁰.

Cet article 9, alinéa 2, prévoit que :

« Le Comité interministériel des Télécommunications et de la Radiodiffusion et la Télévision a pour mission d'organiser de manière concertée, dans le respect des compétences de chacun et selon les modalités et procédures fixées en Comité de concertation, la consultation mutuelle relative aux initiatives respectives concernant la rédaction d'un projet de législation sur la radiodiffusion et les télécommunications ».

⁷ *Doc. parl.*, Chambre, 2006-2007, n° 51 2761/011.

⁸ Sur la nécessité d'une coopération dans l'hypothèse de l'intervention du législateur, voir notamment QUECK, R., VALCKE, P. & COPPIETERS 'T WALLANT, Q., « L'arrêt de la Cour d'arbitrage du 14 juillet 2004 : percée ou impasse ? », note d'observations sous C.C., 14 juillet 2004, n° 132/2004, R.D.T.I. 2005, n° 21, p. 70 : « Il ne faut pas seulement que soient mises sur pied des procédures de concertation et de coopération devant être suivies par les différents régulateurs (...) lors de l'exercice de leurs compétences distinctes, mais la Cour d'arbitrage exige aussi une coopération entre les législateurs lorsqu'ils établissent et déterminent les compétences de ces régulateurs (donc en amont de l'exercice par les régulateurs de leurs compétences) ».

⁹ Voir, à ce propos, l'avis 42.495/4 donné le 19 mars 2007 par la section de législation sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 2 juillet 2007 'remplaçant les articles 81 à 83 et 90 à 98 du décret du 27 février 2003 sur la radiodiffusion, annulés par la Cour constitutionnelle le 8 novembre 2006' (*Doc. parl.*, Parl. Comm. fr., 2006-2007, n° 409/1, pp. 18-19).

¹⁰ Assentiment a été donné à cet accord par la loi du 27 décembre 2006, le décret de la Communauté flamande du 4 mai 2007, le décret de la Communauté germanophone du 25 juin 2007, et le décret de la Communauté française du 2 juillet 2007.

2. En l'espèce, l'avant-projet de loi a pour objet la transposition de deux directives européennes modificatives, dont nombre de dispositions ont trait à la compétence du régulateur fédéral ainsi qu'aux réseaux de communications électroniques, c'est-à-dire, aux infrastructures de communications électroniques.

En vertu des principes rappelés ci-avant, ces dispositions ne pourront être adoptées qu'en coopération avec les autres niveaux de pouvoirs concernés.

Le dossier communiqué au Conseil d'État contient la notification de la délibération du Conseil des Ministres du 1^{er} juillet 2011, lors de laquelle il a été décidé de soumettre l'avant-projet de loi non seulement à la section de législation du Conseil d'État, mais également, pour concertation, au Comité interministériel des Télécommunications et de la Radiodiffusion et de la Télévision et, pour approbation, au Comité de concertation.

Interrogé sur l'état des procédures devant ces deux Comités, les délégués du ministre ont répondu que celles-ci étaient en cours.

Il convient que l'auteur de l'avant-projet veille à ce que ces procédures destinées à assurer la coopération requise, soient menées à leur terme.

Si des modifications devaient être apportées au texte en projet ensuite de ces procédures, l'avant-projet modifié devrait alors être soumis à nouveau à la section de législation, afin que celle-ci se prononce sur les modifications ainsi apportées.

C'est sous réserve de cette observation que les observations générales et particulières qui suivent sont faites.

III. Examen de l'avant-projet

Observations générales

1. L'IBPT : contrôle de tutelle et pouvoir de décision, notamment le pouvoir réglementaire

1. En son article 4, l'avant-projet de loi envisage d'abroger l'article 15 de la loi du 17 janvier 2003 'relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges'.

Cet article 15 a trait au contrôle de tutelle exercé sur les décisions de l'I.B.P.T. par le ministre qui a dans ses attributions les Services postaux ou les Télécommunications.

Il est rédigé comme suit :

« Art. 15. § 1^{er}. Le Conseil des Ministres peut, sur proposition du Ministre, par arrêté motivé, suspendre l'exécution de certaines décisions, dont le Roi détermine la liste par arrêté délibéré en Conseil des ministres, par lesquels l'Institut viole la loi ou blesse l'intérêt général.

L'arrêté de suspension doit intervenir dans les trente jours de la réception de l'acte par le Conseil des Ministres. Il est immédiatement notifié à l'Institut et aux intéressés.

L'Institut doit modifier l'acte suspendu dans les quinze jours à compter de sa suspension en se conformant à l'arrêté motivé prévu à l'alinéa 1.

§ 2. Par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, le Roi fixe les modalités des procédures décrites au présent article.

§ 3. Les mesures d'exécution du présent article doivent être prises dans les trois mois qui suivent le jour de la publication de la loi au *Moniteur belge* »¹¹.

La disposition dont l'abrogation est envisagée concerne donc toutes les compétences de l'I.B.P.T., qu'il s'agisse de la matière des services postaux ou de celle des communications électroniques.

Dans le même temps, l'avant-projet de loi entend modifier l'article 34 de la loi du 17 janvier 2003 précitée afin de prévoir la communication du plan stratégique de l'I.B.P.T. non seulement à la Chambre des représentants mais aussi au Conseil des ministres. Par ailleurs, si le texte en projet envisage de supprimer l'audition systématique annuelle de membres du conseil de l'I.B.P.T. par la Chambre des représentants, cette dernière disposera encore de la faculté d'entendre ceux-ci.

Enfin, il convient de relever que la demande d'avis adressée à la section de législation porte non seulement sur l'avant-projet ici examiné, mais également sur un avant-projet de loi 'portant modification de la loi du 17 janvier 2003 concernant les recours et le traitement des litiges à l'occasion de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges', lequel a fait l'objet de l'avis 50.004/4, donné ce jour.

Cet avant-projet entend laisser intacte la disposition qui permet au ministre compétent de former contre toute décision de l'I.B.P.T., un recours de pleine juridiction auprès de la Cour d'appel de Bruxelles, qui statue comme en référé.

¹¹ Il est à noter qu'en l'état des textes publiés au *Moniteur belge*, les mesures d'exécution requises par cette disposition n'ont pas été adoptées à ce jour.

2. L'avant-projet de loi, spécialement en ce qu'il abroge l'article 15 reproduit plus haut, doit être examiné au regard d'un arrêt récent de la Cour constitutionnelle, à savoir l'arrêt n° 130/2010 du 18 novembre 2010.

Cette décision fait suite à une question préjudicielle posée par le Conseil d'État concernant la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité', en particulier ses articles 23, § 2, alinéa 2, 15°, et 31.

Ainsi, par arrêt n° 198.369 du 30 novembre 2009 en cause de la ville de Wavre contre la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz, dont l'expédition est parvenue au greffe de la Cour le 8 décembre 2009, le Conseil d'État a posé la question préjudicielle suivante :

« La loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité, en tant qu'elle confie des prérogatives d'autorité administrative à la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz, comme celui de contrôler la comptabilité des entreprises du secteur de l'électricité (article 23, § 2, alinéa 2, 15° de la loi du 29 avril 1999) ou celui de prononcer une amende administrative (article 31 de la loi du 29 avril 1999), alors que la direction de cette Commission n'est pas assurée directement par le pouvoir exécutif, celui-ci ne pouvant exercer sur la Commission un contrôle suffisant pour pouvoir assumer devant les Chambres législatives la responsabilité politique des actes qu'elle pose, viole-t-elle les articles 10 et 11 de la Constitution, pris isolément et combinés avec les articles 33 et 37 de la Constitution dans la mesure où ceux qui sont destinataires de décisions prises par la Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz, contrairement aux autres citoyens qui font l'objet d'une décision administrative, ne jouissent pas de la garantie de voir la décision prise par une autorité administrative dont la direction est assurée directement par le pouvoir exécutif, celui-ci pouvant exercer sur l'autorité administrative un contrôle suffisant pour pouvoir en assumer la responsabilité politique devant les Chambres législatives ? »

La Cour constitutionnelle a répondu comme suit à cette question :

« B.2. La Cour est interrogée sur la compatibilité des articles 23, § 2, alinéa 2, 15°, et 31 précités de la loi du 29 avril 1999 avec les articles 10 et 11, combinés ou non avec les articles 33 et 37, de la Constitution, en ce que le destinataire d'une décision de la CREG, dont la direction ne serait pas assurée directement par le pouvoir exécutif, ferait l'objet d'une différence de traitement injustifiée par rapport au destinataire d'une décision des autorités administratives dont la direction est assurée directement par le pouvoir exécutif, les décisions de la CREG échappant au contrôle du pouvoir exécutif et, par conséquent, à la possibilité d'assumer devant la Chambre des représentants la responsabilité politique des actes qu'elle pose.

B.3.1. La Commission de Régulation de l'Electricité a été créée par l'article 23 de la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché de l'électricité'. Dans la loi du 29 avril 1999 'relative à l'organisation du marché du gaz et au statut fiscal des producteurs d'électricité' (*Moniteur belge* du 11 mai 1999), des compétences complémentaires en matière du marché du gaz lui ont été octroyées; la Commission est dès lors désignée à l'article 15 de cette dernière loi comme étant la 'Commission de Régulation de l'Electricité et du Gaz' ou CREG. La CREG est un organisme autonome ayant la personnalité juridique dont le siège est établi dans l'arrondissement de Bruxelles-Capitale.

Aux termes de l'article 23 de la loi en cause du 29 avril 1999 et de l'article 15/14 de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations, la CREG est investie d'une mission de conseil auprès des autorités publiques en ce qui concerne l'organisation et le fonctionnement des marchés de l'électricité et du gaz, d'une part, et d'une mission générale de surveillance et de contrôle de l'application des lois et règlements y relatifs, d'autre part. L'article 31 de la même loi du 29 avril 1999 autorise notamment la CREG à infliger des sanctions sous la forme d'amendes administratives en cas de violation des dispositions de la loi précitée ou de ses arrêtés d'exécution.

B.3.2. La création de la CREG s'inscrit dans le contexte de la libéralisation du marché de l'électricité réalisée en exécution de directives de l'Union européenne.

Ces directives tendent à assurer l'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence au bénéfice des entreprises et des consommateurs. Elles ont imposé la création, dans chaque État membre, d'une autorité nationale de régulation qui a notamment pour mission d'exercer un contrôle sur les gestionnaires de réseau et sur leurs tarifs et qui peut aussi être chargée du contrôle de leur comptabilité. La CREG est l'autorité fédérale belge de régulation des marchés de l'électricité et du gaz.

B.4. La CREG est une autorité administrative qui dispose d'une large autonomie qui n'est pas compatible avec la soumission de cette autorité à un contrôle hiérarchique ou à une tutelle administrative. Elle est instituée dans le but d'accomplir certaines missions que le législateur souhaitait soustraire à l'autorité du Gouvernement fédéral.

B.5. L'absence de contrôle hiérarchique ou de tutelle administrative n'est pas contraire à la Constitution. L'article 37 de la Constitution, invoqué aussi dans la question préjudicielle, ne s'oppose pas non plus à ce que, dans une matière technique déterminée, le législateur confie des compétences exécutives spécifiques à une autorité administrative autonome qui reste, pour le surplus, soumise tant au contrôle juridictionnel qu'au contrôle parlementaire. Par ailleurs, dans le considérant 34 de la directive 2009/72/CE, il est dit que l'indépendance du régulateur de l'énergie 'n'empêche ni l'exercice d'un contrôle juridictionnel, ni l'exercice d'un contrôle parlementaire conformément au droit constitutionnel des États membres'.

B.6.1. Les actes administratifs de la CREG peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel. Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 27 juillet 2005 précitée, ils étaient soumis aux recours prévus par les lois coordonnées sur le Conseil d'État.

B.6.2. Il ressort de la jurisprudence du Conseil d'État qu'il procède à un contrôle juridictionnel approfondi, tant au regard de la loi qu'au regard des principes généraux du droit. Le Conseil d'État examine à cet égard si la décision de l'autorité soumise à son contrôle est fondée en fait, si elle procède de qualifications juridiques correctes et si la mesure n'est pas manifestement disproportionnée au fait établi. Lorsqu'il annule cette dernière, l'autorité est tenue de se conformer à l'arrêt du Conseil d'État : si l'autorité prend une nouvelle décision, elle ne peut méconnaître les motifs de l'arrêt annulant la première décision; si elle s'en tient à l'annulation, l'acte attaqué est réputé ne pas avoir existé.

B.6.3. En outre, le Conseil d'État peut, dans les conditions prévues par l'article 17 des lois coordonnées sur le Conseil d'État, ordonner la suspension de l'exécution de la décision qui a imposé des sanctions, le cas échéant, en statuant en extrême urgence.

B.6.4. Les justiciables d'une décision prise par la CREG disposaient donc devant le Conseil d'État, au moment où l'affaire en cause a été introduite devant lui, d'un recours effectif devant une juridiction indépendante et impartiale.

B.7. En exécution et dans les limites du droit de l'Union européenne, le législateur est compétent pour régler les missions et le fonctionnement de la CREG. Il lui appartient aussi d'approuver son budget. La CREG doit transmettre annuellement au ministre un rapport portant notamment sur l'exécution de ses missions et le ministre communique ce rapport annuel aux Chambres législatives fédérales et aux Gouvernements de région (article 23, § 3, de la loi du 29 avril 1999 en cause). Ces chambres législatives peuvent par ailleurs, en usant des moyens de contrôle dont elles disposent, appeler le ministre compétent ou le Gouvernement fédéral à se justifier.

Il ressort de ce qui précède qu'il existe bien un contrôle parlementaire.

B.8.1. Dans la mesure où ce qui précède ne suffirait pas pour justifier que les personnes qui font l'objet d'une décision de la CREG 'ne jouissent pas de la garantie de voir la décision prise par une autorité administrative dont la direction est assurée directement par le pouvoir exécutif', cette situation est justifiée, en vertu de l'article 34 de la Constitution, par les exigences découlant du droit de l'Union européenne.

B.8.2. Le fait que la CREG exerce ses missions avec un degré élevé d'autonomie découle en effet des exigences du droit de l'Union européenne, qui est progressivement devenu plus explicite en l'espèce.

B.8.3.1. L'article 20, paragraphe 3, de la directive 96/92/CE du Parlement européen et du Conseil du 19 décembre 1996 'concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité', applicable à l'époque des faits de l'affaire ayant donné lieu à la question préjudicielle, disposait que les États membres devaient

désigner une autorité compétente, indépendante des parties, pour régler les litiges relatifs aux contrats et aux négociations en question. L'article 22 de la directive disposait que les États membres devaient créer des mécanismes appropriés et efficaces de régulation, de contrôle et de transparence afin d'éviter tout abus de position dominante, au détriment notamment des consommateurs, et tout comportement prédateur.

B.8.3.2. En vertu de l'article 23 de la directive 2003/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2003 'concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 96/92/CE' - directive qui devait être intégrée pour le 1^{er} juillet 2004 -, les États membres désignent un ou plusieurs organes compétents chargés d'exercer les fonctions d'autorités de régulation. Ces organes sont totalement indépendants des intérêts du secteur de l'électricité. Ils sont au minimum chargés d'assurer la non-discrimination, une concurrence effective et le fonctionnement efficace du marché en ce qui concerne les matières précisées par la suite dans cette disposition, parmi lesquelles la dissociation comptable, afin d'éviter des subventions croisées entre les activités de production, de transport, de distribution et de fourniture.

B.8.3.3. L'article 35 de la directive 2009/72/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 juillet 2009 'concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et abrogeant la directive 2003/54/CE' - directive qui doit être intégrée pour le 3 mars 2011 - dispose :

'1. Chaque État membre désigne une seule autorité de régulation nationale au niveau national.

[...]

4. Les États membres garantissent l'indépendance de l'autorité de régulation et veillent à ce qu'elle exerce ses compétences de manière impartiale et transparente. À cet effet, les États membres veillent à ce que, dans l'exécution des tâches de régulation qui lui sont conférées par la présente directive et la législation connexe :

- a) l'autorité de régulation soit juridiquement distincte et fonctionnellement indépendante de toute autre entité publique ou privée;
- b) l'autorité de régulation veille à ce que son personnel et les personnes chargées de sa gestion :
 - i) agissent indépendamment de tout intérêt commercial; et
 - ii) ne sollicitent ni n'acceptent d'instructions directes d'aucun gouvernement ou autre entité publique ou privée dans l'exécution des tâches de régulation. Cette exigence est sans préjudice d'une étroite concertation, le cas échéant, avec les autres autorités nationales concernées ou d'orientations générales édictées par le gouvernement qui ne concernent pas les missions et compétences de régulation visées à l'article 37.

5. Afin de protéger l'indépendance de l'autorité de régulation, les États membres veillent notamment à ce que :

- a) l'autorité de régulation puisse prendre des décisions de manière autonome, indépendamment de tout organe politique, bénéficie de crédits budgétaires annuels séparés et d'une autonomie dans l'exécution du budget alloué, et dispose de ressources humaines et financières suffisantes pour s'acquitter de ses obligations; et
- b) les membres du conseil de l'autorité de régulation ou, en l'absence d'un conseil, les cadres supérieurs de l'autorité de régulation soient nommés pour une période déterminée comprise entre cinq et sept ans maximum, renouvelable une fois.

En ce qui concerne le premier alinéa, point b), les États membres assurent un système approprié de rotation pour le conseil ou les cadres supérieurs. Les membres du conseil ou, en l'absence d'un conseil, les cadres supérieurs ne peuvent être démis de leurs fonctions au cours de leur mandat que s'ils ne satisfont plus aux conditions fixées par le présent article ou ont commis une faute selon le droit national'.

À cet égard, il est exposé ce qui suit dans les considérants 33 et 34 de cette directive :

'(33) La directive 2003/54/CE a instauré l'obligation pour les États membres d'établir des régulateurs dotés de compétences spécifiques. Pourtant, l'expérience montre que l'efficacité de la régulation est souvent entravée du fait que les régulateurs ne sont pas assez indépendants des pouvoirs publics et que leurs compétences et leur marge de manœuvre ne sont pas suffisantes. C'est la raison pour laquelle le Conseil européen des 8 et 9 mars 2007 a invité la Commission à élaborer des propositions législatives de nature à assurer une plus grande harmonisation des pouvoirs et le renforcement de l'indépendance des régulateurs nationaux de l'énergie. Il devrait être possible que ces autorités de régulation nationales couvrent tant le secteur de l'électricité que celui du gaz.

(34) Pour garantir le bon fonctionnement du marché intérieur de l'électricité, il convient que les régulateurs de l'énergie soient en mesure de prendre des décisions concernant tous les aspects réglementaires pertinents et qu'ils disposent d'une indépendance totale par rapport aux autres intérêts publics ou privés. Ceci n'empêche ni l'exercice d'un contrôle juridictionnel, ni l'exercice d'un contrôle parlementaire conformément au droit constitutionnel des États membres. Par ailleurs, le fait que le budget du régulateur soit approuvé par le législateur national ne fait pas obstacle à l'autonomie budgétaire. Il convient que les dispositions relatives à l'autonomie de l'autorité de régulation en ce qui concerne la mise en œuvre du budget qui lui est alloué soient appliquées dans le cadre défini par la législation et la réglementation budgétaires nationales. Tout en contribuant par un système approprié de rotation à l'indépendance de l'autorité de régulation nationale à l'égard de tout intérêt économique ou politique, il convient que les États membres puissent tenir dûment compte de la disponibilité en ressources humaines et de la taille du conseil'.

B.9. La question préjudicielle appelle une réponse négative ».

3. Il convient de vérifier si, compte tenu des spécificités de l'I.B.P.T., la suppression d'un contrôle de tutelle à l'égard des décisions de celui-ci peut être sujet à critique au regard de l'enseignement de cet arrêt de la Cour constitutionnelle.

La question se pose de savoir si le raisonnement tenu par la Cour constitutionnelle à propos de la CREG est transposable à l'I.B.P.T.

À cet égard, il y a lieu de relever ce qui suit :

1° La création de l'I.B.P.T. s'inscrit, en ce qui concerne les télécommunications, dans le contexte de la libéralisation du marché des communications électroniques réalisée en exécution de directives de l'Union européenne.

Ces directives tendent à assurer l'ouverture du marché des communications électroniques à la concurrence au bénéfice des entreprises et des consommateurs. Elles ont imposé la création, dans chaque État membre, d'une autorité nationale de régulation qui a notamment pour mission d'exercer un contrôle sur les fournisseurs de réseaux et de services et sur leurs tarifs et qui peut aussi être chargée du contrôle de leur comptabilité. L'I.B.P.T. est l'autorité fédérale belge de régulation du marché des communications électroniques.

2° La Cour constitutionnelle a dit pour droit que « l'absence de contrôle hiérarchique ou de tutelle administrative n'est pas contraire à la Constitution » et que « l'article 37 de la Constitution [...] ne s'oppose pas non plus à ce que, dans une matière technique déterminée, le législateur confie des compétences exécutives spécifiques à une autorité administrative autonome qui reste, pour le surplus, soumise tant au contrôle juridictionnel qu'au contrôle parlementaire ».

S'agissant de l'I.B.P.T., les décisions de celui-ci peuvent faire l'objet d'un contrôle juridictionnel de pleine juridiction auprès de la Cour d'appel. Les justiciables d'une décision prise par l'I.B.P.T. disposent donc d'un recours effectif devant une juridiction indépendante et impartiale.

3° En exécution et dans les limites du droit de l'Union européenne, le législateur est compétent pour régler les missions et le fonctionnement de l'I.B.P.T. Il lui appartient aussi d'approuver son budget. L'I.B.P.T. doit transmettre annuellement à la Chambre des représentants et au Conseil des ministres un rapport portant notamment sur l'exécution de ses missions. Les chambres législatives peuvent par ailleurs, en usant des moyens de contrôle dont elles disposent, appeler le ministre compétent ou le Gouvernement fédéral à se justifier.

Il ressort de ce qui précède qu'il existe également un contrôle parlementaire.

4° Le fait que les personnes qui font l'objet d'une décision de l'I.B.P.T. « ne jouissent pas de la garantie de voir la décision prise par une autorité administrative dont la direction est assurée directement par le pouvoir exécutif » paraît également pouvoir trouver une justification, en vertu de l'article 34 de la Constitution, par les exigences découlant du droit de l'Union européenne.

Ces exigences sont en effet devenues progressivement plus explicites en l'espèce.

Ainsi, à l'origine, l'article 3 de la directive « cadre »¹² disposait comme suit :

« Article 3

Autorités réglementaires nationales

1. Les États membres veillent à ce que chacune des tâches assignées aux autorités réglementaires nationales dans la présente directive et dans les directives particulières soit accomplie par un organisme compétent.

2. Les États membres garantissent l'indépendance des autorités réglementaires nationales en faisant en sorte que celles-ci soient juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes de toutes les organisations assurant la fourniture de réseaux, d'équipements ou de services de communications électroniques. Les États membres qui conservent la propriété ou le contrôle d'entreprises qui assurent la fourniture de réseaux et/ou de services de communications électroniques veillent à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises d'autre part.

3. Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales exercent leurs pouvoirs de manière impartiale et transparente.

4. Les États membres publient les tâches à accomplir par les autorités réglementaires nationales d'une manière aisément accessible, en particulier lorsque ces tâches sont confiées à plusieurs organismes. Les États membres assurent, le cas échéant, la consultation et la coopération entre ces autorités, ainsi qu'entre ces autorités et les autorités nationales chargées de l'application du droit de la concurrence et les autorités nationales chargées de l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, sur des sujets d'intérêt commun. Lorsque plus d'une autorité est compétente pour traiter ces questions, les États membres veillent à ce que les tâches respectives de chaque autorité soient publiées d'une manière aisément accessible.

¹² 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 »)'.

5. Les autorités réglementaires nationales et les autorités nationales en matière de concurrence se communiquent les informations nécessaires à l'application des dispositions de la présente directive et des directives particulières. En ce qui concerne les informations échangées, l'autorité qui les reçoit assure le même niveau de confidentialité que l'autorité qui les fournit.

6. Les États membres notifient à la Commission toutes les autorités réglementaires nationales chargées d'accomplir des tâches en application de la présente directive et des directives particulières, ainsi que leurs responsabilités respectives. »

Tel que remplacé par la directive 2009/140/CE¹³, l'article 3 de la directive « cadre » dispose désormais comme suit :

« 1. Les États membres veillent à ce que chacune des tâches assignées aux autorités réglementaires nationales dans la présente directive et dans les directives particulières soit accomplie par un organisme compétent.

2. Les États membres garantissent l'indépendance des autorités réglementaires nationales en faisant en sorte que celles-ci soient juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes de toutes les organisations assurant la fourniture de réseaux, d'équipements ou de services de communications électroniques. Les États membres qui conservent la propriété ou le contrôle d'entreprises qui assurent la fourniture de réseaux et/ou de services de communications électroniques veillent à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises d'autre part.

3. Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales exercent leurs pouvoirs de manière impartiale, transparente et au moment opportun. Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales disposent des ressources financières et humaines nécessaires pour accomplir les tâches qui leur sont assignées.

3bis. Sans préjudice des paragraphes 4 et 5, les autorités réglementaires nationales responsables de la régulation du marché ex ante ou du règlement des litiges entre entreprises conformément à l'article 20 ou 21 de la présente directive agissent en toute indépendance et ne sollicitent ni n'acceptent d'instruction d'aucun autre organe en ce qui concerne l'accomplissement des tâches qui leur sont assignées en vertu du droit national transposant le droit communautaire. Ceci n'empêche pas une surveillance conformément aux dispositions nationales de droit constitutionnel.

Seuls les organismes de recours établis conformément à l'article 4 ont le pouvoir de suspendre ou d'infirmes les décisions prises par les autorités réglementaires

¹³ 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 (directive « mieux légiférer »)'.

nationales. Les États membres veillent à ce que le chef d'une autorité réglementaire nationale visée au premier alinéa ou son remplaçant ou, le cas échéant, les membres de l'instance collégiale exerçant cette fonction au sein de l'autorité réglementaire nationale ou leurs remplaçants ne puissent être congédiés que s'ils ne remplissent plus les conditions requises pour exercer leurs fonctions, préalablement définies en droit national. La décision de congédier le chef de l'autorité réglementaire nationale concernée ou, le cas échéant, les membres de l'instance collégiale exerçant cette fonction est rendue publique au moment du congédiement. Le chef congédié ou, le cas échéant, les membres congédiés de l'instance collégiale exerçant cette fonction reçoivent un exposé des motifs et ont le droit d'en demander publication si celle-ci n'intervient pas d'office, auquel cas celui-ci est publié.

Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales visées au premier alinéa disposent des budgets annuels distincts.

Les budgets sont rendus publics. Les États membres veillent également à ce que les autorités réglementaires nationales disposent des ressources financières et humaines adéquates pour leur permettre de participer activement et de contribuer à l'organe des régulateurs européens des communications électroniques (ORECE).

3ter. Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales soutiennent activement les objectifs de l'ORECE s'agissant de promouvoir une meilleure coordination et une plus grande cohérence en matière de réglementation.

3quater. Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales tiennent le plus grand compte des avis de l'ORECE et de ses positions communes lorsqu'elles adoptent leurs propres décisions concernant leurs marchés nationaux.

4. Les États membres publient les tâches à accomplir par les autorités réglementaires nationales d'une manière aisément accessible, en particulier lorsque ces tâches sont confiées à plusieurs organismes. Les États membres assurent, le cas échéant, la consultation et la coopération entre ces autorités, ainsi qu'entre ces autorités et les autorités nationales chargées de l'application du droit de la concurrence et les autorités nationales chargées de l'application de la législation en matière de protection des consommateurs, sur des sujets d'intérêt commun. Lorsque plus d'une autorité est compétente pour traiter ces questions, les États membres veillent à ce que les tâches respectives de chaque autorité soient publiées d'une manière aisément accessible.

5. Les autorités réglementaires nationales et les autorités nationales en matière de concurrence se communiquent les informations nécessaires à l'application des dispositions de la présente directive et des directives particulières. En ce qui concerne les informations échangées, l'autorité qui les reçoit assure le même niveau de confidentialité que l'autorité qui les fournit.

6. Les États membres notifient à la Commission toutes les autorités réglementaires nationales chargées d'accomplir des tâches en application de la présente directive et des directives particulières, ainsi que leurs responsabilités respectives ».

Par ailleurs, afin de mieux comprendre la portée de cette nouvelle disposition, spécialement de son nouveau paragraphe 3*bis*, il faut avoir égard au considérant 13 de la directive 2009/140/CE, qui est ainsi rédigé :

« Il convient de renforcer l'indépendance des autorités réglementaires nationales afin d'assurer une application plus efficace du cadre réglementaire et d'accroître leur autorité et la prévisibilité de leurs décisions. À cet effet, il y a lieu de prévoir, en droit national, une disposition expresse garantissant que, dans l'exercice de ses fonctions, une autorité réglementaire nationale responsable de la régulation du marché *ex ante* ou du règlement des litiges entre entreprises est à l'abri de toute intervention extérieure ou pression politique susceptible de compromettre son impartialité dans l'appréciation des questions qui lui sont soumises. Une telle influence externe rend un organisme législatif national impropre à agir en qualité d'autorité réglementaire nationale dans le cadre réglementaire. À cette fin, il convient d'établir préalablement des règles concernant les motifs de congédiement du chef de l'autorité réglementaire nationale afin de dissiper tout doute raisonnable quant à la neutralité de cet organisme et à son imperméabilité aux facteurs extérieurs. Il est important que les autorités réglementaires nationales responsables de la régulation du marché *ex ante* disposent de leur propre budget qui leur permette, en particulier, de recruter suffisamment de personnel qualifié. Afin de garantir la transparence, ce budget devrait être publié tous les ans ».

On relèvera toutefois que les exigences d'indépendance de l'autorité réglementaire nationale « responsable de la régulation du marché *ex ante* ou du règlement des litiges entre entreprises » dans le secteur des communications électroniques ne sont pas, dans le texte de la directive, exprimées dans des termes aussi stricts, que ceux utilisés dans le secteur de l'électricité. En effet, alors que l'article 35, paragraphe 4, b), ii), de la directive 2009/72/CE précise que le personnel de l'autorité de régulation nationale ne peut solliciter ni accepter d'instructions directes d'aucun « gouvernement ou autre entité publique ou privée », l'article 3, paragraphe 3*bis*, de la directive « cadre », ne permet de telles instructions « d'aucun autre organe », sans donc viser explicitement les « gouvernements ». En outre, surtout, cette disposition est immédiatement suivie de la précision que « ceci n'empêche pas une surveillance conformément aux dispositions nationales de droit constitutionnel ». La directive « cadre » n'interdit donc pas, en tout cas pas explicitement, une surveillance de l'autorité de régulation par le Gouvernement, si celle-ci est requise par le droit constitutionnel de l'État-membre, alors qu'une telle surveillance est explicitement exclue à l'égard de l'autorité nationale de régulation du secteur de l'électricité.

Si, comme l'indique la Cour constitutionnelle en son point B.5, un contrôle hiérarchique ou de tutelle à l'égard d'une autorité administrative chargée de compétences exécutives spécifiques dans une matière technique déterminée n'est pas requis par la Constitution, il semble qu'il puisse être conclu que celle-ci ne s'oppose pas à la suppression

du contrôle de tutelle mis en place par l'article 15 de la loi du 17 janvier 2003 'relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges'.

4. Toutefois, l'arrêt n° 130/2010 laisse incertaines les réponses à deux questions fondamentales :

1° Tout d'abord, telle qu'elle est rédigée, la décision de la Cour constitutionnelle ne permet pas de déterminer avec certitude si les arguments tirés du droit européen aux points B.8.1 à B.8.3.3 de l'arrêt sont surabondants ou s'ils constituent de véritables conditions à la constitutionnalité de l'absence de pouvoir hiérarchique et de contrôle de tutelle à l'égard des autorités administratives indépendantes ¹⁴.

Ainsi, la Cour constitutionnelle fait valoir ses arguments « dans la mesure où [les arguments précédents, tirés de la Constitution et de l'existence d'un contrôle parlementaire et juridictionnel à l'égard de la CREG] ne suffirai[en]t pas pour justifier que les personnes qui font l'objet d'une décision de la CREG 'ne jouissent pas de la garantie de voir la décision prise par une autorité administrative dont la direction est assurée directement par le pouvoir exécutif' ».

Dans ce contexte, de deux choses l'une :

- soit les arguments tirés de la Constitution et de l'existence d'un contrôle parlementaire et juridictionnel sont suffisants, s'agissant d'une matière technique déterminée pour laquelle des compétences exécutives spécifiques sont attribuées à une autorité administrative autonome, peu importe les exigences du droit européen ;
- soit les arguments de droit interne sont insuffisants et la suppression du contrôle de tutelle à l'égard des décisions de l'I.B.P.T. ne saurait être admise que dans la mesure où le droit européen l'impose.

Dans la première hypothèse, l'abrogation de l'article 15 de la loi du 17 janvier 2003 'relative au statut du régulateur des secteurs des postes et télécommunications belges' n'est pas sujette à critique, pour autant que les compétences attribuées à l'I.B.P.T. relèvent de compétences exécutives spécifiques dans une matière technique déterminée.

¹⁴ Voir, en ce sens, A.-S. RENSON, « L'indépendance des autorités de régulation : la fin d'une controverse », obs. sous C.C., arrêt n° 130/2010, in *J.T.* 2011, pp. 349-350.

Dans la seconde hypothèse, l'abrogation pure et simple de l'article 15 précité pose problème.

En effet, d'une part, il résulte de l'article 3, paragraphe 3*bis*, alinéa 1^{er}, de la directive « cadre » et du considérant 13 de la directive 2009/140/CE, que la mise à l'abri des autorités réglementaires de toute intervention extérieure ou pression politique est uniquement requise dans la mesure où les décisions de l'autorité concernent la réglementation *ex ante* et les litiges entre opérateurs. Ainsi, à supposer que le droit européen doive être interprété en cette matière comme imposant la suppression de la tutelle à l'égard de l'I.B.P.T., encore convient-il d'observer que cette obligation ne trouverait à s'appliquer que dans les limites des missions précisées ci-dessus.

Par son caractère général, l'abrogation pure et simple de l'article 15 précité ne pourrait donc être admise, sauf, éventuellement, à l'auteur de l'avant-projet d'être en mesure de démontrer que les compétences de l'I.B.P.T. et leur exercice sont à ce point imbriqués qu'il n'est pas possible de distinguer les décisions de l'Institut qui ne peuvent faire l'objet d'aucune intervention extérieure ou pression politique au sens de l'article 3 de la directive « cadre », des autres décisions de l'Institut. Sur ce dernier point, il échet sans doute de prendre aussi en considération le fait que le maintien d'une tutelle à l'égard de certaines décisions de l'I.B.P.T. en matière de communications électroniques pourrait être perçu comme ayant pour effet de maintenir un système de « pression » ou d'« intervention » indirecte à l'égard des autres décisions de l'Institut en la même matière.

D'autre part, il ne faut pas perdre de vue que l'Institut est le régulateur de l'autorité fédérale non seulement en matière de communications électroniques, mais également en ce qui concerne les services postaux, et que le contrôle de tutelle prévu par l'article 15 dont l'abrogation est envisagée porte sur toutes les décisions de l'Institut, qu'elles aient trait aux services postaux ou aux communications électroniques.

S'agissant des services postaux, les quatre premiers points du raisonnement tenus par la Cour constitutionnelle à propos de la CREG et transposés ci-avant à l'I.B.P.T. en matière de communications électroniques, sont transposables à la matière de la poste.

Il reste toutefois que la dernière partie du raisonnement suivi par la Cour constitutionnelle - à savoir les arguments tirés du droit européen - est difficilement transposable aux services postaux.

Ainsi, l'article 22 de la directive 97/67/CE du Parlement européen et du Conseil, du 15 décembre 1997 'concernant des règles communes pour le développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité du service', dispose comme suit :

« Article 22

1. Chaque État membre désigne une ou plusieurs autorités réglementaires nationales pour le secteur postal, juridiquement distinctes et fonctionnellement indépendantes des opérateurs postaux. Les États membres qui conservent la propriété ou le contrôle des prestataires de services postaux veillent à la séparation structurelle effective de la fonction de réglementation, d'une part, et des activités inhérentes à la propriété ou à la direction de ces entreprises, d'autre part.

Les États membres notifient à la Commission les autorités réglementaires nationales qu'ils ont désignée pour accomplir les tâches découlant de la présente directive. Ils publient les tâches à accomplir par les autorités réglementaires nationales d'une manière aisément accessible, en particulier lorsque ces tâches sont confiées à plusieurs organismes.

Les États membres assurent, le cas échéant, la consultation et la coopération entre ces autorités et les autorités nationales chargées de l'application du droit de la concurrence et de la législation en matière de protection des consommateurs, sur des sujets d'intérêt commun.

2. Les autorités réglementaires nationales ont en particulier pour tâche d'assurer le respect des obligations découlant de la présente directive, notamment en établissant des procédures de suivi et des procédures réglementaires afin de garantir la prestation du service universel. Elles peuvent également être chargées d'assurer le respect des règles de concurrence dans le secteur postal.

Les autorités réglementaires nationales collaborent étroitement et se prêtent une assistance mutuelle afin de faciliter l'application de la présente directive au sein des organismes existants appropriés.

3. Les États membres veillent à ce qu'il existe au niveau national des mécanismes efficaces permettant à tout utilisateur ou à tout prestataire de services postaux affecté par une décision prise par une autorité réglementaire nationale d'introduire un recours auprès d'un organisme indépendant des parties intéressées. Dans l'attente de l'issue de la procédure, la décision de l'autorité réglementaire nationale est maintenue, sauf si l'organisme de recours en décide autrement ».

Il convient également de prendre en considération le considérant 47 de la directive 2008/06/CE du Parlement européen et du Conseil du 20 février 2008 ‘modifiant la directive 97/67/CE en ce qui concerne l’achèvement du marché intérieur des services postaux de la Communauté’, lequel est rédigé comme suit :

« (47) Le rôle des autorités réglementaires nationales devrait rester fondamental, notamment dans les États membres où le passage à la concurrence doit encore être mené à son terme. Conformément au principe de la séparation des fonctions de réglementation et d’exploitation, les États membres devraient garantir l’indépendance de leurs autorités réglementaires nationales afin d’assurer l’impartialité de leurs décisions. Cette exigence d’indépendance est sans préjudice de l’autonomie institutionnelle et des obligations constitutionnelles des États membres et du principe de neutralité en ce qui concerne le régime de la propriété dans les États membres, établi à l’article 295 du traité. Les autorités réglementaires nationales devraient disposer de toutes les ressources nécessaires, tant en ce qui concerne le personnel que les compétences spécialisées ou les moyens financiers, pour s’acquitter de leurs missions ».

Force est de constater que la disposition et le considérant reproduits ci-avant ne contiennent pas d’éléments similaires à ceux qui figurent à l’article 3 de la directive « cadre » et au considérant 13 de la directive 2009/140/CE, éléments desquels il pourrait être déduit que le droit européen s’oppose à ce que l’autorité réglementaire nationale en matière de services postaux soit soumise à un contrôle de tutelle par l’autorité politiquement responsable.

Sur ce point, le choix historique opéré par les autorités belges de confier la régulation des services postaux et des communications électroniques à un seul et même régulateur paraît, dans l’état actuel du droit européen, difficilement être de nature à justifier à lui seul la suppression générale, en toutes matières, du contrôle de tutelle sur les décisions de l’I.B.P.T.

2° Ensuite, indépendamment de l’interrogation liée au droit européen, la question se pose de savoir si l’enseignement de l’arrêt n° 130/2010 concerne tous les actes des autorités administratives indépendantes à savoir, les actes réglementaires et les actes individuels, ou s’il ne vaut qu’en ce qui concerne les actes individuels.

Ainsi, si l’enseignement de cet arrêt devait être considéré comme valant pour les actes réglementaires, il y aurait alors lieu d’en déduire que, à la condition qu’un contrôle parlementaire et qu’un contrôle juridictionnel soient organisés, le législateur peut conférer des pouvoirs réglementaires aux autorités administratives indépendantes, dans des matières techniques déterminées, et ce, sans qu’il soit besoin que ces actes réglementaires soient soumis à l’approbation préalable d’une autorité politiquement responsable.

Sur ce point, il y a cependant lieu de constater que les actes de la CREG au centre du litige qui a amené le Conseil d'État à interroger la Cour constitutionnelle participaient de la mission de contrôle et de surveillance confiée à la CREG, notamment le pouvoir d'infliger des sanctions sous formes d'amendes administratives. *A priori*, sont donc ainsi visés des actes à portée individuelle.

Par ailleurs, la Cour ne s'est pas prononcée sur la question de savoir si l'article 108 de la Constitution, qui confie au Roi le pouvoir de « faire les règlements et arrêtés nécessaires pour l'exécution des lois » permettait ou non de conférer un large pouvoir d'autonomie aux autorités administratives indépendantes.

Elle ne s'est prononcée qu'au regard des articles 10, 11, 33 et 37 de la Constitution.

Il découle de ce qui précède qu'il n'est pas certain, au vu des termes tant de l'article 37 de la Constitution que de l'arrêt n° 130/2010 de la Cour constitutionnelle, que l'enseignement de cet arrêt vaudrait également en tout état de cause pour les actes réglementaires.

Pour les motifs exposés précédemment *sub 1°*, la question demeure toutefois de savoir si le contrôle préventif exercé à l'égard des actes réglementaires de l'I.B.P.T. par l'autorité politiquement responsable pourrait - voire même devrait - être supprimé là où le droit européen exigerait l'indépendance absolue de l'autorité réglementaire.

5. En conclusion, au vu des incertitudes liées à l'enseignement de l'arrêt n° 130/2020 de la Cour constitutionnelle, la prudence impose que la suppression du contrôle de tutelle à l'égard des décisions de l'I.B.P.T., par l'avant-projet à l'examen, soit limitée aux actes pour l'adoption desquels le droit européen exige une indépendance absolue des autorités réglementaires conformément à l'article 3, paragraphe 3*bis*, de la directive « cadre ».

L'ensemble de l'avant-projet sera revu à la lumière de ces observations.

2. Dispositions plus contraignantes que le cadre réglementaire européen, en vue d'accroître la protection du consommateur

1. Plusieurs dispositions de l'avant-projet vont au-delà du prescrit des directives transposées. Ainsi, certaines dispositions tendent à imposer aux opérateurs des obligations non prévues par les directives, tandis que d'autres tendent à généraliser certaines

obligations imposées par les directives à certaines catégories d'opérateurs, en les imposant à d'autres catégories d'opérateurs ou à tous les opérateurs en général.

À cet égard, l'on peut relever essentiellement les dispositions suivantes.

1° L'article 61, 2°, de l'avant-projet entend insérer un paragraphe 1^{er}/1 nouveau dans l'article 108 de la loi du 13 juin 2005, rédigé comme suit :

« § 1^{er}/1. Le remplacement par le même opérateur d'un contrat à durée déterminée ou d'un contrat à durée indéterminée par un nouveau contrat conclu pour une durée déterminée est uniquement possible à condition que l'opérateur

1° ait préalablement averti l'abonné par écrit que :

- en n'acceptant pas le remplacement, son contrat durée déterminée en cours sera converti par application de l'article 82 de la loi du 6 avril 2010 relative aux pratiques du marché et à la protection du consommateur à sa date d'échéance en un contrat à durée indéterminée, aux mêmes conditions et gratuitement résiliable à tout moment moyennant le respect du délai de préavis applicable de maximum deux mois, et

- en acceptant le remplacement, son contrat en cours sera remplacé par un contrat à durée déterminée, qui ne sera résiliable avant la date d'échéance que moyennant le paiement d'une indemnité de rupture, dont le montant sera également communiqué à l'intéressé, et

2° ait reçu l'accord exprès et écrit de l'abonné ».

Il ressort des tableaux de transposition communiqués à la section de législation que cette disposition ne fait écho à aucune disposition du cadre réglementaire européen en matière de communications électroniques.

Interrogés sur la compatibilité de cette disposition avec le cadre réglementaire européen, les délégués du ministre ont exposé ce qui suit :

« Vooreerst moet vastgesteld worden dat de UDV-richtlijn genomen is op basis van art. 95, EG.

Richtlijnen die genomen zijn op basis van art. 95, EG, behoeven geen letterlijke omzetting in nationaal recht maar moeten omgezet worden in functie van het doel van de richtlijn. Bij deze omzetting kan een lidstaat verder gaan dan voorzien in de richtlijn.

Dit wordt bevestigd door K. Lenaerts in ‘Europees recht in hoofdlijnen’ (ed. 2008) die stelt :

‘Ten aanzien van op grond van art. 95 EG aangenomen harmonisatiemaatregelen, kan een lidstaat een hogere graad van bescherming behouden of invoeren, indien de daartoe getroffen maatregelen met het Verdrag verenigbaar zijn en aan de Commissie worden gemeld (art. 153, lid 5, EG).’ (pp. 203-204)

Ten aanzien van harmonisatierichtlijnen die genomen zijn op basis van art. 94, EG, worden, i.t.t. richtlijnen die genomen zijn op basis van art. 95, EG, geen afwijkingen toegestaan. Deze zienswijze wordt gedeeld door het Hof van Justitie zoals blijkt uit het arrest C-52/00 van 25 april 2002, Franse Republiek:

‘14. Dienaangaande zij eraan herinnerd, dat de richtlijn door de Raad met eenparigheid van stemmen is vastgesteld op grond van artikel 100 EEG-Verdrag (na wijziging artikel 100 EG-Verdrag, thans artikel 94 EG) inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten welke rechtstreeks van invloed zijn op de instelling of de werking van de gemeenschappelijke markt. Anders dan artikel 100 A EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 95 EG), dat (...) in de mogelijkheid van bepaalde afwijkingen voorziet, bevat deze rechtsgrondslag geen enkele mogelijkheid voor de lidstaten om van communautaire harmonisatiemaatregelen afwijkende nationale bepalingen te handhaven of in te voeren.’

Meer specifiek voor wat betreft de UDV-richtlijn heeft het Europees Hof van Justitie in minstens twee arresten expliciet gesteld dat ‘de kaderrichtlijn en de universeledienstrichtlijn niet voorzien in volledige harmonisatie van de aspecten van de consumentenbescherming’ (arrest van 11 maart 2010, Telekomunikacja Polska, C 522/08, punt 29; arrest van 5 mei 2011, Deutsche Telecom AG, C-543/09, punt 41).

Het betreft weliswaar arresten gevelde onder de toepassing van de ‘Kaderrichtlijn’ en ‘Universaledienstrichtlijn’ vóór de wijzigingen van 2009, maar dit heeft geen invloed op het principiële standpunt van het Hof van Justitie terzake. Bovenstaande uitspraken van het Hof van Justitie zijn immers gebaseerd op het vroegere artikel 20(1) van de ‘Universaledienstrichtlijn’, dat betrekking heeft op overeenkomsten tussen de consument en aanbieders van elektronische-communicatiediensten.

Die bepaling is in de gewijzigde ‘Universaledienstrichtlijn’ verplaatst naar artikel 1.4 en uitgebreid naar alle bepalingen van de ‘Universaledienstrichtlijn’ betreffende de rechten van de eindgebruikers (artikel 20 en volgende, met inbegrip van artikel 29).

Er kan dan ook besloten worden dat de lidstaten inzake consumentenbescherming een (relatieve) beleidsvrijheid boven de minimale harmonisatie van de Universaledienstrichtlijn genieten.

Tenslotte kan verwezen worden naar de maatschappelijke noodzaak om te voorzien in het nieuwe art. 108, § 1/1 die het vervangen van contracten door nieuwe contracten van bepaalde duur aan duidelijke regels onderwerpt. In de praktijk worden eindgebruikers korte tijd voor het aflopen van hun contract door hun operator gecontacteerd teneinde hun contract van onbepaalde duur of van bepaalde duur (dat bij verlenging de jure omgezet zou worden in een contract van onbepaalde duur) te laten vervangen door een contract van bepaalde duur, dit in ruil voor een tijdelijke kortingen of een ander voordeel. Eindgebruikers gaan vaak op dgl. aanbod in zonder er bij stil te staan dat hun 'nieuwe' contract van bepaalde duur - i.t.t. een contract van onbepaalde duur - niet gratis opgezegd kan worden. Deze verkoopspijktijken komen veelvuldig voor en leiden ertoe dat het opzeggen van het lopende contract vaak hoge opzegvergoedingen met zich meebrengt, ook al zijn de betreffende eindgebruikers al jaren klant bij de operator in kwestie. Voorbeelden daarvan zijn te vinden op pp. 32 en 36 van het Jaarverslag van de Ombudsdienst van 2009 alsook op p. 41 van het Jaarverslag van de Ombudsdienst van 2010. In dit laatste Jaarverslag stelt de Ombudsdienst (eveneens op p. 41) trouwens :

‘De betwistingen [m.b.t. het opzeggen van contracten - nvdr] zijn meestal een gevolg van een gebrek aan informatie. Deze tekortkoming in informatie uit zich vooral m.b.t. het bedrag van de opzeggingskosten. Het informeren van de eindgebruiker omtrent de opzeggingskosten is bijzonder belangrijk.

Deze kosten kunnen (...) wegens hun omvang een echte rem en een belangrijk en ontmoedigend element vormen voor bepaalde eindgebruikers om volop gebruik te maken van de liberalisering van de telecommunicatiemarkt.’

In die zin komt de informatieplicht die aan een operator wordt opgelegd door de nieuwe § 1/1 tegemoet aan deze verzuchting van de Ombudsdienst ».

2° L'article 67 de l'avant-projet de loi a pour objet d'insérer dans la loi du 13 juin 2005, un article 111/2 nouveau, rédigé comme suit :

« Art. 111/2. Lorsque le consommateur ne bénéficie pas d'un prix global pour l'offre conjointe de plusieurs services de communications électroniques, il a le droit de changer au moins une fois par an, sans frais et sans indemnité, de catégorie de service d'accès à l'Internet auprès du même opérateur.

Si le consommateur fait usage de ce droit, la durée du contrat en cours à ce moment-là reste d'application, nonobstant toute clause contractuelle contraire ».

L'exposé des motifs justifie cette disposition comme suit :

« En Belgique moins de 5 % de la clientèle d'accès à l'Internet a pris une offre au prix peu élevé avec une vitesse de téléchargement de 2 Mbit/s ou moins. Ce pourcentage est parmi les plus bas d'Europe, alors qu'il devrait correspondre à un groupe de population plus important qui fait un usage peu intense de l'Internet, par exemple pour lire des e-mails et consulter des sites d'information. Par ailleurs, plus de 30 % des internautes ont pris une offre avec une vitesse de téléchargement de 10 Mbits/s ou plus. Ce pourcentage est l'un des plus élevés d'Europe, alors qu'une autre étude de la Commission européenne (Broadband Performance Index) montre que les internautes belges ne font pas un usage intensif de l'Internet. Afin de garantir aux clients disposant d'un accès à l'Internet de pouvoir disposer du type d'accès correspondant le mieux à leurs besoins, il est utile de donner la possibilité à ces clients d'adapter leur plan tarifaire en fonction de leur situation propre. Une périodicité annuelle pour la mise à disposition de cette facilité constitue à cet égard une solution adéquate.

Afin que les consommateurs profitent pleinement des offres qui conviennent le mieux à leurs besoins, il convient de lever les barrières, notamment contractuelles et financières, aux changements.

En complément de l'amélioration des moyens d'information des utilisateurs, il importe de faciliter le passage d'un plan tarifaire à un autre auprès du même opérateur, et ce afin de veiller à ce que les moyens d'information aient un effet optimal.

Par ailleurs, lorsqu'un client fera usage du droit de changer de service d'accès à l'Internet, la durée de validité de son contrat ne sera pas modifiée en raison de ce changement.

De manière générale, le Conseil d'État estime qu'une version semblable de cet article, s'inscrivant selon lui dans un objectif de protection des consommateurs, n'a pas de fondement en droit communautaire européen. De plus, selon le Conseil d'État, l'article est plus contraignant que les mesures prévues au niveau européen. Le Conseil d'État estime dès lors que la disposition doit être omise, faute de fondement juridique.

Il y a d'abord lieu de souligner que la disposition a certes un aspect touchant à la protection des consommateurs, mais qu'elle vise surtout à promouvoir le développement de l'utilisation d'Internet. Cet objectif est solidement ancré dans la politique actuellement mise en œuvre au niveau communautaire, comme par exemple dans le cadre de la stratégie numérique présentée en mai 2010 par la Commissaire Kroes, soit après la remise de l'avis du Conseil d'État. On peut ainsi constater la volonté européenne d'améliorer l'accès à l'Internet rapide et ultrarapide d'une part - en 2020 tous les citoyens européens devront avoir accès à une connexion d'au moins 30 Mbps et au moins la moitié d'entre eux à une connexion de 100 Mbps -, de doter tous les citoyens européens de compétences numériques et de leur donner l'accès à des services en ligne. Permettre au consommateur de changer aisément de service d'accès à Internet s'inscrit indéniablement dans ce contexte.

Il convient ensuite de souligner que le point 6 de l'article 30 de la directive 2002/22 concernant le service universel et les droits des utilisateurs stipule que 'Sans préjudice d'une éventuelle période contractuelle minimale, les États membres veillent à ce que les conditions et procédures de réalisation de contrat ne jouent pas un rôle dissuasif l'égard du changement de fournisseur de service'. La mesure envisagée en droit belge est en réalité moins contraignante que cette disposition de droit communautaire, puisqu'elle vise à permettre un changement de plan tarifaire auprès d'un même opérateur et non entre opérateurs.

L'on peut y ajouter que la Cour européenne de Justice stipule explicitement dans au moins deux arrêts que 'les directives 'cadre' et 'service universel' ne prévoient pas une harmonisation complète des aspects relatifs à la protection des consommateurs' (arrêt du 11 mars 2010, Telekomunikacja Polska C-522/08, point 29; arrêt du 5 mai 2011, Deutsche Telecom AG, C-543/09, point 41).

Il s'agit il est vrai d'arrêts qui ont été prononcés dans le cadre de l'application de la directive 'Cadre' et la directive 'Service universel' avant les modifications de 2009, mais cela n'influe pas sur la position de principe de la Cour de Justice en la matière. Les arrêts précités de la Cour de Justice sont en effet basés sur l'ancien article 20(1) de la 'Directive Service universel', qui porte sur les contrats conclus entre le consommateur et les fournisseurs de services de communications électroniques.

Dans la directive 'Service universel' modifiée, cette disposition a été déplacée à l'article 1.4 et étendue à toutes les dispositions de la directive 'Service universel' portant sur les droits des utilisateurs finals (articles 20 et suivants, y compris l'article 29).

Il doit dès lors être conclu qu'en matière de protection des consommateurs les États membres jouissent d'un pouvoir discrétionnaire (relatif) au-delà de l'harmonisation minimale de la directive 'service universel' sauf lorsqu'une disposition relève du champ d'application de la Directive Pratiques commerciales déloyales 2005/29/CE (arrêt précité du 11 mars 2010, points 31-32), qui institue explicitement une harmonisation maximale.

Le présent article fait usage de ce pouvoir discrétionnaire pour les motifs susvisés ».

3° Il ressort des tableaux de transposition communiqués à la section de législation que l'article 70 de l'avant-projet de loi entend transposer l'annexe I, partie A, g), de la directive « service universel »¹⁵.

¹⁵ 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 »)'.

Quant à l'exposé des motifs, il mentionne que la disposition à l'examen a pour objet de transposer l'article 10, paragraphe 2, de la directive « service universel », combiné à l'annexe I, partie A, g), de la même directive.

Enfin, selon les explications des délégués du ministre, l'article 70 a aussi pour objet de transposer l'article 29, paragraphe 1, de la même directive.

Sur ce point, il y a lieu de relever que l'article 10, paragraphe 2, précité vise les seules « entreprises désignées », tandis que l'article 29, paragraphe 1, précité vise à ce que soient imposées des obligations aux « entreprises qui fournissent des services téléphoniques accessibles au public et/ou un accès à des réseaux de communications publics ».

La disposition à l'examen tend pour sa part à imposer des obligations à tous les « opérateurs » en général.

L'exposé des motifs justifie comme suit le champ d'application *ratione personae* de l'article 70 de l'avant-projet.

« Cet article transpose l'article 10.2 et l'Annexe I, A, g), de la directive 2002/22/CE. Ces dispositions se limitent certes aux services téléphoniques publics mais en vertu des articles 95 et 153 du Traité CE, un degré supérieur de protection peut être prévu lors de sa transposition. L'on peut justifier sur cette base que l'obligation à l'article 10.2 et l'Annexe I, A, g), soit étendue aux services de communications électroniques. En outre, l'on peut se référer au règlement n° 544/2009 du 18 juin 2009 modifiant le règlement (CE) n° 717/2007 concernant l'itinérance sur les réseaux publics de téléphonie mobile à l'intérieur de la Communauté et la directive 2002/21/CE relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques, et à la protection offerte aux consommateurs dans le cadre de l'itinérance internationale. Ce règlement oblige les opérateurs à permettre aux utilisateurs de plafonner leur consommation d'itinérance, qu'il s'agisse de services téléphoniques ou de SMS d'itinérance ou de communication data par paquets. Il est difficile de comprendre pourquoi une protection des consommateurs allant au-delà de la simple téléphonie serait prévue dans le cadre des communications internationales, et ne le serait pas dans le cadre de communications nationales ».

4° L'article 73 de l'avant-projet entend remplacer l'article 114 de la loi du 13 juin 2005 par une disposition nouvelle, dont le paragraphe 4 reproduit l'alinéa 4 de l'article 114 en vigueur.

Ce paragraphe 4 est rédigé comme suit :

« Les entreprises fournissant des réseaux publics de communications électroniques ou des services de communications électroniques accessibles au public offrent gratuitement à leurs abonnés, compte tenu de l'état de la technique, les services de sécurité adéquats, afin de permettre aux utilisateurs finals d'éviter toute forme de communications électroniques non souhaitées. Les fournisseurs de logiciels pour les communications électroniques y sont également obligés vis-à-vis de leurs clients ».

La section de législation n'aperçoit pas à quelle disposition de droit européen ce paragraphe fait écho.

Interrogés à ce propos, les délégués du ministre ont expliqué ce qui suit :

« Art. 114, § 4, viseert een beveiliging op niveau van de gebruikers, d.w.z. dat gebruikers over communicatiediensten kunnen beschikken die spam, virussen etc. op afstand kunnen houden.

Is dit verenigbaar met het doel van art. 13bis.1, KaderRL?

Art. 13bis.1, KaderRL viseert m.i. de beveiliging van netwerken en diensten in hun geheel, d.w.z. niet alleen op niveau van de gebruikers. Waarschijnlijk is het de bedoeling van deze bepaling dat netwerken beveiligd worden tegen rampen, cyberattacks etc., hetgeen trouwens afgeleid kan worden uit art. 13bis.3 KaderRL.

Door er voor te zorgen dat de eindgebruikers beschikken over firewalls etc., worden netwerken en diensten als dusdanig echter niet beveiligd.

Deze laatste verplichting wordt echter wel voorzien in art. 114, § 1, dat in die zin de omzetting is van art. 13bis.1. Men kan bezwaarlijk stellen dat art. 114, § 4, onverenigbaar zou zijn met het doel van art. 13bis.1 : art. 114, § 4 verhindert geenszins de goede werking van art. 114, § 1.

Aangezien art. 114, § 4, maatregelen oplegt op niveau en ten bate van de eindgebruikers, kan worden gesteld dat deze bepaling eerder 'aansluit' bij art. 20.h, en art. 21.4, UDV-RL, zonder daarvan echter een omzetting te zijn. Deze bepalingen voorzien dat operatoren hun klanten informeren over het type actie dat zij kunnen nemen bij beveiligingsincidenten en over beschermingsmaatregelen.

Art. 114, § 4, gaat evenwel verder dan de genoemde bepalingen en legt o.a. operatoren op om hun klanten niet alleen te informeren maar ook om ze daadwerkelijk de nodige beveiligingsapparatuur te bezorgen.

Inzake de bescherming van eindgebruikers laat de heersende mening van het Hof van Justitie (zie antwoord op vraag 8) maatregelen toe die verder gaan dan wat in de richtlijnen (ex art. 95, EG) voorzien is. In die zin lijkt mij art. 114, § 4, verdedigbaar ».

2. Il ressort des justifications qui figurent à l'exposé des motifs, ainsi que des explications communiquées par les délégués du ministre, que les mesures précitées, plus contraignantes que celles prévues par le cadre réglementaire européen, ont en commun de participer de l'intention de l'auteur de l'avant-projet d'accroître le niveau de protection des consommateurs dans le secteur des communications électroniques, sur différents aspects.

Dans son avis 47.626/4 donné le 27 janvier 2010 sur un avant-projet devenu la loi du 31 mai 2011 portant des dispositions diverses en matière de télécommunications, la section de législation a fait l'observation suivante, à propos d'une disposition similaire à celle que l'article 67 de l'avant-projet entend insérer dans la loi du 13 juin 2005 :

« La disposition en projet envisage d'imposer des obligations nouvelles aux opérateurs dans un but de protection du consommateur.

La question se pose de savoir si une telle obligation est compatible avec le cadre juridique européen en matière de communications électroniques, spécialement les directives européennes adoptées dans la foulée de l'article 95 CE , devenu l'article 114 TFUE.

S'agissant plus spécialement de protection du consommateur, il y a lieu d'avoir égard non seulement à l'article 95 CE devenu 114 précité, mais également à l'article 153 CE, devenu l'article 169 TFUE.

Or, il ressort de la combinaison de ces deux dispositions que, lorsque des mesures prévues en vue de protéger les consommateurs s'intègrent dans des dispositions adoptées dans le cadre de l'article 114 TFUE, les États membres ne sont pas en principe autorisés à adopter eux-mêmes, dans un but de protection des consommateurs, des mesures plus contraignantes que celles prévues au niveau européen.

Il ne pourrait en aller autrement qu'à la condition que la mesure adoptée au niveau européen prévoie expressément qu'elle fixe des obligations minimales ou bien à la condition que la mesure européenne laisse une grande marge d'appréciation aux États membres.

En l'espèce, en matière de communications électroniques, force est de constater que tel n'est pas le cas.

Ainsi, d'une part, la seule disposition de la directive 'service universel' qui retient l'attention à cet égard est l'article 1^{er}, paragraphe 4, nouveau qui dispose :

'Les dispositions de la présente directive en ce qui concerne les droits des utilisateurs finals s'appliquent sans préjudice de la réglementation communautaire relative à la protection des consommateurs, en particulier les directives 93/13/CEE

et 97/7/CE, ni de la réglementation nationale conforme à la législation communautaire’.

D'autre part, l'article 6, paragraphe 1, de la directive 'autorisation', tel que remplacé par la directive 2009/140/CE, prévoit que 'l'autorisation générale s'appliquant à la fourniture de réseaux ou de services de communications électroniques peu[...]t être soumis[e] uniquement aux conditions énumérées à l'annexe [...]'. Cette annexe, telle que modifiée par la directive 2009/140/CE, mentionne expressément en son alinéa 1^{er} qu'en sa partie A, elle 'contient la liste exhaustive des conditions pouvant être attachées aux autorisations générales [...] visées à l'article 6, paragraphe 1, et à l'article 11, paragraphe 1, point a), dans les limites autorisées par les articles 5, 6, 7, 8 et 9 de la directive 2002/21/CE (directive 'cadre'). S'agissant de la protection des consommateurs, le point 8 de la même annexe mentionne uniquement les 'règles et conditions relatives à la protection du consommateur spécifiques au secteur des communications électroniques, conformément à la directive 2002/22/CE (directive 'service universel'), et [les] conditions d'accessibilité pour les utilisateurs handicapés, conformément à l'article 7 de cette directive’.

Par ailleurs, la section de législation n'aperçoit pas dans quelle disposition de droit européen cet article pourrait trouver un appui.

À défaut d'un tel fondement en droit communautaire, elle sera omise »¹⁶.

Dans le commentaire de l'article 67 de l'avant-projet, l'auteur de l'avant-projet fait valoir que le raisonnement de la section de législation, tenu dans l'avis 47.626/4, ne peut plus être suivi.

Il entend fonder sa thèse sur les articles 114 et 169 TFUE, sur l'article premier, paragraphe 4, de la directive « service universel », ainsi que sur deux arrêts prononcés par la Cour de justice de l'Union européenne postérieurement à l'avis de la section de législation, à savoir l'arrêt du 11 mars 2010, Telekomunikacja Polska C-522/08 et l'arrêt du 5 mai 2011, Deutsche Telecom AG, C-543/09.

3. L'examen des éléments invoqués par l'auteur de l'avant-projet à l'appui de sa thèse amène à observer ce qui suit.

L'article 114 TFUE dispose comme suit :

«1. Sauf si les traités en disposent autrement, les dispositions suivantes s'appliquent pour la réalisation des objectifs énoncés à l'article 26. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures relatives au

¹⁶ *Doc. Parl.*, Chambre., 2009-2010, n° 53-1247/001, pp. 26-28.

rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres qui ont pour objet l'établissement et le fonctionnement du marché intérieur.

2. Le paragraphe 1 ne s'applique pas aux dispositions fiscales, aux dispositions relatives à la libre circulation des personnes et à celles relatives aux droits et intérêts des travailleurs salariés.

3. La Commission, dans ses propositions prévues au paragraphe 1 en matière de santé, de sécurité, de protection de l'environnement et de protection des consommateurs, prend pour base un niveau de protection élevé en tenant compte notamment de toute nouvelle évolution basée sur des faits scientifiques. Dans le cadre de leurs compétences respectives, le Parlement européen et le Conseil s'efforcent également d'atteindre cet objectif.

4. Si, après l'adoption d'une mesure d'harmonisation par le Parlement européen et le Conseil, par le Conseil ou par la Commission, un État membre estime nécessaire de maintenir des dispositions nationales justifiées par des exigences importantes visées à l'article 36¹⁷ ou relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail, il les notifie à la Commission, en indiquant les raisons de leur maintien.

5. En outre, sans préjudice du paragraphe 4, si, après l'adoption d'une mesure d'harmonisation par le Parlement européen et le Conseil, par le Conseil ou par la Commission, un État membre estime nécessaire d'introduire des dispositions nationales basées sur des preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail en raison d'un problème spécifique de cet État membre, qui surgit après l'adoption de la mesure d'harmonisation, il notifie à la Commission les mesures envisagées ainsi que les raisons de leur adoption ».

Il résulte de cette disposition, spécialement de son paragraphe 4, que, ensuite d'une mesure d'harmonisation adoptée au niveau européen, les États membres peuvent maintenir des dispositions nationales justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale, ou encore, justifiées par des raisons liées à la protection de l'environnement ou du milieu du travail.

¹⁷ L'article 36 TFUE dispose comme suit :

« Les dispositions des articles 34 et 35 ne font pas obstacle aux interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale. Toutefois, ces interdictions ou restrictions ne doivent constituer ni un moyen de discrimination arbitraire ni une restriction déguisée dans le commerce entre les États membres ».

Cette disposition ne permet donc pas aux États membres de maintenir des dispositions plus sévères relatives à la protection des consommateurs.

De même, le paragraphe 5 de l'article 114 permet aux États membres d'introduire, ensuite d'une mesure d'harmonisation adoptée au niveau européen, des mesures qu'un État membre estime nécessaire d'introduire et qui sont basées sur des preuves scientifiques nouvelles relatives à la protection de l'environnement ou du milieu de travail en raison d'un problème spécifique de cet État membre.

Cette disposition ne permet donc pas non plus aux États membres d'introduire des dispositions plus sévères en matière de protection des consommateurs.

Quant à l'article 169 TFUE, il dispose comme suit :

« 1. Afin de promouvoir les intérêts des consommateurs et d'assurer un niveau élevé de protection des consommateurs, l'Union contribue à la protection de la santé, de la sécurité et des intérêts économiques des consommateurs ainsi qu'à la promotion de leur droit à l'information, à l'éducation et à s'organiser afin de préserver leurs intérêts.

2. L'Union contribue à la réalisation des objectifs visés au paragraphe 1 par :

a) des mesures qu'elle adopte en application de l'article 114 dans le cadre de la réalisation du marché intérieur ;

b) des mesures qui appuient et complètent la politique menée par les États membres, et en assurent le suivi.

3. Le Parlement européen et le Conseil, statuant conformément à la procédure législative ordinaire et après consultation du Comité économique et social, arrêtent les mesures visées au paragraphe 2, point b).

4. Les mesures arrêtées en application du paragraphe 3 ne peuvent empêcher un État membre de maintenir ou d'établir des mesures de protection plus strictes. Ces mesures doivent être compatibles avec les traités. Elles sont notifiées à la Commission ».

Il résulte de cette disposition, spécialement de ses paragraphes 3 et 4, que la possibilité conférée aux États membres de maintenir ou d'établir des mesures plus strictes en matière de protection des consommateurs ne vaut que pour les mesures adoptées au niveau européen « qui appuient et complètent la politique menée par les États membres » (paragraphe 2, b), de la disposition citée) et non pour celles qui ont été adoptées en application de l'article 114 dans le cadre de la réalisation du marché intérieur (paragraphe 2, a) de la disposition citée).

Dès lors que les directives qui constituent le cadre réglementaire européen en matière de communications électroniques – spécialement la directive « service universel » - sont fondées sur l'article 95 ancien, devenu 114 TFUE, la possibilité offerte aux États membres par l'article 169, paragraphe 4, TFUE ne vaut pas pour ces directives.

De ce qui précède, il se déduit que, si les articles 114 et 169 TFUE ne mettent pas en place un mécanisme d'adoption de mesures d'harmonisation complète, il n'en demeure pas moins que ce n'est que dans certaines circonstances seulement, et à la condition d'agir en vue de poursuivre des objectifs déterminés, que les États membres sont autorisés à adopter des mesures plus contraignantes que celles prévues par les directives adoptées sur la base de ces articles 114 et 169 TFUE.

Par conséquent, comme la section de législation l'a déjà observé dans son avis 47.626/4 précité, lorsque des mesures prévues en vue de protéger les consommateurs sont intégrées dans des dispositions adoptées dans le cadre de l'article 114 TFUE, les États membres ne sont pas en principe autorisés directement en vertu du traité à adopter eux-mêmes, dans un but de protection des consommateurs, des mesures plus contraignantes que celles prévues au niveau européen ; il ne peut en aller autrement qu'à la condition que la mesure adoptée au niveau européen prévoie expressément qu'elle fixe des obligations minimales ou bien à la condition que la mesure européenne laisse une grande marge d'appréciation aux États membres.

La question se pose donc de savoir si tel est le cas en l'espèce.

Dans son avis 47.626/4, la section de législation avait retenu deux éléments pour répondre par la négative à cette question :

- D'une part, la circonstance que l'article 4, paragraphe 1, de la directive « service universel » dispose comme suit :

« Les dispositions de la présente directive en ce qui concerne les droits des utilisateurs finals s'appliquent sans préjudice de la réglementation communautaire relative à la protection des consommateurs, en particulier les directives 93/13/CEE et 97/7/CE, ni de la réglementation nationale conforme à la législation communautaire ».

- D'autre part, la circonstance double que selon l'article 6, paragraphe 1, de la directive « autorisation », « l'autorisation générale s'appliquant à la fourniture de réseaux ou de services de communications électroniques peu[...]t être soumis[e] uniquement aux conditions énumérées à l'annexe [...] », et que cette annexe, qui « contient la liste exhaustive des conditions pouvant être attachées aux autorisations générales [...] », mentionne uniquement, s'agissant de la protection des consommateurs, les « règles et conditions relatives

à la protection du consommateur spécifiques au secteur des communications électroniques, conformément à la directive 2002/22/CE (directive « service universel »), et [les] conditions d'accessibilité pour les utilisateurs handicapés, conformément à l'article 7 de cette directive ».

De la combinaison de ces dispositions, il suit que, d'une part, les États membres ne peuvent pas adopter de dispositions en vue de protéger les consommateurs, spécifiques au secteur des communications électroniques, sauf les mesures adoptées conformément à la directive « service universel » et les « conditions d'accessibilité pour les utilisateurs handicapés, conformément à l'article 7 de cette directive » et que, d'autre part, sont néanmoins applicables au secteur des communications électroniques, les dispositions transversales de droit européen adoptées en vue de protéger les consommateurs, ainsi que les dispositions nationales conformes à ces dispositions transversales.

Comprises en ce sens, sur la base de la version française de la directive « autorisation »¹⁸, les dispositions précitées ont fondé les considérations qui figurent dans l'avis 47.626/4 précité de la section de législation.

Il reste que, postérieurement à cet avis, la Cour de Justice de l'Union européenne a prononcé deux arrêts, cités dans l'exposé des motifs et les explications communiquées par les délégués du ministre, dans lesquels, la Cour a dit pour droit que « les directives 'cadre' et 'service universel' ne prévoient pas une harmonisation complète des aspects relatifs à la protection des consommateurs ».

Interrogés à propos de ces arrêts et de leur rapport avec les dispositions précitées de la directive « autorisation », les délégués du ministre ont souligné que la version anglaise du point 8 de la partie A de l'annexe à la directive « autorisation » était différente de sa version française.

¹⁸ Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 'relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « autorisation »)'.

Ainsi, dans la version française, ce point est rédigé comme suit :

« 8) Règles et conditions relatives à la protection du consommateur spécifiques au secteur des communications électroniques, conformément à la directive 2002/22/CE (directive ‘service universel’), et les conditions d'accessibilité pour les utilisateurs handicapés, conformément à l'article 7 de cette directive ».

Dans sa version anglaise, il est rédigé comme suit :

« 8) Consumer protection rules specific to the electronic communications sector, including conditions in conformity with Directive 2002/22/EC (Universal Service Directive), and conditions on accessibility for users with disabilities in accordance with Article 7 of that Directive ».

Ces deux dispositions ont un sens et une portée complètement différents selon la version consultée.

Ainsi, la version anglaise, traduite en français, doit être comprise comme suit :

« 8) Règles de protection des consommateurs spécifiques au secteur des communications électroniques, en ce compris les conditions adoptées en conformité avec la directive 2002/22/CE (directive ‘service universel’) et conditions d'accessibilité pour les utilisateurs handicapés, conformément à l'article 7 de cette directive ».

Comprise en ce sens, et contrairement à sa version française telle que publiée au Journal officiel ¹⁹, cette disposition autorise les États membres à adopter des mesures de protection des consommateurs qui dépassent celles prévues par la directive « service universel ».

Une telle interprétation peut également trouver un appui dans l'article 8, paragraphe 4, de la directive « cadre », spécialement le b) qui dispose :

« b) en assurant un niveau élevé de protection des consommateurs dans leurs relations avec les fournisseurs, en particulier en garantissant l'existence de procédures de règlement des litiges simples et peu coûteuses mises en œuvre par un organisme indépendant des parties concernées ».

Ces éléments, plus spécialement la lecture de la version anglaise de la directive « autorisation », permettent de mieux comprendre la portée des arrêts de la Cour de justice sur lesquels l'auteur de l'avant-projet entend s'appuyer, arrêts desquels il ressort que les

¹⁹ Voir l'emploi du mot « including » dans le texte anglais, qui n'a pas son équivalent dans la version française. Cette version anglaise correspond notamment aux versions linguistiques néerlandaise, allemande, espagnole et italienne.

directives « cadre » et « service universel » ne procèdent pas à une harmonisation complète de la protection des consommateurs dans le secteur des communications électroniques et que les États membres sont autorisés à adopter des mesures plus contraignantes en la matière.

4. En l'espèce, s'il est vrai que les dispositions de l'avant-projet qui vont plus loin que les directives sont conformes aux objectifs de ces directives, notamment concernant l'ouverture de la concurrence et la protection des consommateurs, l'attention de l'auteur de l'avant-projet doit toutefois être attirée sur les considérations suivantes.

Ainsi, la possibilité dont les États membres disposent d'arrêter des mesures plus contraignantes que celles qui figurent aux deux directives précitées, en vue d'accroître la protection des consommateurs, doit s'inscrire dans le cadre général du droit de l'Union européenne.

Cela implique notamment, comme l'a rappelé la Cour de justice dans ses deux arrêts précités, que, d'une part, ces mesures ne peuvent affecter les compétences notamment des autorités réglementaires, telles qu'elles sont organisées par le cadre réglementaire européen et, d'autre part, qu'elles doivent être conformes à la réglementation de l'Union européenne relative à la protection des consommateurs. Par ailleurs et toujours à titre d'exemple, l'auteur de l'avant-projet doit être en mesure d'établir que les dispositions ici concernées répondent aux exigences de l'article 8, paragraphe 5, de la directive « cadre ».

En conclusion, il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'être en mesure d'établir que chacune des dispositions précitées répond aux exigences qui viennent d'être rappelées.

Ces dispositions seront donc réexaminées à la lumière de cette observation.

5. La question se pose de savoir si certaines des dispositions de l'avant-projet pointées ci-avant pourraient être adoptées, même à démontrer qu'elles remplissent les conditions énumérées ci-avant.

5.1. Ainsi, comme exposé précédemment, l'article 112 en projet (article 70 de l'avant-projet) entend imposer à tous les « opérateurs » des obligations qui relèvent du service universel en vertu de l'article 10, paragraphe 2 de la directive « service universel », alors que, selon cette même disposition, lesdites obligations ne peuvent être imposées qu'aux entreprises « désignées ». Certes, l'article 29, paragraphe 1 de la même directive vise à permettre que soient imposées des obligations similaires aux « entreprises qui fournissent des services téléphoniques accessibles au public et/ou un accès à des réseaux de communications

publics », mais cette disposition ne concerne que ces seules entreprises, et non tous les opérateurs en général.

L'objectif de protection des consommateurs permet-il d'élargir, comme le fait l'avant-projet, le champ d'application *ratione personae* des dispositions européennes ?

Sur ce point, il échet de prendre en considération une troisième disposition de la directive « service universel », étant son article 32. Celui-ci a trait, selon son intitulé, aux « services obligatoires additionnels ». Il permet - très largement - aux États membres de décider de rendre accessible au public, sur le territoire national, des services additionnels, « à l'exception [toutefois] des services qui relèvent des obligations du service universel définies dans le chapitre II ».

Force est de constater que, admettre que des objectifs de protection des consommateurs permettraient d'étendre à tous les opérateurs en général des obligations relevant du service universel, amènerait à vider de sa portée l'article 32 précité.

Or, en l'espèce, comme mentionné ci-avant, la disposition en projet envisage précisément d'étendre à tous les opérateurs l'obligation de prêter un service additionnel visé à l'article 10, paragraphe 2 de la directive « service universel ».

Certes, l'obligation concernée ne participe pas directement du « service universel » *sensu stricto*, mais elle relève à tout le moins du chapitre II de la directive, visé à l'article 32 de celle-ci.

La compatibilité de la disposition à l'examen avec l'article 32 de la directive « service universel » apparaît dès lors douteuse et l'article 70 de l'avant-projet appelle donc une réserve, dans cette mesure.

5.2. L'article 32 de la directive « service universel » subordonne à une seconde condition la possibilité qu'elle confère aux États membres, étant qu'« aucun mécanisme de compensation impliquant la participation d'entreprises spécifiques ne peut être imposé ».

Compte tenu de cette exigence, il apparaît délicat d'admettre sans réserve l'article 114, § 4, en projet (art. 73 de l'avant-projet) dans la mesure où cette disposition entend imposer aux opérateurs qu'ils visent, l'obligation d'offrir certains services « gratuitement ».

3. Les tableaux de transposition et la transposition complète et correcte des directives concernées

a) Les tableaux de transposition

La section de législation a souvent recommandé d'établir des « tableaux de transposition », lorsqu'un avant-projet de loi a pour objet de transposer une ou plusieurs directives européennes²⁰⁻²¹.

Ainsi, pour contrôler qu'une directive est transposée correctement et complètement, il est conseillé que l'auteur de l'avant-projet établisse un tableau de correspondance entre les (subdivisions des) articles de la directive et les (subdivisions des) articles de l'acte de transposition en projet.

Ce tableau doit également mentionner :

a) les (subdivisions des) articles de la directive qui ont éventuellement déjà été transposés, en correspondance avec les actes de droit interne et les (subdivisions des) articles qui ont procédé à cette transposition;

b) les (subdivisions des) articles de la directive qui doivent encore être transposés par une autre autorité.

Par ailleurs, pour pouvoir lire chaque article de l'acte de transposition à la lumière des exigences de la directive transposée, il convient d'établir aussi un tableau de correspondance entre les (subdivisions des) articles de l'acte de transposition et les (subdivisions des) articles de la directive²².

Au dossier communiqué à la section de législation, sont joints trois tableaux de transposition.

Ces tableaux qui se veulent - et sont, au demeurant, pour l'essentiel – détaillés, clairs et précis, ne contiennent toutefois pas l'ensemble des éléments énumérés ci-avant.

²⁰ *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandations n^{os} 191 à 194.
Voir également le Rapport annuel 2008-2009, www.raadvst-consetat.be, onglet « L'institution », pp. 47 et sv.

²¹ En l'espèce, le considérant 76 du préambule de la directive 2009/136/CE encourage les États membres à établir des tableaux de transposition ; le préambule de la directive 2009/140/CE ne contient toutefois pas le même considérant.

²² *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandations n^{os} 191 à 194.
Voir également le Rapport annuel 2008-2009, www.raadvst-consetat.be, onglet « L'institution », pp. 47 et sv.

Ainsi, ils ne reprennent pas les subdivisions des articles des directives qui ont éventuellement déjà été transposés. Or, une telle mention est importante dès lors que les dispositions des deux directives modificatives concernées reproduisent dans de nombreux cas, le cas échéant, en partie, certaines dispositions qui figuraient déjà dans les directives originaires et qui ont déjà fait l'objet de mesure de transposition. Les tableaux de transposition devraient être complétés en conséquence.

Par ailleurs, ces tableaux recèlent certaines imprécisions ou erreurs.

À ce titre, l'on peut notamment relever les exemples suivants :

1° l'article 2 de l'avant-projet de loi ne transpose pas l'article 14, paragraphe 1, de la directive « autorisation », mais le paragraphe 2 du même article ;

2° l'article 13, 6° et 7°, de l'avant-projet de loi ne transpose pas l'article 2, e) et e)*bis* de la directive « accès »²³ mais l'article 2, e) et e)*bis* de la directive « cadre » ;

3° l'article 13, 24°, de l'avant-projet de loi ne transpose pas l'article « 22, 1^{er}, § 2 » de la directive « service universel », mais l'article 2, j) de la directive « cadre » ;

4° l'article 13, 25°, de l'avant-projet de loi ne transpose pas l'article 2, h), de la directive « vie privée et communications électroniques »²⁴, mais le point i) du même article ;

5° l'article 22, 3°, de l'avant-projet de loi ne transpose pas l'article 5, paragraphe 6, de la directive « autorisation » mais l'article 5, paragraphe 2, alinéa 4, de cette directive ;

6° l'article 32, 1°, de l'avant-projet de loi ne transpose ni l'article 5, paragraphe 3, ni l'article 16, paragraphes 2, 4 et 5, de la directive « cadre », ni l'article 8, paragraphe 1, de la directive « accès », mais uniquement l'article 16, paragraphes 1^{er}, 2, 6 et 7 de la directive « cadre » ;

7° l'article 32, 3°, de l'avant-projet de loi ne transpose pas l'article 16, paragraphe 5, de la directive « cadre ».

²³ 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 »)'.

²⁴ 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)'.

Les tableaux de transposition doivent être revus afin de corriger les imprécisions ou erreurs dont ils sont entachés.

En effet, comme la section de législation l'a souligné²⁵, ces tableaux sont très utiles non seulement pour l'assemblée législative saisie de ce projet mais aussi pour les destinataires des règles :

a) ils permettent à l'assemblée législative de se prononcer en connaissance de cause sur le choix des moyens mis en œuvre par l'auteur de l'avant-projet pour atteindre le résultat exigé par la directive ;

b) ils permettent d'éviter que l'exercice du droit d'amendement n'excède les limites du pouvoir d'appréciation que le droit européen laisse aux États membres ;

c) ils permettent d'éviter que l'assemblée législative n'envisage de compléter la transposition par l'adoption de dispositions qui existent déjà dans l'ordre juridique interne ou qui relèvent de la compétence d'une autre autorité ;

d) ils permettent aux destinataires des règles législatives de connaître leur origine.

b) La transposition complète et correcte des directives concernées

Comme exposé précédemment, les dispositions des deux directives modificatives transposées par le texte en projet reproduisent dans de nombreux cas, le cas échéant, en partie, certaines dispositions qui figuraient déjà dans les directives originaires et qui ont déjà fait l'objet de mesure de transposition.

Il est donc essentiel que les tableaux de transposition reprennent les subdivisions des articles des directives qui ont éventuellement déjà été transposés.

En l'espèce, les tableaux de transposition communiqués à la section de législation ne font pas mention des dispositions de droit interne en vigueur qui transposent déjà les subdivisions des dispositions des directives modificatives déjà transposées en droit interne.

Dans ce contexte, et vu le haut degré de complexité de la matière et les diverses législations de droit interne concernées, il n'a pas été possible de procéder à un examen

²⁵ *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 193.

systématique des directives 2009/136/CE et 2009/140/CE afin de vérifier si toutes et chacune des dispositions de ces directives étaient effectivement, correctement et complètement transposées en droit interne fédéral, par le texte en projet ainsi que, le cas échéant, par des dispositions législatives ou réglementaires déjà en vigueur.

Il appert toutefois de l'examen auquel il a pu être procédé que certaines dispositions des directives concernées ne sont pas transposées correctement et complètement.

Pour ne prendre qu'un exemple significatif, l'on peut retenir ce qui suit :

L'article 17 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, tel que l'avant-projet (article 6) envisage de modifier cette disposition, serait libellé comme suit :

« Art. 17 § 1^{er}. Le Conseil est composé de quatre membres, à savoir un président et trois membres ordinaires. Deux des membres appartiennent au rôle linguistique néerlandophone et les deux autres membres appartiennent au rôle linguistique francophone. Au cas où les voix sont partagées, le président a voix prépondérante.

§ 2. Le Roi nomme, sur proposition du ministre, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, le président et les autres membres du Conseil.

Si un membre doit être remplacé avant le terme de son mandat, son remplaçant termine le mandat en cours.

Les membres du Conseil sont nommés en qualité de membre pour un terme de six ans qui peut être renouvelé une fois et en qualité de président pour un terme de six ans qui peut également être renouvelé une fois.

S'il a exercé les fonctions de membre ou de président du Conseil pendant plus de quatre ans²⁶ durant le mandat de son prédécesseur, nul ne pourra exercer à nouveau les fonctions de membre ou de président du Conseil plus d'une fois.

Sauf en cas de révocation visée au § 5, les membres du Conseil continuent à exercer leur fonction à l'expiration de leur mandat tant qu'il n'a pas été pourvu à leur remplacement.

Les chargés de mission particulière visés à l'article 82, § 3/1, de l'arrêté royal du 11 janvier 2007 fixant le statut administratif du personnel de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications assistent aux réunions du Conseil avec voix consultative. Le Conseil peut en outre inviter des experts externes à assister aux réunions du Conseil avec ou sans voix consultative. Les chargés de mission particulière et les experts externes sont tenus aux mêmes règles que celles applicables

²⁶ Trois ans dans la version néerlandaise de l'avant-projet de loi.

aux membres du Conseil en vertu de l'article 17, § 3. Les experts sont tenus au secret professionnel pendant et après la fin de leur mission. Ils ne peuvent communiquer à des tiers les informations confidentielles dont ils ont connaissance dans le cadre de l'exercice de leur mission, hormis les exceptions prévues par la loi. La violation de cette obligation entraîne la fin immédiate de la mission.

§ 3. Les membres du Conseil sont nommés en vertu de leur compétence, de leur intégrité et de leur indépendance. Il doit être satisfait à ces conditions pendant toute la durée du mandat.

Les membres du Conseil ne peuvent avoir un intérêt quel qu'il soit dans les entreprises actives sur les marchés des télécommunications et/ou des services postaux, ni exercer pour celles-ci directement ou indirectement, à titre gratuit ou onéreux, la moindre fonction ou prester le moindre service. Il doit être satisfait à cette condition pendant toute la durée du mandat et pendant un an suivant la fin de ce mandat.

§ 4. Les membres du Conseil sont employés à temps plein. Le Roi fixe, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, le statut et la rémunération du Président et des autres membres du Conseil ainsi que leurs devoirs.

§ 5. Les membres du Conseil sont révocables par arrêté délibéré en Conseil des ministres sur proposition du ministre.

Le Roi fixe par arrêté délibéré en Conseil des Ministres les circonstances dans lesquelles une révocation peut être proposée ».

Les modifications qu'il est ainsi envisagé d'apporter à cette disposition ne sont pas suffisantes pour assurer la parfaite transposition de l'article 3, paragraphe 3*bis*, de la directive « cadre », spécialement en ce que cette disposition impose aux États membres de veiller à ce que les membres de l'autorité réglementaire « ne puissent être congédiés que s'ils ne remplissent plus les conditions requises pour exercer leurs fonctions, préalablement définies en droit national », à ce que « la décision de congédier le chef de l'autorité réglementaire nationale concernée ou, le cas échéant, les membres de l'instance collégiale exerçant cette fonction [soit] rendue publique au moment du congédiement » et à ce que « le chef congédié ou, le cas échéant, les membres congédiés de l'instance collégiale exerçant cette fonction reçoivent un exposé des motifs et [aient] le droit d'en demander publication si celle-ci n'intervient pas d'office [...] ».

S'agissant d'autres exemples de difficultés liées à la transposition incomplète des directives 2009/136/CE et 2009/140/CE, il est renvoyé aux observations particulières ci-après.

Observations particulières

Dispositif

Article 1^{er}

L'article 1^{er} de l'avant-projet de loi mentionne que celle-ci a pour objet de transposer les directives 2009/136/CE et 2009/140/CE.

L'avant-projet doit également contenir une disposition ayant pour objet de modifier les différentes lois que la loi en projet entend modifier, de sorte que ces lois mentionnent désormais, dans un article premier, qu'elles ont pour objet la transposition partielle des directives 2009/136/CE et 2009/140/CE²⁷, sans qu'il soit nécessaire de mentionner la date de leur publication.

Article 2

1. Il y a lieu de préciser quelles sont les « dispositions nationales applicables en matière de compensation pour retrait de droits ».

2. Par ailleurs, la disposition en projet tend à imposer des obligations nouvelles aux gestionnaires de la voirie. Comme l'a relevé la section de législation du Conseil d'État dans plusieurs avis²⁸, ni l'autorité fédérale, dans le cadre de ses compétences en matière de réseaux de communications électroniques, ni les Régions, compétentes pour le régime juridique de la voirie en vertu de l'article 6, § 1^{er}, X, alinéa 1^{er}, 2bis, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles' ne pourraient seules modifier le régime des autorisations de voirie accordées aux entreprises de réseaux, sans contrarier gravement les compétences de l'autre. La conclusion d'un accord de coopération entre les niveaux de pouvoirs concernés permettrait, par contre, de résoudre cet enchevêtrement de compétences.

²⁷ *Ibid.*, formule F 4-1-2-3.

²⁸ Voir l'avis 41.466/4 donné le 16 avril 2007, sur un avant-projet devenu l'ordonnance du 3 juillet 2008 'relative aux chantiers en voirie' qui a abrogé, partiellement ledit article 98 de la loi du 21 mars 1991 (*Doc. parl.*, Parl. Région de Bruxelles-Capitale, 2007-2008, n° A-445/2, pp. 113-134) et les autres avis auxquels cet avis se réfère.

Article 3

1. Il ressort des tableaux de transposition communiqués à la section de législation que l'article 3, 2°, de l'avant-projet de loi a notamment pour objet d'assurer la transposition du nouvel article 3, paragraphe 3^{ter}, de la directive « cadre », tel qu'ajouté par la directive 2009/140/CE.

Ce nouveau paragraphe 3^{ter} est ainsi rédigé :

« Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales soutiennent activement les objectifs de l'ORECE s'agissant de promouvoir une meilleure coordination et une plus grande cohérence en matière de réglementation ».

Afin de transposer cette disposition, l'article 3, 2°, b) à l'examen entend modifier l'article 14, § 2, 3°, a), de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges (ci-après, la loi du 17 janvier 2003), de sorte que l'Institut soit tenu de « coopérer » et de « fournir de l'information » à l'ORECE (ainsi qu'à l'ENISA).

Dès lors qu'il n'est pas certain que « coopérer » et « soutenir activement » sont deux expressions synonymes, mieux vaudrait se référer aux termes de la directive « cadre ».

La disposition à l'examen sera revue et complétée en conséquence.

2. Par ailleurs, l'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur le fait que la consultation prévue par cette disposition est facultative dans le chef de l'Institut alors que l'article 33, paragraphe 1, de la directive « service universel », que la disposition en projet tend à transposer, en fait une obligation.

Le texte sera revu afin de tenir compte de cette observation.

Article 6

Tel qu'il est rédigé, l'alinéa 3 en projet ne permet pas de déterminer si la personne qui a exercé deux fois un mandat de membre du conseil pourra encore exercer directement un mandat de président et inversement.

Article 7

Il ressort des tableaux de transposition communiqués à la section de législation et du commentaire de l'article 7 que celui-ci entend transposer l'article 10, paragraphe 6, de la directive « autorisation », ce, en apportant plusieurs modifications à l'article 20 de la loi du 17 janvier 2003.

Le paragraphe 6 de l'article 10 de la directive « autorisation », tel que modifié par la directive 2009/140/CE, est ainsi rédigé :

« Indépendamment des dispositions des paragraphes 2, 3 et 5, l'autorité compétente qui constate un manquement aux conditions de l'autorisation générale ou des droits d'utilisation, ou aux obligations spécifiques visées à l'article 6, paragraphe 2, entraînant une menace immédiate grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique ou de nature à provoquer de graves problèmes économiques ou opérationnels pour d'autres fournisseurs ou utilisateurs de réseaux ou de services de communications électroniques, ou d'autres utilisateurs du spectre radioélectrique, peut prendre des mesures provisoires d'urgence pour remédier à la situation avant de prendre une décision définitive. L'entreprise concernée se voit ensuite accorder une possibilité raisonnable d'exprimer son point de vue et de proposer des solutions. Le cas échéant, l'autorité compétente peut confirmer les mesures provisoires, dont la validité est de trois mois au maximum mais qui peuvent être prorogées pour une nouvelle durée de trois mois au maximum si la mise en œuvre des procédures d'exécution n'est pas terminée »²⁹.

Les modifications que l'article 7 de l'avant-projet entend apporter à l'article 20 de la loi du 17 janvier 2003 n'assurent pas la transposition correcte et complète de ce paragraphe 6.

Ainsi, contrairement à ce que prévoit la disposition européenne, les modifications apportées par l'article 7 de l'avant-projet sont en défaut :

1° de limiter la possibilité d'adopter des mesures urgentes au cas du « manquement aux conditions de l'autorisation générale ou des droits d'utilisation, ou aux obligations spécifiques visées à l'article 6, paragraphe 2, entraînant une menace immédiate grave pour l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique ou de nature à provoquer de graves problèmes économiques ou opérationnels pour d'autres fournisseurs ou utilisateurs de réseaux ou de services de communications électroniques, ou d'autres utilisateurs du spectre radioélectrique » ;

²⁹ Dans la version néerlandaise de la directive, les mots « dont la validité est de trois mois au maximum mais qui peuvent être prorogées pour une nouvelle durée de trois mois au maximum si la mise en œuvre des procédures d'exécution n'est pas terminée » ne figurent pas. Une rapide comparaison de quelques versions linguistiques de la directive laisse à penser que l'erreur se trouve dans la version néerlandaise de celle-ci.

2° d'« ensuite accorder [à l'opérateur concerné] une possibilité raisonnable d'exprimer son point de vue et de proposer des solutions » ;

3° de préciser que la prolongation des mesures provisoires urgentes originaires peut intervenir « si la mise en œuvre des procédures d'exécution n'est pas terminée ».

L'article 7 de l'avant-projet sera revu et complété afin d'assurer la transposition correcte et complète de l'article 10, paragraphe 6 de la directive « autorisation ».

Article 8

1. L'article 21, § 7, en projet, est rédigé comme suit :

« § 7. S'il s'agit d'une infraction grave ou répétée, le Conseil peut en outre :

1° suspendre ou retirer les droits d'utilisation attribués, dont les conditions n'ont pas été respectées ou

2° ordonner la suspension de tout ou partie de l'exploitation du réseau ou de la fourniture du service en question ainsi que de la commercialisation ou de l'utilisation de tout service ou produit concerné.

Les mesures visées à l'alinéa 1^{er} ne peuvent, en cas d'infraction aux obligations en matière de communications électroniques, être prises que s'il s'agit d'une infraction à une obligation imposée par ou en vertu de la législation transposant les dispositions visées à l'article 10.5 de la Directive 2002/20/CE ».

Cette disposition appelle les observations suivantes.

1.1. L'article 21, § 7, en projet, ne fait pas apparaître avec une clarté suffisante qu'en matière de communications électroniques, les mesures dont il permet l'adoption ne pourront être adoptées que si les mesures prises conformément au paragraphe 5 en projet n'ont pas permis de remédier à l'infraction, comme l'impose l'article 10, paragraphe 5, de la directive « autorisation ».

Les termes « en outre » sont, sur ce point, sujet à diverses interprétations.

La phrase introductive du paragraphe 7 en projet devrait être remplacée par la phrase introductive suivante :

« § 7. Si les mesures prises conformément au paragraphe 5 n'ont pas permis de remédier à l'infraction et s'il s'agit d'une infraction grave ou répétée, le Conseil peut, en outre : »

1.2. L'alinéa 2 de la disposition à l'examen prévoit que les mesures prévues à son alinéa 1^{er} ne peuvent « en cas d'infraction aux obligations en matière de communications électroniques, être prises que s'il s'agit d'une infraction à une obligation imposée par ou en vertu de la législation transposant les dispositions visées à l'article 10.5 de la Directive 2002/20/CE ».

Sur ce point, il convient de rappeler qu'en principe, une disposition de droit interne ne peut renvoyer directement à une disposition d'une directive qui a fait ou doit faire l'objet de mesures de transposition. La disposition de droit interne doit en effet renvoyer aux dispositions de droit interne qui opèrent cette transposition.

L'alinéa 2 sera revu et modifié en conséquence.

2. L'article 21, § 8, n'assure pas la transposition correcte et complète de l'article 10, paragraphe 3, *in fine*, de la directive « autorisation ».

En effet, la disposition de droit européen impose que les décisions soient « communiquées sans retard » à l'entreprise concernée, et qu'il soit fixé « un délai raisonnable pour s'y conformer », deux exigences que ne comporte pas l'article 21, § 8, en projet.

L'article 21, § 8, sera revu en conséquence.

Article 13

Au 13° de la disposition à l'examen, dans l'article 2, 24°, en projet de la loi du 13 juin 2005, conformément à la définition qui constitue la définition a), à l'annexe II de la directive « accès », il convient d'ajouter les mots « dans les locaux de l'abonné » entre les mots « le point de terminaison du réseau » et les mots « à un point de concentration ».

Article 14

1. L'article 4/1, § 1^{er}, en projet de la loi du 13 juin 2005 dispose comme suit :

« Les opérateurs accordent la priorité d'accès à leurs réseaux et services à [lire : aux] :

1° (...) services d'urgence fournissant de l'aide sur place ;

2° (...) services prioritaires définis par le Roi après avis de l'Institut ».

Selon les tableaux de transposition communiqués à la section de législation, cette disposition ne constitue pas la transposition d'une disposition de droit européen.

En ce qui concerne la priorité d'accès accordée aux services d'urgence fournissant de l'aide sur place, on peut considérer qu'il s'agit de la transposition de l'article 23, deuxième phrase, de la directive « service universel ». Selon cette disposition :

« Les États membres veillent à ce que les entreprises fournissant des services téléphoniques accessibles au public prennent toutes les mesures nécessaires pour garantir un accès ininterrompu aux services d'urgence ».

En ce qui concerne les « services prioritaires définis par le Roi après avis de l'Institut », deux hypothèses sont envisageables.

Soit il s'agit de services d'urgence autres que ceux qui fournissent de l'aide sur place et, dans ce cas, la priorité d'accès peut être admise sur la base de l'article 23 de la directive « service universel ».

Soit il s'agit de services qui ne sont pas des services d'urgence et, dans ce cas, il convient d'avoir égard à l'article 3, paragraphe 1, de la directive « autorisation », selon lequel :

« Les États membres garantissent la liberté de fournir des réseaux et des services de communications électroniques, sous réserve des conditions fixées dans la présente directive. À cette fin, les États membres n'empêchent pas une entreprise de fournir des réseaux ou des services de communications électroniques, sauf pour les raisons visées à l'article 46, paragraphe 1, du traité ».

La législation européenne ne s'oppose donc pas à ce que d'autres normes que celles qu'elle prévoit soient édictées lorsqu'elles sont justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique³⁰.

Le législateur pourrait ainsi imposer aux opérateurs d'accorder une priorité d'accès à des « services prioritaires » si cette obligation pouvait être justifiée par des raisons d'ordre public, de sécurité publique ou de santé publique.

4. Il convient dès lors que le législateur opte pour l'une ou l'autre des hypothèses visées ci-dessus, en déterminant lui-même les services prioritaires pouvant bénéficier de la priorité d'accès ou, à tout le moins, en encadrant l'habilitation faite au Roi de telle façon que l'on puisse savoir ce que recouvre la notion de « services prioritaires ».

Article 20

L'article 20 de l'avant-projet de loi entend ajouter un paragraphe 7 nouveau à l'article 11 de la loi du 13 juin 2005 afin de transposer l'article 30 de la directive « service universel », spécialement les paragraphes 2 à 4 de cette disposition.

Afin de mieux assurer la transposition correcte et complète dudit article 30, tout en garantissant le caractère non excessivement large des habilitations que l'article 20 de l'avant-projet entend conférer au Roi, il se recommande d'intégrer dans le paragraphe 7 en projet, spécialement au point 3°, les critères et limites imposés aux autorités réglementaires nationales par les paragraphes 2 et 3 de l'article 30 de la directive « service universel ».

De même, au point 1° de l'alinéa 2 du paragraphe 7 en projet, il conviendrait d'intégrer les critères énumérés au paragraphe 4, alinéa 2, de l'article 30 précité, à savoir « les dispositions nationales en matière de contrats », la « faisabilité technique » et « la nécessité de maintenir la continuité du service fourni à l'abonné ».

Article 22

1. La modification que l'article 22, 1°, a) de l'avant-projet de loi entend apporter à l'article 18 de la loi du 13 juin 2005 fait écho à l'annexe, partie B, 1, à la directive « autorisation », telle que modifiée par la directive 2009/140/CE.

³⁰ Voir l'avis 37.295/4 donné le 28 juin 2004 sur un avant-projet devenu la loi du 13 juin 2005 'relative aux communications électroniques' (*Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 1425-1426/1, p. 222).

Conformément à cette nouvelle disposition de droit européen, il convient également que le texte en projet supprime les mots «, le réseau », qui figurent à l'actuel article 18, § 1^{er}, 1^o, de la loi du 13 juin 2005.

En effet, contrairement au point 1 originaire de la partie B de l'annexe à la directive, le nouveau point 1, tel que remplacé par la directive 2009/140/CE, ne fait plus mention que de la fourniture d'un service et de la technologie utilisée, et ne vise plus l'obligation d'utiliser un réseau.

Le texte en projet sera revu en conséquence.

2. À l'article 18, § 1^{er}/1, alinéa 2, en projet, il convient d'insérer les mots « sans fil » entre les mots « aux types de technologies » et le mot « utilisés », et ce, conformément à l'article 9, paragraphe 3, alinéa 2, de la directive « cadre ».

3. Dès lors que l'article 18, §§ 1^{er}/1 et 1^{er}/2, en projet habilite le Roi à prévoir des « restrictions », c'est également au Roi, en toute logique, qu'il devrait appartenir de réexaminer la nécessité de ces « restrictions », le cas échéant sur avis de l'Institut.

L'article 18, § 1^{er}/3 en projet sera revu en ce sens.

4. L'article 18, § 1^{er}/2, alinéa 4, en projet, entend assurer la transposition de l'article 9, paragraphe 4, alinéa 3, de la directive « cadre », qui dispose comme suit :

« Une mesure interdisant la fourniture de tout autre service de communications électroniques dans une bande de fréquences spécifique ne peut être prise que si elle se justifie par la nécessité de protéger des services visant à assurer la sauvegarde de la vie humaine. Les États membres peuvent en outre étendre exceptionnellement la portée d'une telle mesure pour atteindre d'autres objectifs d'intérêt général, déterminés par les États membres conformément à la législation communautaire ».

Au vu de cette disposition de droit européen, à l'article 18, § 1^{er}/2, alinéa 4, en projet, il convient d'insérer les termes «, exceptionnellement, » entre les mots « de la vie humaine ou » et les mots « pour atteindre d'autres objectifs d'intérêt général ».

Par ailleurs, il convient également de préciser quels sont les « autres objectifs d'intérêt général » visés.

5. Conformément à l'article 9bis, paragraphe 1, alinéa 1^{er}, de la directive « cadre », il convient, à l'article 18, § 1^{er}/4, alinéa 1^{er}, de remplacer les mots « avant l'entrée en vigueur des paragraphes 1^{er}/1 et 1^{er}/2 » par les mots « avant le 25 mai 2011 ».

De même, conformément à l'article 9bis, paragraphe 1, alinéa 3, de la directive « cadre », il convient, à l'article 18, § 1^{er}/4, alinéa 2, 3^e phrase, de remplacer les mots « jusqu'à la date visée à l'alinéa 1^{er} au plus tard » par les mots « jusqu'à son expiration ou jusqu'à la date visée à l'alinéa 1^{er} au plus tard, la date la plus proche étant retenue ».

Article 24

Il appartient au législateur de déterminer avec plus de précision les sanctions qui pourraient être appliquées par l'Institut, le cas échéant, par le renvoi à d'autres dispositions législatives.

Article 26

Il est renvoyé, *mutatis mutandis*, à l'observation 1 faite sur l'article 2 de l'avant-projet de loi.

Articles 27 à 29

1. D'après leur commentaire, les articles 27 et 28 de l'avant-projet de loi visent à modifier les intitulés du chapitre III du titre II de la loi du 13 juin 2005 et de la section 2 de ce chapitre pour les faire correspondre au nouvel intitulé de l'article 12 de la directive « cadre ». Par ailleurs, selon les tableaux de transposition communiqués à la section de législation, l'article 29 vise à transposer l'article 12, paragraphes 1^{er} et 2, de la directive « cadre ».

Cette disposition est rédigée comme suit :

« Article 12

Colocalisation et partage des éléments de réseaux et des ressources associées pour les fournisseurs de réseaux de communications électroniques

1. Lorsqu'une entreprise fournissant des réseaux de communications électroniques a le droit, en vertu de la législation nationale, de mettre en place des ressources sur, au-dessus ou au-dessous de propriétés publiques ou privées, ou peut bénéficier d'une procédure d'expropriation ou d'utilisation d'un bien foncier, les

autorités réglementaires nationales, tenant pleinement compte du principe de proportionnalité, peuvent imposer le partage de ces ressources ou de ce bien foncier, notamment des bâtiments, des accès aux bâtiments, du câblage des bâtiments, des pylônes, antennes, tours et autres constructions de soutènement, gaines, conduites, trous de visite et boîtiers.

2. Les États membres peuvent imposer aux titulaires des droits visés au paragraphe 1 de partager des ressources ou des biens fonciers (y compris la colocalisation physique) ou de prendre des mesures visant à faciliter la coordination de travaux publics pour protéger l'environnement, la santé publique ou la sécurité publique, ou pour réaliser des objectifs d'urbanisme ou d'aménagement du territoire, et uniquement après une période de consultation publique appropriée au cours de laquelle toutes les parties intéressées ont la possibilité de donner leur avis. Ces arrangements en matière de partage ou de coordination peuvent inclure des règles de répartition des coûts du partage de la ressource ou du bien foncier.

3. Les États membres veillent à ce que les autorités nationales soient également dotées des compétences permettant d'imposer aux titulaires des droits visés au paragraphe 1 et/ou au propriétaire de ce câblage, après une période appropriée de consultation publique pendant laquelle toutes les parties intéressées ont la possibilité d'exposer leurs points de vue, de partager du câblage à l'intérieur des bâtiments ou jusqu'au premier point de concentration ou de distribution s'il est situé à l'extérieur du bâtiment, lorsque cela est justifié par le fait que le doublement de cette infrastructure serait économiquement inefficace ou physiquement irréalisable. De tels accords de partage ou de coordination peuvent inclure une réglementation concernant la répartition des coûts du partage des ressources ou des biens fonciers, adaptés le cas échéant en fonction des risques.

4. Les États membres veillent à ce que les autorités nationales compétentes puissent exiger que les entreprises fournissent, à la demande des autorités compétentes, les informations nécessaires pour que lesdites autorités puissent établir, en collaboration avec les autorités réglementaires nationales, un inventaire détaillé de la nature, de la disponibilité et de l'emplacement des ressources visées au paragraphe 1; cet inventaire est ensuite mis à la disposition des parties intéressées.

5. Les mesures prises par une autorité réglementaire nationale conformément au présent article sont objectives, transparentes, non discriminatoires et proportionnées. Lorsque cela est pertinent, ces mesures sont exécutées en coopération avec les autorités locales ».

2. La structure actuelle du chapitre III du titre II de la loi du 13 juin 2005, qui traite distinctement l'utilisation partagée de sites d'antennes et l'utilisation partagée des autres sites, ne permet pas de vérifier aisément si la seule modification de l'article 28 transpose correctement l'article 12 de la directive « cadre ».

Interrogés sur la raison pour laquelle la structure de ce chapitre III n'a pas été modifiée pour mieux correspondre à celle de l'article 12 de la directive « cadre », les délégués du ministre ont précisé ce qui suit :

« La structure existant dans la loi de 2005 n'a pas été adaptée parce que les questions de colocalisation et de partages de ressources sont déjà réglées à trois endroits différents dans la législation en vigueur :

- aux articles 97 à 105 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques ;
- aux articles 25 à 28 de la loi du 2005 ;
- à l'article 61 de la loi de 2005 ».

En dehors des articles 25 à 28 de la loi du 13 juin 2005, les autres dispositions citées ne constituent toutefois pas la transposition de l'article 12 de la directive « cadre », si bien qu'on n'aperçoit pas en quoi consiste la difficulté à revoir la structure de ce chapitre III pour qu'elle corresponde à l'article 12 de la directive précitée.

3. Le chapitre III, tel que modifié par les articles 27 à 29 de l'avant-projet de loi, suscite en tout cas les difficultés suivantes.

3.1. L'article 12, paragraphe 1, de la directive « cadre » permet aux autorités réglementaires nationales d'imposer à une entreprise fournissant des réseaux de communications électroniques le partage de certaines ressources ou biens fonciers, en précisant qu'elles doivent dans ce cas tenir « pleinement compte du principe de proportionnalité ». Il ne peut donc s'agir que d'obligations imposées au cas par cas et non d'une obligation générale qui serait imposée à tous les opérateurs de réseaux par le législateur ou même par l'exécutif. Cette façon de procéder ne transparaît ni des dispositions actuelles ni de celles en projet du chapitre III.

3.2. L'article 12, paragraphe 2, de la même directive permet quant à lui aux États membres d'imposer certaines obligations « pour protéger l'environnement, la santé publique ou la sécurité publique ou pour réaliser des objectifs d'urbanisme ou d'aménagement du territoire », après une période de consultation publique appropriée. Contrairement à ce que mentionnent les tableaux de transposition communiqués à la section de législation, l'article 29 de l'avant-projet de loi ne semble pas transposer l'article 12, paragraphe 2, précité. Quant à l'actuel article 25 de la loi du 13 juin 2005, il n'assure en tout cas pas une transposition correcte de l'article 12, paragraphe 2, précité en matière d'obligation de consultation

publique, puisque cette obligation de consultation publique doit se comprendre comme étant applicable au cas par cas ³¹.

3.3. L'article 29 de l'avant-projet de loi semble transposer l'article 12, paragraphe 3, de la directive « cadre », puisqu'il habilite le Roi à déterminer les règles applicables à l'utilisation partagée « du câblage à l'intérieur des bâtiments ou jusqu'au premier point de concentration ou de distribution s'il est situé à l'extérieur du bâtiment ». Il convient toutefois que les conditions dans lesquelles un tel partage peut être imposé, à savoir l'inefficacité économique ou l'irréalisabilité physique du doublement des infrastructures, ainsi que l'exigence d'une consultation préalable, soient précisées dans le texte en projet.

3.4. Interrogé sur la question de savoir si l'article 12, paragraphe 3, aurait été transposé par ailleurs, les délégués du ministre ont précisé que :

« La transposition de cette disposition se trouve dans une disposition qui a été complétée (article 61 LCE modifié par l'art. 36 du projet de loi) ».

L'attention est attirée sur ce que l'article 61 de loi du 13 juin 2005 concerne uniquement les obligations qui peuvent être imposées à des opérateurs ayant une puissance significative sur le marché et constitue une transposition de l'article 12 de la directive « accès ».

3.5. En ce qui concerne l'article 12, paragraphes 4 et 5, de la directive « cadre », il appartiendra à l'auteur de l'avant-projet de loi d'indiquer quelles sont les dispositions en projet qui en assurent la transposition ou, à défaut, de prévoir de telles dispositions.

4. Compte tenu de ce qui précède, l'auteur de l'avant-projet est invité à revoir le chapitre III du titre II de la loi précitée à la lumière de ces observations.

Article 30

1. La modification que l'article 30, 1°, a), envisage d'apporter au paragraphe 1^{er}, de l'article 51 de la loi du 13 juin 2005 n'a pas de sens, sauf à ce que le texte en projet prévoit également que les mots « Si les parties ne parviennent pas à se mettre d'accord pendant les négociations à l'accès, » sont supprimés à l'article 51, paragraphe 1^{er}.

Si la disposition à l'examen ne prévoit pas cette suppression, à la lecture de l'exposé des motifs toutefois, celle-ci paraît bien relever de l'intention de l'auteur de l'avant-projet.

³¹ Voir l'avis 37.295/4, précité, p. 227.

Le texte en projet sera revu en conséquence.

2. L'article 30, 3°, de l'avant-projet de loi entend notamment ajouter un paragraphe 3 à l'article 51 de la loi du 13 juin 2005, libellé comme suit :

«§ 3. L'Institut peut toujours et de sa propre initiative imposer des obligations aux opérateurs pour qu'ils rendent accessibles aux utilisateurs finals des numéros du plan national de numérotation et les services éventuels qui y sont offerts ».

Il ressort du tableau de transposition adressé à la section de législation que cette disposition a pour objet de transposer l'annexe, partie A, 4, à la directive « autorisation » qui permet d'assortir l'« autorisation générale » de conditions ayant pour objet d'assurer l'« accessibilité, pour les utilisateurs finals, des numéros du plan national de numérotation, des numéros de l'espace européen de la numérotation téléphonique, des numéros universels de libre appel international et, lorsque c'est techniquement et économiquement possible, des numéros des plans de numérotation des autres États membres, et des conditions conformément à la directive 2002/22/CE (directive 'service universel') ».

Le paragraphe 3 en projet paraît dépasser le prescrit de la directive dès lors qu'il vise non seulement l'accessibilité des numéros du plan national de numérotation, mais également l'accessibilité des « services éventuels qui y sont offerts ».

Interrogés sur la compatibilité de cette disposition avec le cadre réglementaire européen, les délégués du ministre ont exposé ce qui suit :

« Dit staat er inderdaad niet letterlijk in, viseerde premium rate nummers en andere nummers (078-nummers), waarmee diensten (call centers, voting, enz...) worden verstrekt (in tegenstelling tot gewone nummers die gesprekken ondersteunen), maar weglating lijkt niet erg: een nummer blijft een nummer. »

Eu égard à l'explication communiquée, la disposition à l'examen ne paraît pas poser de difficulté.

Article 32

1. L'article 32, 1°, de l'avant-projet de loi transpose notamment l'article 16, paragraphe 1, de la directive « cadre », selon lequel « les autorités réglementaires nationales effectuent une analyse des marchés pertinents en prenant en considération les marchés recensés dans la recommandation et en tenant le plus grand compte des lignes directrices ».

La recommandation à laquelle il est fait référence est la recommandation de la Commission sur les marchés pertinents de produits et de services visée à l'article 15 de la même directive.

Interrogé sur le point de savoir pourquoi la disposition en projet ne précise pas que l'analyse des marchés pertinents est effectuée en prenant en considération les marchés recensés dans la recommandation de la Commission, les délégués du ministre ont fourni les explications suivantes :

« (...) l'avant-projet de loi de transposition contient une disposition générale concernant la prise en compte des recommandations de la Commission (et donc de la recommandation sur les marchés pertinents dont il est question pour les analyses de marchés). Cette disposition prévoit par ailleurs que le régulateur est tenu de justifier auprès de la Commission européenne le non-respect éventuel de ces recommandations. Il s'agit de l'article 8/1, § 2, LCE (...).

Les analyses de marchés sont donc réalisées sur base et tenant le plus grand compte de la recommandation (sur base de laquelle les marchés sont d'ailleurs déterminés par l'Institut en application de l'article 54 LCE) ».

L'article 8/1, § 2, en projet (article 18 de l'avant-projet de loi) prévoit que l'Institut doit tenir compte le plus possible des recommandations que la Commission européenne formule « en application de l'article 19 de la directive 2002/21/CE ». Or, l'article 19 de la directive « cadre » ne vise pas les recommandations sur les marchés pertinents de produits et de services, mais les recommandations sur l'application harmonisée des dispositions de la directive « cadre » et des directives particulières lorsque la Commission constate que des divergences dans l'accomplissement des tâches de réglementation par les autorités réglementaire nationales peuvent faire obstacle au marché intérieur.

L'article 8/1, § 2, en projet n'impose donc pas à l'Institut de prendre en considération les marchés recensés dans la recommandation sur les marchés pertinents de produits et de services. On relèvera en outre que l'article 54 de la loi du 13 juin 2005 ne prévoit pas non plus expressément que l'Institut détermine les marchés pertinents en tenant compte de la recommandation.

Il convient dès lors de compléter l'article 32, 1°, de l'avant-projet de loi en ce sens.

2. À l'article 55, § 1^{er}, alinéa 2, a), en projet de la loi du 13 juin 2005, il convient, dans la version française, de remplacer les mots « suivant la demande de prolongation de l'Institut » par les mots « suivant cette notification », conformément à ce que prévoit l'article 16, paragraphe 6, de la directive « cadre ». Le texte néerlandais de la seconde

phrase de cette disposition doit, par analogie avec l'article 16, paragraphe 6, de la directive « cadre » être réécrit comme suit :

« De termijn kan in uitzonderlijke gevallen echter met maximaal nog eens drie jaar worden verlengd wanneer het Instituut daartoe bij de Europese Commissie een gemotiveerd verzoek heeft ingediend en de Commissie binnen één maand volgend op die indiening geen bezwaar heeft gemaakt tegen de verlenging ».

3. À l'article 55, § 1^{er}, alinéa 2, b), en projet, il convient de remplacer, dans la version française, le mot « approbation » par le mot « adoption ». Dans le même b), les mots « concernant lesquels la Commission européenne, l'ORECE et les autorités réglementaire nationales n'ont pas encore été consultés » par les mots « pour les marchés qui n'ont pas été préalablement notifiés à la Commission », conformément à l'article 16, paragraphe 6, de la directive « cadre ».

4. Par ailleurs, les délégués du ministre ont confirmé que l'article 16, paragraphe 5, de la directive « cadre », qui envisage l'analyse de marchés transnationaux, ne fait pas l'objet d'une mesure de transposition. Il convient toutefois que cette disposition soit transposée, en imposant à l'Institut, dans le cadre de marchés transnationaux, d'analyser conjointement le marché avec les autorités réglementaires nationales des États membres concernés et de se prononcer de manière concertée avec ces mêmes autorités sur l'imposition, le maintien, la modification ou la suppression des obligations qui y sont visées.

Article 33

L'article 56, § 2, en projet, tel qu'il est rédigé, peut laisser penser que le législateur fédéral entend imposer à la Commission européenne certaines obligations. Mieux vaudrait supprimer les alinéas 2 et 3 en projet et, à l'alinéa 1^{er}, remplacer les mots « à la Commission européenne qui autorise ou interdit à l'Institut de prendre ces mesures » par les mots « pour autorisation à la Commission européenne ».

Article 35

À l'article 35, 2°, d), de l'avant-projet de loi, il convient de supprimer, dans la version française, le mot « par ».

Article 37

Les modifications que l'article 37, 1°, de l'avant-projet envisage d'apporter à l'article 62 de la loi du 13 juin 2005 ne sont pas suffisantes pour assurer la transposition correcte et complète de l'article 13, paragraphe 1, de la directive « accès », tel que remplacé par la directive 2009/140/CE.

L'ensemble de l'article 62, § 1^{er}, de la loi du 13 juin 2005 doit être revu afin d'assurer la parfaite transposition tant de la première que de la seconde phrase de l'article 13, paragraphe 1 précité.

Article 41

À l'article 65/1, § 2, 4°, en projet, il convient de remplacer les mots « les raisons » par les mots « une analyse des raisons », conformément à l'article 13bis, paragraphe 2, d), de la directive « accès ».

Article 43

Selon le commentaire de l'article,

« (...) la troisième modification vise à retirer du champ d'application du service universel l'obligation de fournir un service d'assistance technique. En effet, le nouvel article [25] de la directive 'Service universel' 2002/22/CE tel qu'il est introduit par l'article 16 de la directive 2009/136/CE ne vise plus que les services de renseignements téléphoniques, à l'exception donc des services fournissant de l'assistance technique ».

Or, l'article 43 de l'avant-projet de loi ne contient pas de troisième modification. Afin de tenir compte de l'article 25 de la directive « service universel », tel que modifié par la directive 2009/136/CE, il convient, comme le précise le commentaire de l'article, de supprimer l'assistance technique parmi les obligations de la composante géographique fixe du service universel.

L'article 70, § 1^{er}, 2°, e), de la loi du 13 juin 2005 sera dès lors supprimé.

Articles 46 et 47

L'article 74 en projet entend imposer aux opérateurs qui offrent un service de communications électroniques accessible au public aux consommateurs et dont le chiffre

d'affaires portant sur ce service est supérieur à cinquante millions d'euros, de fournir ce service à des conditions tarifaires particulières à certaines catégories de bénéficiaires.

Ainsi qu'il ressort du commentaire de l'article, l'intention de l'auteur de l'avant-projet, en remplaçant la notion de « service téléphonique public » par celle de « service de communications électroniques accessibles au public » est « de permettre l'offre d'un tarif social sur les abonnements à l'internet ». Cette notion couvre en outre non seulement les services en position déterminée mais également les services mobiles.

Il résulte par ailleurs de l'article 47 de l'avant-projet (article 74/1 en projet) que les opérateurs pour lesquels cette composante du service universel constituerait une charge déraisonnable pourrait être indemnisé par un « fonds pour le service universel en matière de tarifs sociaux », qui serait alimenté par des contributions versées par les opérateurs offrant la composante sociale du service universel.

Le mécanisme envisagé, en tant qu'il vise non seulement les services téléphoniques en position déterminée, mais également les services mobiles et l'accès à l'internet, ne paraît pas conforme à la directive « service universel ».

En effet, il résulte des articles 9, paragraphe 2, et 32 de cette directive que des conditions tarifaires particulières en faveur de personnes ayant de faibles revenus ou des besoins sociaux spécifiques ne peuvent être imposées aux opérateurs, en tant que service universel financé par un mécanisme de compensation impliquant la participation des entreprises, que pour l'accès au réseau visé à l'article 4, paragraphe 1, ou pour l'usage de services définis à l'article 4, paragraphe 3, et aux articles 5, 6 et 7. Or l'article 4, paragraphe 1, ne vise que « le raccordement en position déterminée à un réseau de communications public », à l'exclusion donc d'une connexion mobile, et le paragraphe 3 du même article ne vise que « la fourniture d'un service téléphonique accessible au public, via le raccordement au réseau visé au paragraphe 1, qui permette de donner et de recevoir des appels nationaux et internationaux », à l'exclusion donc des services de téléphonie mobile et les services de transmission de données via l'internet. Les articles 5 à 7 ne visent pas davantage la connexion à un réseau mobile, la fourniture de services téléphoniques mobiles ou la fourniture d'un service internet.

L'article 4, paragraphe 2, de la directive « service universel » prévoit certes que le raccordement en position déterminée, qui relève du service universel, doit permettre, notamment, « les communications de données, à des débits de données suffisants pour permettre un accès fonctionnel à l'internet » mais l'offre d'un raccordement à un réseau qui permet la connexion à internet ne se confond pas avec la fourniture d'un service internet³².

³² Voir en ce sens, le document de travail « COCOM10-31 FINAL » du 10 janvier 2011 du « Comité des communications », institué par l'article 22 de la directive-cadre.

Si l'auteur de l'avant-projet entend exiger d'opérateurs qu'ils offrent à certains consommateurs des tarifs sociaux pour l'abonnement à internet ou pour le service communications électroniques accessibles au public sur des réseaux mobiles, il ne peut prévoir que la charge injustifiée qui en résulterait pour les entreprises concernées soit financé par des contributions des entreprises.

Article 49

De l'accord des délégués du ministre, au paragraphe 2 de l'article 75 en projet, il convient de prévoir la possibilité, pour l'Institut, de ne pas imposer d'obligations de service universel sur « tout ou partie du territoire », conformément à ce que prévoit l'article 6, paragraphe 2, de la directive « service universel ».

Dans le texte néerlandais du même paragraphe, il convient par ailleurs d'écrire « verplichtingen zoals bedoeld in § 1 » au lieu de « verplichtingen uit hoofde van het eerste lid ».

Article 60

1. L'article 107, § 1^{er}/1, alinéa 3, en projet impose aux entreprises fournissant des réseaux publics de communications électroniques ou des services de communications électroniques accessibles au public d'informer les abonnés « de toute modification d'accès aux services d'urgence ou aux informations concernant la localisation de l'appelant dans le service auquel ils ont souscrit ».

Cette disposition ne transpose pas correctement l'article 21, paragraphe 3, alinéa 1^{er}, b), et alinéa 2, de la directive « service universel », selon lequel :

« Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales soient en mesure d'obliger les entreprises qui fournissent des réseaux publics de communications électroniques et/ou des services de communications électroniques accessibles au public à, notamment :

(...)

b) informer les abonnés de toute modification d'accès aux services d'urgence ou aux informations concernant la localisation de l'appelant dans les services auxquels ils ont souscrit ;

(...)

Avant d'imposer toute obligation, les autorités réglementaires nationales peuvent, si elles le jugent approprié, promouvoir des mesures d'autorégulation ou de corégulation ».

Selon cette disposition, il n'appartient pas au législateur d'imposer d'office aux entreprises concernées le respect des obligations visées à l'article 21, paragraphe 3, alinéa 1^{er}, b), de la directive « service universel », mais bien de permettre au Roi ou à l'Institut³³ d'imposer de telles obligations et également de lui donner la possibilité, avant d'imposer toute obligation, de promouvoir des mesures d'autorégulation ou de corégulation, s'il le juge approprié.

De l'accord des délégués du ministre, l'article 107, § 1^{er}/1, alinéa 3, en projet sera modifié en ce sens.

2. L'article 60, 3^o et 4^o, de l'avant-projet de loi est identique à l'article 2 d'un projet de loi qui a été adopté par la Chambre en date du 20 juillet 2011³⁴ et envoyé au Sénat pour évocation. Si ce projet de loi devait être adopté avant l'avant-projet de loi à l'examen, il conviendra de veiller, dans celui-ci, à supprimer l'article 60, 3^o et 4^o.

Article 65

1. Il résulte des tableaux de transposition communiqués à la section de législation que l'article 65 de l'avant-projet entend transposer l'article 21, paragraphes 1 et 2, de la directive « service universel ».

Au regard de cette disposition de droit européen, le texte en projet appelle les observations suivantes.

1.1. À l'article 111, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, phrase introductive, en projet, conformément à l'article 21, paragraphe 1, de la directive, il convient d'ajouter le mot « transparentes » entre les mots « informations » et « comparables ».

1.2. Alors que l'article 21, paragraphes 1 et 2, de la directive « service universel » entend assurer la transparence et la publicité à l'égard des « consommateurs » et des « utilisateurs finals », l'article 111 en projet ne vise, en ses trois paragraphes, que les consommateurs.

³³ Voir l'observation générale 1.

³⁴ *Doc. parl.*, Chambre, 2010-2011, n° 53-1265/6.

La disposition en projet doit être complétée afin d'assurer la transposition de la disposition de droit européen précitée tant à l'égard des « utilisateurs finals » que des « consommateurs ».

2. L'article 111, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, habilite l'Institut à déterminer le contenu d'une fiche d'informations, tout en habilitant également le Roi à ce faire, après avis de l'Institut.

Il convient d'habiliter une seule et même autorité à arrêter le contenu de cette fiche, à savoir, eu égard à ce qui a été dit à l'observation générale 1, le Roi.

Le paragraphe 2 en projet sera revu en conséquence.

Article 69

1. À l'article 111/4, § 3, alinéa 2, en projet, il y a lieu de remplacer les mots « à l'alinéa 2 » par les mots « à l'alinéa 3 ».

2. À l'alinéa 3 de l'article 111/4, § 3, en projet, la section de législation n'aperçoit pas pour quel motif est visé le seul « consommateur » et non également l'« abonné qui ne possède pas plus de cinq numéros d'appel », alors que ces deux catégories sont toutes deux visées aux alinéas 1^{er} et 2 de ce paragraphe 3.

Article 73

1. À l'article 114, § 1^{er}, première phrase, en projet, il convient de supprimer les mots « avec le fournisseur de réseau public de communications électroniques » qui figurent entre les mots « conjointement » et les mots « en ce qui concerne la sécurité du réseau ».

2. Le paragraphe 2 de l'article 114 en projet entend transposer l'article 4, paragraphe 1bis, de la directive « vie privée ».

Il résulte de cette disposition de droit européen ainsi que de l'article 114, § 2, alinéa 2, en projet que, tant la disposition transposée que l'article 114, § 2, alinéa 1^{er}, en projet n'ont vocation à s'appliquer qu'aux seuls fournisseurs d'un service de communications électroniques accessible au public, et non aux fournisseurs de réseaux.

Or, l'alinéa 1^{er} du paragraphe 2 de l'article 114 en projet, dans la mesure où il vise « les mesures prévues au paragraphe 1^{er} », peut laisser croire que ledit paragraphe 2 a pour destinataires aussi bien les fournisseurs de réseaux que les fournisseurs de services.

Interrogés sur ce point, les délégués du ministre ont confirmé que « l'art. 4.1bis, al. 2 de la directive 'vie privée' ne vise que les fournisseurs de services car les données personnelles dont il est question dans cet article sont généralement enregistrées dans la couche applicative ou service mais ne visent pas le réseau. ».

L'article 114, § 2, alinéa 1^{er}, en projet doit être revu de sorte qu'il précise que ledit paragraphe 2 ne s'adresse qu'aux seuls fournisseurs de services de communications électroniques accessibles au public.

3. Il y a lieu d'observer que le paragraphe 3, 2°, de l'article 114 en projet n'est conforme ni à la version française de l'article 23, première phrase de la directive « service universel », ni même à la version néerlandaise de cette même phrase.

Ainsi, l'article 23, première phrase, de la directive, dans sa version française, dispose que :

« Les États membres prennent toutes les mesures nécessaires pour assurer la disponibilité la plus complète possible de services téléphoniques accessibles au public fournis via des réseaux de communications publics en cas de défaillance catastrophique des réseaux ou de force majeure ».

Dans sa version néerlandaise, elle dispose que :

« De lidstaten nemen alle noodzakelijke maatregelen om de beschikbaarheid van de openbare telefoondiensten over de openbare communicatienetwerken zo volledig mogelijk te waarborgen in gevallen waarin het elektriciteitsnetwerk uitvalt of in geval van overmacht ».

Une rapide comparaison de quelques versions linguistiques de la directive laisse à penser que la version néerlandaise résulte d'une erreur de traduction. Ainsi, la version française correspond notamment aux versions allemande, anglaise, italienne et espagnole.

La disposition en projet sera revue en conséquence.

Article 74

À l'article 114/1, § 2, alinéa 2, en projet, compte tenu de la répartition des compétences en matière de communications électroniques et d'audiovisuel entre les différents niveaux de pouvoir en Belgique, il y a lieu de prévoir la notification de l'incident également aux autres autorités réglementaires belges compétentes.

Article 75

1. L'article 114/2 en projet entend transposer l'article 13^{ter} de la directive « cadre ».

Le paragraphe premier, alinéa 2, en projet, prévoit, à cet effet que :

« L'Institut dispose des pouvoirs nécessaires pour enquêter sur tous les cas de non-respect des dispositions des articles 114 et 114/1 ainsi que sur leurs effets sur la sécurité et l'intégrité des réseaux ».

1.1. Cette disposition constitue, en réalité, une paraphrase de l'article 13^{ter}, paragraphe 3, de la directive « cadre », lequel paragraphe est rédigé comme suit :

« Les États membres veillent à ce que les autorités réglementaires nationales disposent des pouvoirs nécessaires pour enquêter sur les cas de non-conformité ainsi que sur leurs effets sur la sécurité et l'intégrité des réseaux ».

1.2. Une telle paraphrase ne peut être admise : il appartient en effet au législateur de définir lui-même les pouvoirs dont disposera l'Institut en vue d'accomplir cette mission de contrôle portant sur des objets spécifiques, pouvoirs qui devront s'inscrire dans les limites résultant des dispositions de droit international et européen et des dispositions de la Constitution qui garantissent les libertés fondamentales notamment le droit à la vie privée, à l'inviolabilité du domicile et au procès équitable.

À ce propos,

- soit le législateur estime que les pouvoirs déjà conférés à l'Institut par d'autres dispositions législatives sont suffisants pour assurer la transposition de l'article 13^{ter}, paragraphe 3, précité ; dans cette hypothèse, il suffit de renvoyer à ces dispositions ;
- soit le législateur estime que les pouvoirs déjà conférés à l'Institut par d'autres dispositions législatives ne sont pas suffisants ; il lui appartient alors de compléter le texte en projet afin de définir les pouvoirs dont disposera l'Institut en vue

d'accomplir cette mission de contrôle spécifique, pouvoirs qui devront s'inscrire dans les limites rappelées ci-avant.

Le texte en projet sera revu à la lumière de cette observation.

2. S'agissant de l'habilitation faite au Roi de déterminer les conditions essentielles auxquelles doivent satisfaire les « organismes qualifiés indépendants », il convient que la nécessité de fixer de telles conditions puisse être dûment justifiée au regard des exigences de la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 'relative aux services dans le marché intérieur', telle que transposée par la loi du 26 mars 2010 'sur les services' et la loi du 26 mars 2010 'sur les services concernant certains aspects juridiques visés à l'article 77 de la Constitution'.

Par ailleurs, il convient de préciser quelle serait « l'autorité nationale compétente ».

Le texte en projet sera réexaminé à la lumière de cette observation.

Article 76

Il est renvoyé à l'observation faite sous l'article 14 de l'avant-projet de loi pour ce qui concerne la possibilité d'imposer aux opérateurs des obligations en faveur des « services prioritaires définis par le Roi ».

Article 85

Afin d'assurer une meilleure transposition de l'article 5, paragraphe 3, de la directive « vie privée », il y aurait lieu d'apporter des modifications complémentaires à l'article 129, alinéa 2, de la loi du 13 juin 2005.

Ainsi, il conviendrait, à cet alinéa, de supprimer les mots « ou de faciliter », de remplacer les mots « ou de fournir » par les mots « ou qui sont strictement nécessaires pour fournir » et d'ajouter les mots « ou de l'utilisateur final » *in fine*, avant le point.

Article 87

L'article 87 de l'avant-projet entend insérer un article 133/1 nouveau dans la loi du 13 juin 2005 en vue d'assurer la transposition de l'article 15*bis*, paragraphe 4, nouveau de la directive « vie privée ».

Dans ce contexte, la disposition à l'examen appelle les observations suivantes.

1. La disposition en projet prévoit que l'Institut peut « approuver » des mesures, dont l'auteur n'est pas identifié.

En réalité, il ressort des termes de l'article 15*bis*, paragraphe 4, de la directive « vie privée » que cette disposition a pour objet de permettre aux différentes autorités réglementaires des États membres d'adopter - par hypothèse, de commun accord - des mesures de coopération transfrontalière.

Par conséquent, dans le texte en projet, il convient de remplacer le mot « approuver » par le mot « adopter ».

2. Le texte en projet est en défaut de transposer l'alinéa 2 du paragraphe 4 de l'article 15*bis* de la directive « vie privée ».

Il sera complété en conséquence.

Article 90

L'article 90 de l'avant-projet de loi entend ajouter à l'article 137 de la loi du 13 juin 2005 un paragraphe 3 nouveau, qui aurait pour objet de transposer l'article 11, paragraphe 1, de la directive « autorisation ».

Cette disposition appelle les observations suivantes.

1. Le 1° de l'alinéa 1^{er} du paragraphe 3 en projet prévoit que l'Institut ne peut demander que des informations qui sont raisonnablement nécessaires et objectivement justifiées pour lui permettre de :

« 1° vérifier, systématiquement ou au cas par cas, le respect de :

[a)] l'article 30 ;

[b)] la contribution financière pour le service universel ;

[c)] l'article 29 ; ».

Cette disposition fait écho à l'article 11, paragraphe 1, de la directive « autorisation », qui prévoit que les autorités réglementaires nationales ne peuvent « demander aux entreprises de fournir [...] que les informations qui sont raisonnablement nécessaires et objectivement justifiées pour leur permettre de :

1° de vérifier, systématiquement ou au cas par cas, le respect des conditions visées à l'annexe, aux points 1 et 2 de la partie A, aux points 2 et 6 de la partie B et aux points 2 et 7 de la partie C, ainsi que des obligations visées à l'article 6, paragraphe 2 ;

[...] ».

La comparaison de la disposition en projet avec l'article 11, paragraphe 1, de la directive « autorisation » révèle que les hypothèses dans lesquelles la disposition en projet habilite l'Institut à demander des informations aux opérateurs sont plus limitées que celles envisagées par la disposition de droit européen.

Ainsi, notamment, dans le texte en projet, ne sont pas visées les demandes d'information en vue de vérifier « l'utilisation efficace et performante des numéros, conformément à la directive 2002/21/CE (directive « cadre ») » (annexe, partie C, point 2, de la directive « autorisation »).

Rien, dans le commentaire de l'article à l'examen, n'atteste de ce que ces différences participeraient de l'intention de l'auteur de l'avant-projet.

Les délégués du ministre ont à cet égard confirmé que l'intention est de se conformer strictement à la disposition de droit européen ici transposée.

La disposition en projet sera revue en conséquence.

2. Au paragraphe 3, alinéa 1^{er}, 2°, en projet, dans la version française, il convient de remplacer le mot « vérifier » par les mots « procéder à un contrôle »³⁵.

3. Au paragraphe 3, alinéa 1^{er}, 6°, en projet, comme la section de législation l'a souvent rappelé, il convient de remplacer les références faites aux directives « accès » et « service universel », par une référence aux dispositions qui, en droit interne, assurent la transposition des dispositions pertinentes de ces deux directives.

4. Au paragraphe 3, alinéa 1^{er}, 8°, en projet, il convient d'omettre le mot « future », qui ne figure pas à l'article 11, paragraphe 1, h), de la directive « autorisation ».

Article 91

Pour plus de clarté, et conformément à l'article 7, paragraphe 6, seconde phrase, *in fine*, de la directive « cadre », à l'article 141, § 3, en projet, il est préférable de remplacer les mots « et au paragraphe 1^{er} » par les mots « et notifie à nouveau à la Commission le projet modifié conformément aux dispositions du paragraphe 1^{er} ».

Article 92

L'article 142 de la loi du 13 juin 2005, tel qu'en vigueur, est rédigé comme suit :

« Les mesures provisoires au sens de l'article 20 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges prises pour assurer le respect de la présente loi sont dispensées des consultations prévues aux articles 140 et 141. Elles sont toutefois notifiées sans délai à la Commission européenne et aux autorités réglementaires nationales des États membres ».

L'article 92 de l'avant-projet de loi à l'examen a pour objet de modifier cette disposition de sorte qu'elle dispose désormais comme suit :

« Les mesures provisoires au sens de l'article 20 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges prises pour assurer le respect de la présente loi sont dispensées des consultations prévues aux articles 140 et 141. Elles sont toutefois notifiées sans délai à la Commission européenne, à l'ORECE et aux autorités réglementaires nationales des

³⁵ Comparer avec l'article 11, paragraphe 1, b), de la directive « autorisation ».

États membres. Toute prolongation ou toute décision visant à conférer un caractère permanent aux mesures provisoires est soumise aux dispositions des articles 140 et 141».

La phrase que l'article 92 à l'examen entend ajouter à l'article 142 de la loi du 13 juin 2005 vise notamment l'hypothèse de la décision par laquelle une mesure provisoire au sens de l'article 20 de la loi du 17 janvier 2003 précitée serait rendue permanente.

Comme le fait apparaître l'exposé des motifs, cette phrase constitue le pendant de l'article 7, paragraphe 9, nouveau de la directive « cadre », disposition qui vise tant l'hypothèse de la prolongation de la mesure provisoire que celle de la décision rendant permanente une mesure provisoire.

Toutefois, il convient d'avoir égard au fait que l'article 20 de la loi du 17 janvier 2003 permet uniquement de prolonger les mesures provisoires qu'il autorise. Il ne permet pas de leur conférer un caractère permanent. Et si l'avant-projet à l'examen envisage d'apporter certaines modifications à cet article 20, il n'entend pas le modifier sur ce point ³⁶.

Par conséquent, la section de législation n'aperçoit pas la portée ni la raison d'être de l'article 92 de l'avant-projet à l'examen dans la mesure où il vise l'hypothèse de la décision visant à conférer un caractère permanent aux mesures provisoires au sens de l'article 20 de la loi du 17 janvier 2003 'relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges'.

L'article 92 sera revu à la lumière de cette observation.

Article 94

La section de législation n'aperçoit pas la raison pour laquelle l'article 143/1, en projet, n'assure pas la transposition de l'article 7*bis*, paragraphe 8, de la directive « cadre », selon lequel,

« L'autorité réglementaire nationale peut retirer le projet de mesure proposé à tout stade de la procédure ».

³⁶ Voir l'article 7 de l'avant-projet de loi.

Article 96

L'article 163 en projet dispose comme suit :

« Belgacom assure le service universel, tel que décrit à l'article 68, 1^o, ainsi que les services décrits à l'article 105 de la présente loi jusqu'au 31 mars 2013 au plus tard.

Belgacom assure le service universel, tel que décrit à l'article 68, 3^o, 4^o et 5^o jusqu'au 31 octobre 2012 au plus tard ».

Tel qu'il est rédigé, l'article 163 en projet ne permet pas de déterminer dans quelles circonstances et par qui pourrait être prise la décision de mettre fin, avant le 31 mars 2013 ou le 31 octobre 2012, selon les cas, à la désignation de Belgacom comme prestataire du service universel.

Selon le commentaire de l'article, l'intention est de mettre fin à la désignation de Belgacom avant les dates indiquées dès l'instant où, soit l'Institut décide de ne plus imposer certaines obligations de service universel, soit il désigne, après appel d'offres, le ou les nouveaux prestataires du service universel.

La disposition en projet sera revue en ce sens.

Article 114

De l'accord des délégués du ministre, à l'article 38, § 1^{er}, en projet, les mots « alinéa 2 » seront supprimés.

Article 118

1. Il ressort des tableaux de transposition communiqués à la section de législation que la disposition à l'examen entend assurer la transposition de l'article 13, paragraphe 3, de la directive « vie privée ».

Il ressort de la lecture de l'article 100 en projet qu'en réalité, celui-ci a également pour objet de transposer les paragraphes 1^{er}, 4 et 5 de cet article 13.

Or, l'article 100, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, n'assure pas une transposition complète et correcte de l'article 13, paragraphe 1, de la directive « vie privée ».

Par ailleurs, aucune subdivision de l'article 100 en projet n'assure la transposition de l'article 13, paragraphe 2, de la directive « vie privée ».

Le texte en projet sera revu à la lumière de ces observations.

2. L'article 100, § 3, alinéa 1^{er}, en projet est rédigé comme suit :

« Les coordonnées de l'abonné qui ne souhaite pas recevoir une communication non sollicitée visée au paragraphe 2 sont reprises dans un registre tenu par la Belgian Direct Marketing Association dont le numéro d'entreprise est le 0452.664.950. Le Roi peut, par arrêté délibéré en Conseil des Ministres, désigner un nouveau gestionnaire. Les modalités de fonctionnement du registre peuvent être déterminées par le Roi, par arrêté royal délibéré en Conseil des ministres. L'inscription dans le registre est gratuite ».

Interrogés sur cette disposition, les délégués du ministre ont exposé que la Belgian Direct Marketing Association ne serait pas rémunérée pour l'accomplissement de la mission qui lui est confiée.

Il n'en demeure pas moins que cette association se voit confier, par le texte en projet, une mission qui participe de l'exécution, par l'autorité fédérale, d'une obligation de droit européen, et qui relève de l'intérêt général et du service public.

Dès lors qu'une telle mission est confiée à cette association, c'est au législateur qu'il appartient de fixer les conditions et règles essentielles relatives à cette mission.

De même, c'est au législateur qu'il appartient de fixer les conditions essentielles à remplir par l'éventuel nouveau gestionnaire.

Articles 121 à 123

Les articles 121 à 123 prévoient que les dispositions de l'avant-projet qu'ils visent entreront en vigueur « le premier jour de l'année [/du neuvième mois] qui suit la publication de la présente loi au Moniteur belge ».

Cette formulation n'est pas optimale.

Mieux vaut prévoir que les dispositions concernées entreront en vigueur « le premier jour de l'année [/du neuvième mois] qui suit l'expiration d'un délai de dix jours prenant cours le jour suivant la publication de la présente loi au Moniteur belge » ³⁷.

Observations finales

1. L'arrêté de présentation est manquant ³⁸.
2. Les formules de sanction et de promulgation sont prématurées et seront omises ³⁹.

³⁷ *Principes de technique législative. Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative » recommandation n° 152.1.

³⁸ *Ibid.*, formules F 4-1-10-1 et F 5.

³⁹ Voir l'avis 48.704/4 donné le 22 septembre 2010 sur un avant-projet devenu l'ordonnance du 19 mai 2011 'relative à la gestion de la sécurité des infrastructures routières' (*Doc. parl.*, Parl. R.B.C., 2010-2011, n° A-144/1, pp. 16-19).

La chambre était composée de

Messieurs	P. LIÉNARDY,	président de chambre,
	J. JAUMOTTE,	conseillers d'État,
	L. DETROUX,	
Madame	A. WEYEMBERGH,	assesseurs de la section de législation,
Monsieur	Y. DE CORDT,	
Madame	C. GIGOT,	greffier.

Le rapport a été présenté par Mmes A. VAGMAN et L. VANCRAVEBECK, auditeurs.

LE GREFFIER

LE PRÉSIDENT

C. GIGOT

P. LIÉNARDY

KONINKRIJK BELGIË

ADVIES 50.003/4
VAN 26 SEPTEMBER 2011

VAN DE AFDELING WETGEVING
VAN DE RAAD VAN STATE

De RAAD VAN STATE, afdeling Wetgeving, vierde kamer, op 13 juli 2011 door de Minister voor Ondernemen en Vereenvoudigen verzocht hem, binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot 30 september 2011 ^(*), van advies te dienen over een voorontwerp van wet “houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie”, heeft het volgende advies gegeven:

^(*) Bij e-mail van 14 juli 2011.

Rekening houdend met het tijdstip waarop dit advies gegeven wordt, vestigt de Raad van State de aandacht op het feit dat, wegens het ontslag van de regering, de bevoegdheid van deze laatste beperkt is tot het afhandelen van de lopende zaken. Dit advies wordt evenwel gegeven zonder dat wordt nagegaan of dit voorontwerp in die beperkte bevoegdheid kan worden ingepast, aangezien de afdeling Wetgeving geen kennis heeft van het geheel van de feitelijke gegevens welke de regering in aanmerking kan nemen als zij te oordelen heeft of het vaststellen of wijzigen van een verordening noodzakelijk is.

*
* *

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 1°, van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, zoals het is vervangen bij de wet van 2 april 2003, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het voorontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

Wat deze drie punten betreft, geeft het voorontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

I. Voorafgaande opmerking

De artikelen 46, 47, 115 en 119 van het voorontwerp van wet zijn woordelijk dezelfde als de artikelen 2, 3, 4 en 5 van het voorontwerp van wet ‘tot wijziging van artikel 74 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie en van artikel 45bis van de bijlage van deze wet’, waarover op 16 mei 2011 advies 49.569/4 gegeven is.

Wanneer de afdeling Wetgeving een advies heeft gegeven, heeft ze 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.

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.

Gelet op wat voorafgaat, moet in het onderhavige geval worden geconstateerd dat de afdeling Wetgeving haar bevoegdheid heeft opgebruikt wat de artikelen 46, 47, 115 en 119 van het voorliggende voorontwerp van wet betreft, met uitzondering, wat artikel 46 betreft, van de uitbreiding van het sociale element tot “de operatoren (...) die een (...) elektronische-communicatiedienst aanbieden”.

De steller van het voorontwerp dient ervoor te zorgen dat, om de leden van de beraadslagende vergadering volledig in te lichten, het voornoemde advies 49.569/4 en de tekst van het voorontwerp waarover dat advies handelde, bij dit advies worden gevoegd in het stuk dat bij de Kamer van volksvertegenwoordigers zal worden ingediend.

II. Voorafgaande vormvereisten en bevoegdheid van de federale overheid

Noodzaak tot samenwerking in de uitoefening van de bevoegdheden inzake de elektronische communicatie-infrastructuur

1. In haar advies 41.711/VR, op 28 november 2006 in verenigde kamers gegeven over een amendement van de regering op het voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 27 december 2006 houdende diverse bepalingen (II) (amendement houdende instemming met het samenwerkingsakkoord elektronische communicatienetwerken), heeft de afdeling Wetgeving het volgende in herinnering gebracht:

“[...] Voor de noodzaak tot samenwerking tussen de verschillende overheden bij de uitoefening van hun respectieve bevoegdheden inzake de elektronische communicatie-infrastructuur, bestaan er twee duidelijke redenen.

Uit de bevoegdheidsverdeling blijkt dat zowel de federale overheid als de gemeenschappen bevoegd zijn met betrekking tot de elektronische communicatie-infrastructuur. Op grond van de artikelen 127, § 1, eerste lid, 1°, en 130, § 1, eerste lid, 1°, van de Grondwet, van artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 tot hervorming der instellingen en van artikel 4, § 1, van de wet van 31 december 1983 tot hervorming der instellingen voor de Duitstalige Gemeenschap zijn de gemeenschappen bevoegd voor de radio-omroep en de televisie. Deze bevoegdheid heeft ook betrekking op de technische aspecten ervan en onder meer ook op de communicatie-infrastructuur die daarbij wordt gebruikt. De federale overheid is

op grond van haar residuaire bevoegdheid bevoegd voor de andere vormen van telecommunicatie, eveneens met inbegrip van de technische aspecten ervan, onverminderd de algemene politie van de radio-elektrische golven¹ en haar bevoegdheden voor biculturele aangelegenheden in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad. Door de technologische ontwikkelingen, met name door de convergentie van de telecommunicatie- en de audiovisuele sector en het gezamenlijk gebruik van transmissie-infrastructuur, zijn de respectieve bevoegdheden van de federale Staat en de gemeenschappen dermate onderling verweven, dat het niet denkbaar is dat de betrokken overheden ze zonder meer eenzijdig zouden uitoefenen. Zowel het Arbitragehof, in verschillende arresten², als de Raad van State³, afdeling wetgeving, in verschillende adviezen hebben dan ook de noodzaak van samenwerking benadrukt in de uitoefening van de respectieve bevoegdheden inzake de communicatie-infrastructuur. Volgens het Arbitragehof volgt deze noodzaak tot samenwerking meer bepaald uit het "evenredigheidsbeginsel", dat *in casu* impliceert dat de respectieve overheden inzake deze communicatie-infrastructuur geen eenzijdige beslissingen nemen⁴.

Ook vanuit Europeesrechtelijk oogpunt is er een dwingende noodzaak tot samenwerking. Volgens het Arbitragehof bepalen de Europese richtlijnen van 7 maart 2002 betreffende de elektronische communicatienetwerken en -diensten dat, ten gevolge van de convergentie van de sectoren telecommunicatie, media en informatietechnologie, alle transmissienetwerken en -diensten binnen eenzelfde regelgevingskader moeten vallen⁵. Wanneer er binnen een lidstaat verscheidene regelgevende instanties bestaan, leggen de vermelde richtlijnen de lidstaten de

¹ Voetnoot 1 van het aangehaalde advies: Wat dat bijzondere punt betreft, zie inzonderheid arrest nr. 132/2004 van 14 juli 2004 van het Arbitragehof, B.4.2, tweede lid, *in fine*, overgenomen in arrest nr. 163/2006 van 8 november 2006 van het Arbitragehof, B.3.1.

² Voetnoot 2 van het aangehaalde advies: Arbitragehof, nr. 132/2004, 14 juli 2004; Arbitragehof, nr. 128/2005, 13 juli 2005; Arbitragehof, nr. 163/2006, 8 november 2006.

³ Voetnoot 3 van het aangehaalde advies: Advies 33.255/4 van 5 juni 2002 over een ontwerp dat geleid heeft tot de wet van 17 januari 2003 "met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector", *Parl. St.*, Kamer, 2001-02, nr. 50-1937/1, 56-57; advies 33.865/4 van 13 november 2002 over een ontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 27 februari 2003 van de Franse Gemeenschap "sur la radiodiffusion", *Parl. St.*, Parl. Fr. Gem., 2002-03, nr. 357/1; advies 35.686/1/V van 31 juli 2003 over een ontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 7 mei 2004 van de Vlaamse Gemeenschap "houdende wijziging van sommige bepalingen van de decreten betreffende de radio-omroep en de televisie, gecoördineerd op 25 januari 1995, en van sommige andere bepalingen betreffende de radio-omroep en de televisie", *Parl. St.*, Vl. Parl., 2003-04, nr. 2156/1, 87-88; advies 37.295/4 van 28 juni 2004 over een voorontwerp van wet "betreffende de elektronische communicatie", *Parl. St.*, Kamer, 2004-05, nr. 51-1425/1, 211-217; advies 37.660/3 van 28 september 2004 over een ontwerp dat geleid heeft tot het decreet van 27 juni 2005 van de Duitstalige Gemeenschap "über den Rundfunk und die Kinovorstellungen", *Parl. St.*, Parl. Duitst. Gem., 2004-05, nr. 35/1; advies 38.451/1/2/3/4/VR, van 26, 27 en 31 mei 2005 over een ontwerp dat geleid heeft tot de wet van 20 juli 2005 "houdende diverse bepalingen", *Parl. St.*, Kamer, 2004-05, nr. 1845/1.

⁴ Voetnoot 4 van het aangehaalde advies: Arbitragehof, nr. 132/2004, 14 juli 2004, B.6.2.

⁵ Voetnoot 5 van het aangehaalde advies: Arbitragehof, nr. 132/2004, 14 juli 2004, B.5.2.

verplichting op te zorgen voor samenwerking in aangelegenheden van gemeenschappelijk belang (artikel 3, lid 4, van de Kaderrichtlijn 2002/21/EG)⁶.

[...] De noodzaak tot samenwerking, die zowel uit de bevoegdheidsverdelende bepalingen als uit Europese richtlijnen volgt, impliceert dat geen van de betrokken overheden eenzijdige beslissingen kan nemen ten aanzien van een infrastructuur die gebruikt wordt voor de transmissie van zowel de radio-omroep- en televisieprogramma's, waarvoor de gemeenschappen bevoegd zijn, als voor de andere elektronische communicatiediensten, waarvoor de federale overheid bevoegd is"⁷.

In verband met het optreden van de wetgevende instantie⁸ van een van de bevoegde beleidsniveaus inzake elektronische communicatie, heeft de afdeling Wetgeving er reeds op gewezen dat de vereiste samenwerking met het oog op het aannemen van "een regeling in onderling overleg" kon bestaan in een andere werkwijze dan het sluiten van een samenwerkingsakkoord, zoals bijvoorbeeld de instemming van het overlegcomité met de ontworpen wetgeving⁹.

Op dat punt dient rekening te worden gehouden met artikel 9, tweede lid, van het samenwerkingsakkoord van 17 november 2006 tussen de federale Staat, de Vlaamse Gemeenschap, de Franstalige Gemeenschap en de Duitstalige Gemeenschap betreffende het wederzijds consulteren bij het opstellen van regelgeving inzake elektronische communicatienetwerken, het uitwisselen van informatie en de uitoefening van de bevoegdheden met betrekking tot elektronische communicatienetwerken door de regulerende instanties bevoegd voor telecommunicatie of radio-omroep en televisie¹⁰.

⁶ Voetnoot 6 van het aangehaalde advies: Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische communicatienetwerken en -diensten.

⁷ *Parl.St.* Kamer 2006-2007, nr. 51-2761/011.

⁸ Over de noodzaak tot samenwerking ingeval de wetgever optreedt, zie onder meer R. QUECK, P. VALCKE & Q. COPPIETERS 'T WALLANT, "L'arrêt de la Cour d'Arbitrage du 14 juillet 2004: percée ou impasse?", nota met opmerkingen onder C.C., 14 juli 2004, nr. 132/2004, RDTI 2005, nr. 21, 70: "Il ne faut pas...leurs compétences)".

⁹ Zie in dat verband advies 42.495/4, op 19 maart 2007 door de afdeling Wetgeving verstrekt over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan het decreet van de Franse Gemeenschap van 2 juli 2007 'tot vervanging van de artikelen 81 tot 83 en 90 tot 98 van het decreet van 27 februari 2003 betreffende de radio-omroep, vernietigd door het Arbitragehof op 8 november 2006' (*Parl.St.* Parl. Fr. Gem. 2006-2007, nr. 409/1, 18-19).

¹⁰ Met dit akkoord is ingestemd bij de wet van 27 december 2006, het decreet van de Vlaamse Gemeenschap van 4 mei 2007, het decreet van de Duitstalige Gemeenschap van 25 juni 2007 en het decreet van de Franse Gemeenschap van 2 juli 2007.

Dit artikel 9, tweede lid, bepaalt:

“Het Interministerieel Comité voor Telecommunicatie en Radio-omroep en Televisie heeft tot taak om in onderling overleg en met respect voor ieders bevoegdheid, volgens de modaliteiten en procedures zoals vastgelegd binnen het Overlegcomité, de wederzijdse consultatie te organiseren omtrent mekaars initiatieven inzake het opstellen van ontwerpregelgeving met betrekking tot omroep en telecommunicatie”.

2. In het onderhavige geval heeft het voorontwerp van wet tot doel twee wijzigende Europese richtlijnen om te zetten, waarvan talrijke bepalingen betrekking hebben op de bevoegdheid van de federale regulator, alsmede op de elektronische-communicatienetwerken, dit wil zeggen de infrastructuur van elektronische communicatie.

Krachtens de hiervoren gememoreerde beginselen kunnen die bepalingen slechts worden aangenomen in samenwerking met de overige betrokken beleidsniveaus.

Het aan de Raad van State toegezonden dossier bevat de notificatie van het overleg in de Ministerraad van 1 juli 2011, tijdens welk overleg de beslissing is genomen het voorontwerp van wet niet alleen voor te leggen aan de afdeling Wetgeving van de Raad van State, doch eveneens voor overleg aan het Interministerieel comité voor telecommunicatie en radio-omroep en televisie en ter goedkeuring aan het overlegcomité.

Op de vraag naar de stand van zaken van de procedures bij die twee comités hebben de gemachtigden van de minister geantwoord dat ze hangende waren.

De steller van het voorontwerp moet erop toezien dat die procedures, die ervoor moeten zorgen dat de vereiste samenwerking wordt gepleegd, afgehandeld worden.

Mochten er als gevolg van die procedures, wijzigingen worden aangebracht in de ontworpen tekst zou het gewijzigde voorontwerp weer moeten worden voorgelegd aan de afdeling Wetgeving, opdat deze zich kan uitspreken over de aldus aangebrachte wijzigingen.

Het is onder voorbehoud van die opmerking dat de volgende algemene en bijzondere opmerkingen worden gemaakt.

III. Onderzoek van het voorontwerp

Algemene opmerkingen

1. Het BIPT: toezicht en beslissingsbevoegdheid, inzonderheid de regelgevende bevoegdheid

1. Artikel 4 van het voorontwerp van wet strekt ertoe artikel 15 van de wet van 17 januari 2003 ‘met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector’ op te heffen.

Dat artikel 15 heeft betrekking op het toezicht dat de minister bevoegd voor Postdiensten en Telecommunicatie uitoefent op de beslissingen van het BIPT.

Het luidt als volgt:

“Art. 15. § 1. De Ministerraad kan, op voorstel van de Minister, bij een met redenen omkleed besluit de uitvoering schorsen van sommige beslissingen, waarvan de Koning bij een in de Ministerraad overlegd besluit, de lijst bepaalt en waarmee het Instituut de wet overtreedt of het algemeen belang schaadt.

Het besluit tot schorsing moet worden genomen binnen dertig dagen na de ontvangst van de beslissing door de Ministerraad. Het wordt onmiddellijk aan het Instituut en aan de belanghebbenden kenbaar gemaakt.

Het Instituut moet de geschorste beslissing binnen vijftien dagen, te rekenen vanaf de schorsing ervan, wijzigen in overeenstemming met het met redenen omkleed besluit bedoeld in het eerste lid.

§ 2. Bij een in Ministerraad overlegd besluit stelt de Koning de nadere regels vast voor de in dit artikel beschreven procedures.

§ 3. De uitvoeringsmaatregelen van dit artikel dienen te worden genomen binnen drie maanden na de dag waarop de wet is bekendgemaakt in het Belgisch Staatsblad”¹¹.

De bepaling waarvan de opheffing wordt beoogd heeft dus betrekking op alle bevoegdheden van het BIPT, ongeacht of het om de postdiensten of om elektronische communicatie gaat.

Tegelijkertijd wil het voorontwerp van wet artikel 34 van de voornoemde wet van 17 januari 2003 wijzigen door te bepalen dat het strategisch plan van het BIPT niet alleen aan de Kamer van volksvertegenwoordigers, maar ook aan de ministerraad moet worden

¹¹ Er dient te worden opgemerkt dat, bij de stand van de in het *Belgisch Staatsblad* bekendgemaakte teksten, de uitvoeringsmaatregelen die in deze bepaling worden voorgeschreven tot op heden nog niet zijn uitgevaardigd.

overgezonden. Bovendien beoogt de ontworpen regeling de schrapping van het systematische jaarlijks horen van de leden van de raad van het BIPT door de Kamer van volksvertegenwoordigers, met dien verstande dat de Kamer nog over de mogelijkheid zal beschikken hen te horen.

Ten slotte dient erop gewezen te worden dat de adviesaanvraag gericht aan de afdeling Wetgeving niet alleen slaat op het voorliggende voorontwerp, maar ook op een voorontwerp van wet 'houdende wijzigingen aan de wet van 17 januari 2003 betreffende de rechtsmiddelen en de geschillenbehandeling naar aanleiding van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecomunicatiesector', waarover vandaag advies 50.004/4 is uitgebracht.

Dat voorontwerp laat de bepaling ongemoeid krachtens welke de bevoegde minister tegen iedere beslissing van het BIPT een beroep met volle rechtsmacht kan instellen bij het hof van beroep te Brussel, dat rechtsprekt zoals in kort geding.

2. Het voorontwerp van wet moet, inzonderheid voor zover het het hierboven geciteerde artikel 15 opheft, onderzocht worden in het licht van een recent arrest van het Grondwettelijk Hof, namelijk arrest nr. 130/2010 van 18 november 2010.

Die uitspraak volgt op een prejudiciële vraag van de Raad van State over de wet van 29 april 1999 'betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt', meer bepaald over de artikelen 23, § 2, tweede lid, 15°, en 31 daarvan.

Aldus heeft de Raad van State bij arrest nr. 198.369 van 30 november 2009 in zake de stad Waver tegen de Commissie voor de regulering van de elektriciteit en het gas, waarvan de expeditie op 8 december 2009 ingekomen is op de griffie van het Hof, de volgende prejudiciële vraag gesteld:

"Schendt de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt, in zoverre zij prerogatieven van administratieve overheid toekent aan de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas, zoals die welke erin bestaat de boekhouding van de ondernemingen van de elektriciteitssector te controleren (artikel 23, § 2, tweede lid, 15°, van de wet van 29 april 1999) of een administratieve geldboete uit te spreken (artikel 31 van de wet van 29 april 1999), terwijl het bestuur van die Commissie niet rechtstreeks wordt verzekerd door de uitvoerende macht, die de Commissie niet voldoende kan controleren om de politieke verantwoordelijkheid voor de door haar gestelde handelingen voor de wetgevende Kamers op zich te kunnen nemen, de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 33 en 37 van de Grondwet, doordat de personen ten aanzien van wie de Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas beslissingen neemt, in tegenstelling tot de andere burgers die het voorwerp van een administratieve beslissing uitmaken, niet de garantie genieten dat de beslissing

wordt genomen door een administratieve overheid waarvan het bestuur rechtstreeks wordt verzekerd door de uitvoerende macht, die de administratieve overheid voldoende kan controleren om hiervoor de politieke verantwoordelijkheid voor de wetgevende Kamers op zich te kunnen nemen?”

Het Grondwettelijk Hof heeft daarop het volgende geantwoord:

“B.2. Het Hof wordt verzocht zich uit te spreken over de bestaanbaarheid van de voormelde artikelen 23, § 2, tweede lid, 15°, en 31 van de wet van 29 april 1999 met de artikelen 10 en 11, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 33 en 37, van de Grondwet, in zoverre de persoon ten aanzien van wie de CREG, waarvan het bestuur niet rechtstreeks zou worden verzekerd door de uitvoerende macht, een beslissing heeft genomen, het voorwerp zou uitmaken van een onverantwoord verschil in behandeling ten opzichte van de persoon ten aanzien van wie de administratieve overheden waarvan het bestuur rechtstreeks wordt verzekerd door de uitvoerende macht, een beslissing hebben genomen, waarbij de beslissingen van de CREG zouden ontsnappen aan de controle van de uitvoerende macht en bijgevolg aan de mogelijkheid om ten overstaan van de Kamer van volksvertegenwoordigers de politieke verantwoordelijkheid voor de door haar gestelde handelingen op zich te nemen.

B.3.1. De Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit is opgericht bij artikel 23 van de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt’. In de wet van 29 april 1999 ‘betreffende de organisatie van de gasmarkt en het fiscaal statuut van de elektriciteitsproducenten’ (*Belgisch Staatsblad* van 11 mei 1999) zijn aan die Commissie aanvullende bevoegdheden inzake de gasmarkt toegekend; in artikel 15 van die laatste wet wordt zij bijgevolg aangewezen als de ‘Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas’ of de CREG. De CREG is een autonoom orgaan met rechtspersoonlijkheid waarvan de zetel is gevestigd in het arrondissement Brussel-Hoofdstad.

Luidens artikel 23 van de in het geding zijnde wet van 29 april 1999 en artikel 15/14 van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, heeft de CREG een raadgevende taak ten behoeve van de overheid inzake de organisatie en de werking van de elektriciteits- en gasmarkten, enerzijds, en een algemene taak van toezicht en controle op de toepassing van de desbetreffende wetten en reglementen, anderzijds. Artikel 31 van dezelfde wet van 29 april 1999 staat de CREG met name toe sancties op te leggen in de vorm van administratieve geldboeten wanneer de bepalingen van de voormelde wet of de uitvoeringsbesluiten ervan zijn geschonden.

B.3.2. De oprichting van de CREG past in de context van de liberalisering van de elektriciteitsmarkt ter uitvoering van richtlijnen van de Europese Unie.

Die richtlijnen strekken ertoe de elektriciteitsmarkt open te stellen voor de concurrentie in het voordeel van de ondernemingen en de verbruikers. Zij hebben de oprichting, in elke lidstaat, van een nationale regulerende overheid opgelegd, die met name de opdracht heeft controle uit te oefenen op de netbeheerders en hun tarieven en die ook kan worden belast met de controle van hun boekhouding. De CREG is de Belgische federale overheid voor de regulering van de elektriciteits- en gasmarkten.

B.4. De CREG is een administratieve overheid die beschikt over een ruime autonomie die niet verenigbaar is met een hiërarchisch of een administratief toezicht. Zij werd opgericht om bepaalde taken uit te voeren, die de wetgever wenste te onttrekken aan het gezag van de federale Regering.

B.5. De ontstentenis van een hiërarchisch of een administratief toezicht is niet strijdig met de Grondwet. Ook staat artikel 37 van de Grondwet, dat mede in de prejudiciële vraag wordt aangevoerd, er niet aan in de weg dat de wetgever specifieke uitvoerende bevoegdheden in een welbepaalde technische aangelegenheid toevertrouwt aan een autonome administratieve overheid, die voor het overige onderworpen blijft aan zowel de rechterlijke toetsing als de parlementaire controle. Overigens, in de considerans 34 van de richtlijn 2009/72/EG is gesteld dat de onafhankelijkheid van de energieregulator 'rechterlijke toetsing en parlementair toezicht overeenkomstig het constitutionele recht van de lidstaten' niet uitsluit.

B.6.1. De administratieve handelingen van de CREG zijn vatbaar voor jurisdictionele toetsing. Tot de inwerkingtreding van de voormelde wet van 27 juli 2005 waren zij onderworpen aan de beroepen waarin de gecoördineerde wetten op de Raad van State voorzien.

B.6.2. Uit de rechtspraak van de Raad van State blijkt dat die een volwaardige jurisdictionele toetsing uitoefent, zowel aan de wet als aan de algemene rechtsbeginselen. De Raad van State gaat daarbij na of de aan zijn toezicht voorgelegde overheidsbeslissing de vereiste feitelijke grondslag heeft, of die beslissing uitgaat van correcte juridische kwalificaties en of de maatregel niet kennelijk onevenredig is met de vastgestelde feiten. Wanneer hij die beslissing vernietigt, dient de overheid zich te schikken naar het arrest van de Raad van State : indien de overheid een nieuwe beslissing neemt, mag zij de motieven van het arrest dat de eerste beslissing heeft vernietigd, niet negeren; indien zij in de vernietiging berust, wordt de bestreden akte geacht nooit te hebben bestaan.

B.6.3. Bovendien kan de Raad van State, in de omstandigheden bedoeld in artikel 17 van de gecoördineerde wetten op de Raad van State, gelasten dat de uitvoering van de beslissing om sancties op te leggen, wordt geschorst, in voorkomend geval, door uitspraak te doen bij uiterst dringende noodzakelijkheid.

B.6.4. De rechtzoekenden ten aanzien van wie de CREG een beslissing heeft genomen, beschikten dus, op het ogenblik dat de in het geding zijnde zaak voor de Raad van State werd ingediend, voor die laatste over een daadwerkelijk beroep voor een onafhankelijk en onpartijdig rechtscollege.

B.7. Ter uitvoering van en binnen de grenzen van het recht van de Europese Unie is de wetgever bevoegd om de taken en de werking van de CREG te regelen. Ook dient hij haar begroting goed te keuren. De CREG moet aan de bevoegde minister jaarlijks een verslag uitbrengen over onder meer de uitvoering van haar opdrachten en de minister dient dat jaarverslag over te zenden aan de federale wetgevende Kamers en aan de Gewestregeringen (artikel 23, § 3, van de in het geding zijnde wet van 29 april 1999). Die wetgevende Kamers kunnen overigens, via de hun ter beschikking staande controlemiddelen, de bevoegde minister of de federale Regering ter verantwoording roepen.

Uit het voorgaande blijkt dat er wel degelijk een parlementaire controle is.

B.8.1. In zoverre het voorgaande niet zou volstaan om te verantwoorden dat de personen die het voorwerp zijn van een beslissing van de CREG ‘niet de garantie genieten dat de beslissing wordt genomen door een administratieve overheid waarvan het bestuur rechtstreeks wordt verzekerd door de uitvoerende macht’ wordt dit, op grond van artikel 34 van de Grondwet, verantwoord door de vereisten die voortvloeien uit het recht van de Europese Unie.

B.8.2. De omstandigheid dat de CREG haar taken met een hoge graad van autonomie uitoefent, vloeit inderdaad voort uit de vereisten van het recht van de Europese Unie, dat ter zake gaandeweg explicieter is geworden.

B.8.3.1. Het ten tijde van de feiten in het bodemgeschil toepasselijke artikel 20, lid 3, van de richtlijn 96/92/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 december 1996 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit’ bepaalde dat de lidstaten een van de partijen onafhankelijke bevoegde instantie dienden aan te wijzen die geschillen met betrekking tot de betrokken contracten en onderhandelingen moest beslechten. Artikel 22 van die richtlijn bepaalde dat de lidstaten passende en doeltreffende mechanismen dienden te creëren voor regulering, controle en transparantie, teneinde misbruik van machtsposities, met name ten nadele van de verbruiker, en marktondermijnende praktijken te voorkomen.

B.8.3.2. Luidens artikel 23 van de richtlijn 2003/54/EG van het Europees Parlement en de Raad van 26 juni 2003 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en houdende intrekking van Richtlijn 96/92/EG’ - richtlijn die uiterlijk op 1 juli 2004 diende te zijn geïmplementeerd - wijzen de lidstaten een of meer bevoegde instanties met de functie van regelgevende instantie aan. Die instanties dienen geheel onafhankelijk te zijn van de belangen van de elektriciteitssector. Zij zijn ten minste verantwoordelijk voor het waarborgen van niet-discriminatie, daadwerkelijke mededinging en een doeltreffende marktwerking ten aanzien van de in die bepaling nader gepreciseerde aangelegenheden, waaronder het voeren van afzonderlijke boekhoudingen ter voorkoming van kruissubsidies tussen productie-, transport-, distributie- en leveringsactiviteiten.

B.8.3.3. Artikel 35 van de richtlijn 2009/72/EG van het Europees Parlement en de Raad van 13 juli 2009 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de interne markt voor elektriciteit en tot intrekking van Richtlijn 2003/54/EG’ - richtlijn die uiterlijk op 3 maart 2011 moet worden geïmplementeerd - bepaalt :

‘1. Iedere lidstaat wijst één enkele nationale regulerende instantie op nationaal niveau aan.

[...]

4. De lidstaten waarborgen de onafhankelijkheid van de regulerende instantie en zorgen ervoor dat zij haar bevoegdheid op onpartijdige en transparante wijze uitoefent. Te dien einde waken de lidstaten erover dat de regulerende instantie, bij de uitvoering van de reguleringstaken die haar bij deze richtlijn en de aanverwante wetgeving zijn opgelegd :

- a) juridisch gescheiden en functioneel onafhankelijk is van enige andere publieke of particuliere entiteit;
- b) ervoor zorgt dat haar personeel en de personen die belast zijn met haar beheer :

- i) onafhankelijk zijn van marktbelangen, en
- ii) bij het verrichten van de reguleringstaken geen directe instructies verlangen of ontvangen van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten. Eventuele nauwe samenwerking met andere bevoegde nationale instanties of de toepassing van algemene beleidsrichtsnoeren van de overheid die geen verband houden met de in artikel 37 genoemde reguleringstaken, worden door dit voorschrift onverlet gelaten.

5. Om de onafhankelijkheid van de regulerende instantie te beschermen, waken de lidstaten er met name over dat :

- a) de regulerende instantie zelfstandig besluiten kan nemen, onafhankelijk van enig politiek orgaan, afzonderlijke jaarlijkse begrotingstoewijzingen ontvangt, zodat zij over autonomie beschikt bij de uitvoering van de toegewezen begroting, en de adequate personele en financiële middelen heeft om haar taken uit te voeren, en
- b) de leden van het bestuur van de regulerende instantie, of bij afwezigheid van een bestuur, de hogere leiding van de regulerende instantie, worden aangesteld voor een vaste termijn van vijf tot zeven jaar, die eenmaal kan worden verlengd.

In verband met punt b) van de eerste alinea, voorzien de lidstaten in een adequaat rouleringsschema voor het bestuur of de hogere leiding. De leden van het bestuur, of bij afwezigheid van een bestuur, de leden van de hogere leiding, mogen in die termijn uitsluitend van hun ambt worden ontheven als ze niet langer voldoen aan de in dit artikel omschreven voorwaarden of volgens de nationale wetgeving schuldig zijn geweest aan wangedrag'.

In dit verband wordt in de consideransen 33 en 34 van die richtlijn uiteengezet:

‘(33) Bij Richtlijn 2003/54/EG is voor de lidstaten de eis ingevoerd om regulators met specifieke bevoegdheden op te zetten. De ervaring heeft echter uitgewezen dat de doeltreffendheid van regulering vaak wordt belemmerd door het gebrek aan onafhankelijkheid van de regulators van hun regeringen en door de ontoereikendheid van hun bevoegdheden en beslissingsmacht. Om deze reden heeft de Europese Raad in zijn bijeenkomst van 8 en 9 maart 2007 te Brussel de Commissie verzocht wetgevingsvoorstellen uit te werken om te zorgen voor een verdere harmonisering van de bevoegdheden en een grotere onafhankelijkheid van de nationale energieregulators. Deze nationale regulerende instanties kunnen bevoegd zijn voor zowel elektriciteit als gas.

(34) Om de interne markt voor elektriciteit goed te laten functioneren, moeten de energieregulators besluiten kunnen nemen over alle relevante reguleringskwesties en moeten zij volledig onafhankelijk zijn van alle andere publieke of particuliere belangen. Dit sluit rechterlijke toetsing en parlementair toezicht overeenkomstig het constitutionele recht van de lidstaten niet uit. Bovendien is de goedkeuring van de begroting van de regulator door de nationale wetgever niet op te vatten als een belemmering van de begrotingsautonomie. De bepalingen met betrekking tot de autonomie bij de uitvoering van de toegewezen begroting van de regulerende instantie dienen te worden toegepast in het kader dat door de nationale wet- en regelgeving inzake begrotingszaken is vastgesteld. Bij het bijdragen aan de onafhankelijkheid van de nationale regulerende instantie van politieke of economische belangen via een

adequaat rouleringsschema, moeten de lidstaten kunnen rekening houden met de beschikbaarheid van personeel en de omvang van het bestuur’.

B.9. De prejudiciële vraag dient ontkennend te worden beantwoord.”

3. Er behoort te worden nagegaan of, gelet op de specifieke kenmerken van het BIPT, de schrapping van toezicht op de beslissingen van het Instituut vatbaar is voor kritiek in het licht van de lering van dat arrest van het Grondwettelijk Hof.

De vraag rijst of de redenering van het Grondwettelijk Hof aangaande de CREG doorgetrokken kan worden voor het BIPT.

Wat dat betreft, dient op het volgende te worden gewezen:

1° Het BIPT is, wat telecommunicatie betreft, opgericht in de context van de liberalisering van de markt van de elektronische communicatie ter uitvoering van richtlijnen van de Europese Unie.

Die richtlijnen strekken ertoe de markt van de elektronische communicatie open te stellen voor concurrentie ten voordele van de ondernemingen en de gebruikers. Ze hebben opgelegd dat in iedere lidstaat een nationale regulerende overheid wordt opgericht, die met name de opdracht heeft controle uit te oefenen op de aanbieders van netwerken en diensten en op hun tarieven, en die ook belast kan worden met de controle van hun boekhouding. Het BIPT is de Belgische federale overheid bevoegd voor de regulering van de markt van de elektronische communicatie.

2° Het Grondwettelijk Hof heeft voor recht gezegd dat “de ontstentenis van een hiërarchisch of een administratief toezicht (...) niet strijdig is met de Grondwet”, en dat “artikel 37 van de Grondwet [...] er niet aan in de weg (staat) dat de wetgever specifieke uitvoerende bevoegdheden in een welbepaalde technische aangelegenheid toevertrouwt aan een autonome administratieve overheid, die voor het overige onderworpen blijft aan zowel de rechterlijke toetsing als de parlementaire controle”.

Wat het BIPT betreft, kunnen de beslissingen hiervan voor rechterlijke toetsing met volle rechtsmacht aan het hof van beroep worden voorgelegd. De rechtzoekenden ten aanzien van wie het BIPT een beslissing heeft genomen, beschikken dus over een daadwerkelijk beroep vóór een onafhankelijke en onpartijdige rechter.

3° De wetgever is bevoegd om de opdrachten en de werkwijze van het BIPT te regelen, ter uitvoering van en binnen de grenzen van het recht van de Europese Unie. Ook dient hij de begroting daarvan goed te keuren. Het BIPT moet de Kamer van volksvertegenwoordigers en de ministerraad ieder jaar een verslag verzenden dat onder meer

handelt over de uitvoering van zijn opdrachten. De wetgevende kamers kunnen bovendien, via de hun ter beschikking staande controlemiddelen, de bevoegde minister of de federale regering ter verantwoording roepen.

Uit het bovenstaande blijkt dat er ook parlementaire controle is.

4° Het feit dat personen ten aanzien van wie het BIPT een beslissing heeft genomen “niet de garantie genieten dat de beslissing wordt genomen door een administratieve overheid waarvan het bestuur rechtstreeks wordt verzekerd door de uitvoerende macht” lijkt, krachtens artikel 34 van de Grondwet, ook verantwoord te kunnen worden op basis van de vereisten die voortvloeien uit het recht van de Europese Unie.

In casu zijn die vereisten immers gaandeweg explicieter geworden.

Zo bepaalde artikel 3 van de kaderrichtlijn¹² oorspronkelijk het volgende:

“Artikel 3

Nationale regelgevende instanties

1. De lidstaten zorgen ervoor dat alle taken die bij deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen aan de nationale regelgevende instanties worden opgedragen, door een bevoegd lichaam worden uitgevoerd.

2. De lidstaten waarborgen de onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instanties door ervoor te zorgen dat zij juridisch gezien onderscheiden zijn van en functioneel onafhankelijk zijn van alle organisaties die elektronische-communicatienetwerken, -apparatuur of -diensten aanbieden. Lidstaten die de eigendom van of de zeggenschap over elektronische-communicatienetwerken en/of -diensten aanbiedende ondernemingen behouden, zorgen voor een daadwerkelijke structurele scheiding tussen de regelgevende taken en de met eigendom of zeggenschap verband houdende activiteiten.

3. De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties hun bevoegdheden onpartijdig en op transparante wijze uitoefenen.

4. De lidstaten maken de door de nationale regelgevende instanties uit te voeren taken op een gemakkelijk toegankelijke wijze bekend, met name wanneer die taken aan meer dan één lichaam worden toegewezen. De lidstaten zorgen in voorkomend geval voor overleg en samenwerking tussen die instanties onderling en tussen die instanties en de nationale instanties belast met de uitvoering van het mededingingsrecht en de nationale instanties belast met de uitvoering van het consumentenrecht, in aangelegenheden van gemeenschappelijk belang. Indien meer dan

¹² 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)’.

één instantie bevoegd is om die aangelegenheden te behandelen, zorgen de lidstaten ervoor dat de respectieve taken van elke instantie in een gemakkelijk toegankelijke vorm bekendgemaakt worden.

5. De nationale regelgevende instanties en de nationale mededingingsautoriteiten leveren elkaar de informatie die nodig is voor de toepassing van de onderhavige richtlijn en de bijzondere richtlijnen. Ten aanzien van de uitgewisselde informatie is de ontvangende instantie gehouden hetzelfde niveau van vertrouwelijkheid in acht te nemen als de informatieverstrekende instantie.

6. De lidstaten stellen de Commissie in kennis van alle nationale regelgevende instanties waaraan krachtens deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen taken zijn opgedragen, en van hun onderscheiden verantwoordelijkheden”.

Thans bepaalt artikel 3 van de kaderrichtlijn, zoals het vervangen is bij richtlijn 2009/140/EG¹³, het volgende:

“1. De lidstaten zorgen ervoor dat alle taken die bij deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen aan de nationale regelgevende instanties worden opgedragen, door een bevoegd lichaam worden uitgevoerd.

2. De lidstaten waarborgen de onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instanties door ervoor te zorgen dat zij juridisch gezien onderscheiden zijn van en functioneel onafhankelijk zijn van alle organisaties die elektronische-communicatienetwerken, -apparatuur of -diensten aanbieden. Lidstaten die de eigendom van of de zeggenschap over elektronische-communicatienetwerken en/of -diensten aanbiedende ondernemingen behouden, zorgen voor een daadwerkelijke structurele scheiding tussen de regelgevende taken en de met eigendom of zeggenschap verband houdende activiteiten.

3. De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties hun bevoegdheden op onpartijdige en transparante wijze en tijdig uitoefenen. De lidstaten zien erop toe dat de nationale regelgevende instanties over voldoende financiële en menselijke middelen beschikken om de hun toegewezen taken uit te voeren.

3bis. Onverminderd de bepalingen van de leden 4 en 5, treden de nationale regelgevende instanties die verantwoordelijk zijn voor marktregulering *ex ante* of voor de beslechtingen van geschillen tussen ondernemingen overeenkomstig artikel 20 of 21 van deze richtlijn, onafhankelijk op en vragen of aanvaarden zij geen instructies van andere instanties in verband met de uitoefening van deze taken die hun op grond van de nationale wetgeving tot omzetting van het Gemeenschapsrecht zijn toegewezen. Dit vormt geen beletsel voor toezicht overeenkomstig de nationale grondwet.

¹³ 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 elektronische communicatienetwerken en -diensten, Richtlijn 2002/19/EG inzake de toegang tot en interconnectie van elektronische communicatienetwerken en bijbehorende faciliteiten, en Richtlijn 2002/20/EG betreffende de machtiging voor elektronische communicatienetwerken en -diensten (richtlijn “betere regelgeving”)’.

Alleen beroepsinstanties die zijn opgezet in overeenstemming met artikel 4, zijn bevoegd besluiten van de nationale regelgevende instanties te schorsen of ongedaan te maken. De lidstaten zorgen ervoor dat het hoofd, of, in voorkomend geval, de leden van het collegiale orgaan dat die functie vervult, van een nationale regelgevende instantie als bedoeld in de eerste alinea, of hun plaatsvervangers alleen kunnen worden ontslagen indien zij niet meer aan de tevoren in de nationale wetgeving vastgestelde eisen voor de uitoefening van dat ambt voldoen. Het besluit om het hoofd, of, in voorkomend geval, de leden van het collegiale orgaan dat die functie vervult, van de betrokken nationale regelgevende instantie te ontslaan wordt openbaar gemaakt op het moment van ontslag. Het ontslagen hoofd of, in voorkomend geval, de ontslagen leden van het collegiale orgaan dat die functie vervult, van de nationale regelgevende instantie ontvangen een motivering en hebben het recht de openbaarmaking daarvan te verlangen, indien zulks anders niet zou geschieden; in dat geval wordt zij openbaar gemaakt.

De lidstaten zorgen ervoor dat de in de eerste alinea bedoelde nationale regelgevende instanties over afzonderlijke jaarlijkse begrotingen beschikken.

De begroting wordt openbaar gemaakt. De lidstaten zorgen er eveneens voor dat de nationale regelgevende instanties over voldoende financiële middelen en personeel beschikken om hen in staat te stellen actief deel te nemen aan en bij te dragen tot het orgaan van Europese regelgevende instanties voor elektronische communicatie (BEREC).

3ter. De lidstaten moeten ervoor zorgen dat de doelstellingen van BEREC voor wat het bevorderen van de coördinatie van de regelgeving en van de coherentie betreft, actief worden ondersteund door de respectieve nationale regelgevende instanties.

3quater. De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties bij de aanneming van hun beslissingen voor hun nationale markten zeer zorgvuldig rekening houden met door BEREC gegeven adviezen en gemeenschappelijk standpunten.

4. De lidstaten maken de door de nationale regelgevende instanties uit te voeren taken op een gemakkelijk toegankelijke wijze bekend, met name wanneer die taken aan meer dan één lichaam worden toegewezen. De lidstaten zorgen in voorkomend geval voor overleg en samenwerking tussen die instanties onderling en tussen die instanties en de nationale instanties belast met de uitvoering van het mededingingsrecht en de nationale instanties belast met de uitvoering van het consumentenrecht, in aangelegenheden van gemeenschappelijk belang. Indien meer dan één instantie bevoegd is om die aangelegenheden te behandelen, zorgen de lidstaten ervoor dat de respectieve taken van elke instantie in een gemakkelijk toegankelijke vorm bekendgemaakt worden.

5. De nationale regelgevende instanties en de nationale mededingingsautoriteiten leveren elkaar de informatie die nodig is voor de toepassing van de onderhavige richtlijn en de bijzondere richtlijnen. Ten aanzien van de uitgewisselde informatie is de ontvangende instantie gehouden hetzelfde niveau van vertrouwelijkheid in acht te nemen als de informatieverstrekende instantie.

6. De lidstaten stellen de Commissie in kennis van alle nationale regelgevende instanties waaraan krachtens deze richtlijn en de bijzondere richtlijnen taken zijn opgedragen, en van hun onderscheiden verantwoordelijkheden”.

Bovendien moet, voor een beter begrip van de strekking van die nieuwe bepaling, inzonderheid van het nieuwe lid 3bis, aandacht geschonken worden aan overweging 13 van richtlijn 2009/140/EG, die luidt als volgt:

“De onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instanties zou moeten worden versterkt om te zorgen voor een meer doeltreffende toepassing van het regelgevingskader en hun autoriteit en de voorspelbaarheid van hun besluiten te verhogen. Hiertoe zouden uitdrukkelijke bepalingen moeten worden opgenomen in de nationale wetgeving om ervoor te zorgen dat een nationale regelgevende instantie die verantwoordelijk is [voor] marktregulering *ex ante* of voor geschillenbeslechting tussen ondernemingen, bij het uitoefenen van haar taken, beschermd is tegen externe interventie of politieke druk die haar onafhankelijke oordeel over de vraagstukken die haar worden voorgelegd in gevaar zouden kunnen brengen. Dergelijke externe invloed maakt een nationale instantie ongeschikt om volgens het regelgevingskader op te treden als een nationale regelgevende instantie. Met het oog hierop zouden van te voren voorschriften moeten worden opgesteld met betrekking tot de redenen die aanleiding geven voor ontslag van het hoofd van de nationale regelgevende instantie om ervoor te zorgen dat er volstrekt geen twijfels kunnen zijn over de neutraliteit van die instantie en dat de instantie niet gevoelig is voor externe factoren. Het is van belang dat de nationale regelgevende instanties die verantwoordelijk zijn voor *ex-antemarkt* regelgeving, over hun eigen begroting beschikken, zodat zij met name voldoende gekwalificeerd personeel kunnen aanwerven. Met het oog op transparantie zou die begroting jaarlijks gepubliceerd moeten worden.”

Er moet evenwel op gewezen worden dat de vereisten inzake onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instantie “die verantwoordelijk is voor marktregulering *ex ante* of voor de beslechting van geschillen tussen ondernemingen” in de sector van de elektronische communicatie, in de richtlijn niet in dermate strikte bewoordingen zijn geformuleerd als die gebruikt in de elektriciteitssector. Terwijl artikel 35, lid 4, b), ii), van richtlijn 2009/72/EG bepaalt dat het personeel van de nationale regulerende overheid geen directe instructies mag verlangen of ontvangen “van regeringen of andere publieke of particuliere entiteiten”, verbiedt artikel 3, lid 3bis, van de kaderrichtlijn zulke instructies “van andere instanties”, zonder dus uitdrukkelijk de “regeringen” te noemen. Nog belangrijker is dat die bepaling bovendien onmiddellijk de precisering volgt dat “dit (...) geen beletsel (vormt) voor toezicht overeenkomstig de nationale grondwet”. De kaderrichtlijn verbiedt dus niet - in ieder geval niet uitdrukkelijk - dat de regering toezicht uitoefent op de regulerende overheid indien zulks vereist wordt door het grondwettelijk recht van de lidstaat, terwijl zulk een toezicht ten aanzien van de nationale regulerende overheid van de elektriciteitssector uitdrukkelijk uitgesloten is.

Indien, zoals het Grondwettelijk Hof in punt B.5 stelt, een hiërarchisch of een administratief toezicht op een administratieve overheid belast met specifieke uitvoerende bevoegdheden in een welbepaalde technische aangelegenheid niet vereist is door de Grondwet, lijkt geconcludeerd te kunnen worden dat de Grondwet niet in de weg staat aan het schrappen van het toezicht ingevoerd bij artikel 15 van de wet van 17 januari 2003 ‘met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector’.

4. Arrest nr. 130/2010 biedt evenwel geen duidelijk antwoord op twee belangrijke vragen:

1° In de eerste plaats is het niet mogelijk om op basis van de beslissing van het Grondwettelijk Hof, zoals ze is gesteld, met zekerheid uit te maken of de argumenten die in de punten B.8.1. tot B.8.3.3 van het arrest zijn ontleend aan het Europees recht, ten overvloede worden gegeven dan wel of ze echte voorwaarden zijn voor de grondwettelijkheid van de ontstentenis van een hiërarchische bevoegdheid ten aanzien van en van toezicht op onafhankelijke administratieve overheden¹⁴.

Zo bijvoorbeeld haalt het Grondwettelijk Hof zijn argumenten aan “in zoverre [de bovenstaande argumenten, ontleend aan de Grondwet en aan het bestaan van een parlementair en rechterlijk toezicht op de CREG] niet zou[den] volstaan om te verantwoorden dat de personen die het voorwerp zijn van een beslissing van de CREG ‘niet de garantie genieten dat de beslissing wordt genomen door een administratieve overheid waarvan het bestuur rechtstreeks wordt verzekerd door de uitvoerende macht’ ”.

Wat dat betreft, is het van tweeën één:

- ofwel zijn de argumenten ontleend aan de Grondwet en aan het bestaan van een parlementaire en rechterlijke controle voldoende, in zoverre het gaat om een welbepaalde technische aangelegenheid waarvoor specifieke uitvoerende bevoegdheden toevertrouwd zijn aan een autonome administratieve overheid, ongeacht de vereisten van het Europees recht;
- ofwel zijn de argumenten van intern recht onvoldoende en is de opheffing van het toezicht op de beslissingen van het BIPT alleen aanvaardbaar voor zover het wordt opgelegd door het Europees recht.

¹⁴ Zie in die zin A.-S. RENSON, “L’indépendance des autorités de régulation: la fin d’une controverse”, opm. bij GwH, arrest nr. 130/2010, in *J.T.* 2011, 349-350.

In het eerste geval geeft de opheffing van artikel 15 van de wet van 17 januari 2003 ‘met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector’ geen aanleiding tot enig bezwaar, voor zover de bevoegdheden toegekend aan het BIPT onder specifieke uitvoerende bevoegdheden in een welbepaalde technische aangelegenheid vallen.

In het tweede geval doet de opheffing zonder meer van het genoemde artikel 15 een probleem rijzen.

Enerzijds blijkt immers uit artikel 3, lid 3*bis*, eerste alinea, van de kaderrichtlijn en uit overweging 13 van richtlijn 2009/140/EG dat het afschermen van de regelgevende instanties van enige inmenging van buitenaf of van politieke druk enkel vereist is voor zover de beslissingen van de instantie *ex ante*-regelgeving en geschillen tussen operatoren betreffen. In de veronderstelling dat het Europees recht in deze aangelegenheid zo moet worden uitgelegd dat het de schrapping van toezicht op het BIPT oplegt, dan nog moet worden opgemerkt dat die verplichting enkel geldt binnen de perken van de hierboven omschreven opdrachten.

De opheffing zonder meer van het voornoemde artikel 15 is dus, gezien het algemene karakter van die opheffing, niet aanvaardbaar, behalve eventueel indien de steller van het voorontwerp in staat is aan te tonen dat de bevoegdheden van het BIPT en de uitoefening daarvan dermate met elkaar verweven zijn dat het niet mogelijk is een onderscheid te maken tussen de beslissingen van het Instituut, die vrij moeten zijn van enige inmenging van buitenaf of van politieke druk in de zin van artikel 3 van de kaderrichtlijn, en de overige beslissingen van het Instituut. Wat dit laatste betreft moet wellicht ook rekening worden gehouden met het feit dat het behoud van toezicht op sommige beslissingen van het BIPT inzake elektronische communicatie, aangevoeld kan worden alsof een systeem van onrechtstreekse “druk” of “inmenging” ten aanzien van de overige beslissingen van het Instituut in dezelfde aangelegenheid in stand gehouden wordt.

Anderzijds mag niet uit het oog worden verloren dat het Instituut niet alleen de regulator van de federale overheid is inzake elektronische communicatie, maar ook wat de postdiensten betreft, en dat het toezicht waarin is voorzien in artikel 15, waarvan de opheffing in het vooruitzicht wordt gesteld, betrekking heeft op alle beslissingen van het Instituut, ongeacht of ze de postdiensten of elektronische communicatie betreffen.

Wat de postdiensten betreft zijn de eerste vier punten van de redenering van het Grondwettelijk Hof aangaande de CREG, die hierboven doorgetrokken worden voor het BIPT wat elektronische communicatie betreft, transposeerbaar op de materie van de post.

Blijft evenwel dat het laatste deel van de redenering van het Grondwettelijk Hof - namelijk de argumenten ontleend aan het Europees recht - moeilijk getransponeerd kan worden naar de postdiensten.

Zo bijvoorbeeld bepaalt artikel 22 van richtlijn 97/67/EG van het Europees Parlement en de Raad van 15 december 1997 ‘betreffende gemeenschappelijke regels voor de ontwikkeling van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap en de verbetering van de kwaliteit van de dienst’ het volgende:

“Artikel 22

1. Elke lidstaat wijst een of meer nationale regelgevende instanties voor de postsector aan, die juridisch onderscheiden en functioneel onafhankelijk zijn van de exploitanten van postdiensten. Lidstaten die de eigendom van of de zeggenschap over aanbieders van postdiensten behouden, zorgen voor een daadwerkelijke structurele scheiding tussen de regelgevende taken en de met eigendom of zeggenschap verband houdende activiteiten.

De lidstaten delen de Commissie mee welke nationale regelgevende instanties zij voor de vervulling van de uit deze richtlijn voortvloeiende taken hebben aangewezen. Zij maken de door de nationale regelgevende instanties uit te voeren taken op een gemakkelijk toegankelijke wijze bekend, met name wanneer die taken aan meer dan één orgaan worden toegewezen.

De lidstaten zorgen in voorkomend geval voor overleg en samenwerking tussen die instanties onderling en tussen die instanties en de nationale instanties belast met de uitvoering van het mededingingsrecht en de wetgeving inzake consumentenbescherming, in aangelegenheden van gemeenschappelijk belang.

2. De nationale regelgevende instanties hebben in het bijzonder tot taak het doen nakomen van de uit deze richtlijn voortvloeiende verplichtingen, met name door het instellen van controle- en reguleringsprocedures om het aanbieden van de universele dienst te waarborgen. Zij kunnen ook worden belast met het doen naleven van de mededingingsregels in de postsector.

De nationale regelgevende instanties werken binnen de passende bestaande organen nauw samen en verlenen elkaar bijstand bij de toepassing van deze richtlijn.

3. De lidstaten zorgen ervoor dat er op nationaal niveau effectieve regelingen voorhanden zijn krachtens welke iedere gebruiker of aanbieder van postdiensten, die door een besluit van een nationale regelgevende instantie is getroffen, het recht heeft om tegen dat besluit beroep in te stellen bij een beroepsorgaan dat onafhankelijk is van de betrokken partijen. Hangende de uitspraak van een dergelijk beroep blijft het besluit van de nationale regelgevende instantie van kracht, tenzij de beroepsinstantie anders beslist.”

Ook dient rekening te worden gehouden met overweging 47 van richtlijn 2008/06/EG van het Europees Parlement en de Raad van 20 februari 2008 ‘tot wijziging van Richtlijn 97/67/EG wat betreft de volledige voltooiing van de interne markt voor postdiensten in de Gemeenschap’, die luidt als volgt:

“(47) De nationale regelgevende instanties zullen wellicht een cruciale rol blijven vervullen, vooral in de lidstaten waar de overgang naar volledige mededinging nog niet is voltooid. Overeenkomstig het beginsel van scheiding van regelgevende en operationele taken dienen de lidstaten de onafhankelijkheid van de nationale regelgevende instanties te waarborgen teneinde ervoor te zorgen dat hun besluiten onpartijdig zijn. Deze eis van onafhankelijkheid doet niet af aan de institutionele autonomie en de constitutionele verplichtingen van de lidstaten en evenmin aan het beginsel van neutraliteit met betrekking tot de regeling van het eigendomsrecht in de lidstaten, dat is neergelegd in artikel 295 van het Verdrag. De nationale regelgevende instanties dienen met de nodige middelen (personeel, deskundigheid en geldelijke middelen) te worden toegerust om de hun opgedragen taken te kunnen uitvoeren.”

Vastgesteld moet worden dat de hierboven weergegeven bepaling en overweging geen soortgelijke gegevens bevatten als die welke in artikel 3 van de kaderrichtlijn en in overweging 13 van richtlijn 2009/140/EG staan, gegevens waaruit afgeleid zou kunnen worden dat het Europees recht eraan in de weg staat dat de nationale regelgevende overheid inzake postdiensten onder het toezicht staat van de politiek verantwoordelijke overheid.

Wat dat betreft lijkt de keuze die de Belgische overheid in het verleden heeft gemaakt om de regulering van de postdiensten en de elektronische communicatie aan één en dezelfde regulator toe te vertrouwen op zich, bij de huidige stand van het Europees recht, de algemene opheffing van het toezicht op de beslissingen van het BIPT, in alle aangelegenheden, moeilijk te kunnen verantwoorden.

2° Voorts rijst de vraag, los van het vraagstuk van de overeenstemming met het Europees recht, of de lering van arrest nr. 130/2010 geldt voor alle handelingen van onafhankelijke administratieve overheden - de verordenende en de individuele handelingen -, dan wel of ze enkel geldt voor de individuele handelingen.

Zo bijvoorbeeld zou, indien ervan uitgegaan zou worden dat de lering van dat arrest geldt voor alle verordenende handelingen, daaruit afgeleid moeten worden dat de wetgever in welbepaalde technische aangelegenheden en op voorwaarde dat een parlementaire en een rechterlijke controle zouden worden georganiseerd, verordeningsbevoegdheden kan toekennen aan onafhankelijke administratieve overheden, waarbij de betreffende verordenende handelingen niet vooraf ter goedkeuring moeten worden voorgelegd aan een politiek verantwoordelijke overheid.

Wat dat betreft moet evenwel worden vastgesteld dat de handelingen van de CREG waar het om ging in het geschil dat de Raad van State ertoe heeft gebracht zich tot het Grondwettelijk Hof te wenden, deel uitmaakten van de opdracht van toezicht en controle toevertrouwd aan de CREG, inzonderheid de bevoegdheid om sancties in de vorm van administratieve geldboetes op te leggen. Op het eerste gezicht gaat het dus om handelingen met individuele strekking.

Het Hof heeft zich bovendien niet uitgesproken over de vraag of artikel 108 van de Grondwet, waarbij de Koning de bevoegdheid wordt toegekend om “de verordeningen [te maken] en (...) de besluiten [te nemen] die voor de uitvoering van de wetten nodig zijn”, al dan niet toestaat dat een ruime autonomie wordt toegekend aan onafhankelijke administratieve overheden.

Het Hof heeft zich alleen uitgesproken ten aanzien van de artikelen 10, 11, 33 en 37 van de Grondwet.

Uit het bovenstaande volgt dat het niet zeker is, gezien zowel de bewoordingen van artikel 37 van de Grondwet als van arrest nr. 130/2010 van het Grondwettelijk Hof, dat de lering van dat arrest hoe dan ook zou gelden voor verordenende handelingen.

Om de hierboven onder 1° uiteengezette redenen, blijft het evenwel de vraag of de preventieve controle die de politiek verantwoordelijke overheid uitoefent ten aanzien van de verordenende handelingen van het BIPT, geschrapt zou kunnen – of zelfs zou moeten – worden waar het Europees recht absolute onafhankelijkheid van de regelgevende overheid voorschrijft.

5. De conclusie is dat, gezien de onzekerheid die er bestaat wat betreft de lering van arrest nr. 130/2020 van het Grondwettelijk Hof, de voorzichtigheid gebiedt dat de schrapping, door het voorliggende voorontwerp, van het toezicht op de beslissingen van het BIPT, beperkt wordt tot de handelingen waarvoor volgens het Europees recht absolute onafhankelijkheid van de regelgevende overheden is vereist, overeenkomstig artikel 3, lid 3*bis*, van de kaderrichtlijn.

Het hele voorontwerp moet in het licht van deze opmerkingen worden herzien.

2. Bepalingen die dwingender zijn dan het Europees regelgevend kader, teneinde de bescherming van de consument te bevorderen

1. Meerdere bepalingen van het voorontwerp gaan verder dan het bepaalde in de omgezette richtlijnen. Zo beogen sommige bepalingen de operatoren verplichtingen op te leggen waarin niet door de richtlijnen wordt voorzien, terwijl andere bepalingen sommige verplichtingen, door de richtlijnen aan bepaalde categorieën van operatoren opgelegd, willen veralgemenen door ze op te leggen aan andere categorieën van operatoren of aan alle operatoren in het algemeen.

In dit verband kunnen hoofdzakelijk de volgende bepalingen worden aangehaald.

1° Artikel 61, 2°, van het voorontwerp beoogt een nieuwe paragraaf 1/1 in te voegen in artikel 108 van de wet van 13 juni 2005, luidende als volgt:

“§ 1/1. Het vervangen door dezelfde operator van een contract van bepaalde duur of van onbepaalde duur door een nieuw contract gesloten voor een bepaalde duur kan slechts op voorwaarde dat de operator:

1° voorafgaand de abonnee schriftelijk ervan op de hoogte heeft gebracht dat:

- door de vervanging niet te aanvaarden, zijn lopende contract van bepaalde duur in toepassing van artikel 82 van de wet van 6 april 2010 betreffende marktpraktijken en consumentenbescherming op de vervaldatum omgezet wordt in een contract van onbepaalde duur onder dezelfde voorwaarden en dat te allen tijde kosteloos opzegbaar is mits inachtneming van de toepasselijke opzegtermijn die ten hoogste twee maanden mag bedragen en

- door de vervanging te aanvaarden, zijn lopende contract vervangen zal worden door een contract van bepaalde duur, dat vóór de vervaldatum slechts opzegbaar is mits het betalen van een verbrekingsvergoeding, waarvan het bedrag eveneens aan de abonnee wordt meegedeeld en

2° daartoe de uitdrukkelijke en schriftelijke toestemming van de abonnee heeft bekomen”.

Uit de omzettingstabellen die aan de afdeling Wetgeving werden bezorgd, blijkt dat deze bepaling aan geen enkele bepaling van het Europees regelgevend kader inzake elektronische communicatie beantwoordt.

Op de vraag in hoeverre deze bepaling bestaanbaar is met het Europees regelgevend kader hebben de gemachtigden van de minister de volgende toelichting gegeven:

“Vooreerst moet vastgesteld worden dat de UDV-richtlijn genomen is op basis van art. 95, EG.

Richtlijnen die genomen zijn op basis van art. 95, EG, behoeven geen letterlijke omzetting in nationaal recht maar moeten omgezet worden in functie van het doel van de richtlijn. Bij deze omzetting kan een lidstaat verder gaan dan voorzien in de richtlijn.

Dit wordt bevestigd door K. Lenaerts in 'Europees recht in hoofdlijnen' (ed. 2008) die stelt:

'Ten aanzien van op grond van art. 95 EG aangenomen harmonisatiemaatregelen, kan een lidstaat een hogere graad van bescherming behouden of invoeren, indien de daartoe getroffen maatregelen met het Verdrag verenigbaar zijn en aan de Commissie worden gemeld (art. 153, lid 5, EG).' (pp. 203-204)

Ten aanzien van harmonisatierichtlijnen die genomen zijn op basis van art. 94, EG, worden, i.t.t. richtlijnen die genomen zijn op basis van art. 95, EG, geen afwijkingen toegestaan. Deze zienswijze wordt gedeeld door het Hof van Justitie zoals blijkt uit het arrest C-52/00 van 25 april 2002, Franse Republiek:

'14. Dienaangaande zij eraan herinnerd, dat de richtlijn door de Raad met eenparigheid van stemmen is vastgesteld op grond van artikel 100 EEG-Verdrag (na wijziging artikel 100 EG-Verdrag, thans artikel 94 EG) inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen der lidstaten welke rechtstreeks van invloed zijn op de instelling of de werking van de gemeenschappelijke markt. Anders dan artikel 100 A EG-Verdrag (thans, na wijziging, artikel 95 EG), dat (...) in de mogelijkheid van bepaalde afwijkingen voorziet, bevat deze rechtsgrondslag geen enkele mogelijkheid voor de lidstaten om van communautaire harmonisatiemaatregelen afwijkende nationale bepalingen te handhaven of in te voeren.'

Meer specifiek voor wat betreft de UDV-richtlijn heeft het Europees Hof van Justitie in minstens twee arresten expliciet gesteld dat 'de kaderrichtlijn en de universeledienstrichtlijn niet voorzien in volledige harmonisatie van de aspecten van de consumentenbescherming' (arrest van 11 maart 2010, Telekomunikacja Polska, C 522/08, punt 29; arrest van 5 mei 2011, Deutsche Telecom AG, C-543/09, punt 41).

Het betreft weliswaar arresten gevelde onder de toepassing van de 'Kaderrichtlijn' en 'Universeledienstrichtlijn' vóór de wijzigingen van 2009, maar dit heeft geen invloed op het principiële standpunt van het Hof van Justitie terzake. Bovenstaande uitspraken van het Hof van Justitie zijn immers gebaseerd op het vroegere artikel 20(1) van de 'Universeledienstrichtlijn', dat betrekking heeft op overeenkomsten tussen de consument en aanbieders van elektronische-communicatiediensten.

Die bepaling is in de gewijzigde 'Universeledienstrichtlijn' verplaatst naar artikel 1.4 en uitgebreid naar alle bepalingen van de 'Universeledienstrichtlijn' betreffende de rechten van de eindgebruikers (artikel 20 en volgende, met inbegrip van artikel 29).

Er kan dan ook besloten worden dat de lidstaten inzake consumentenbescherming een (relatieve) beleidsvrijheid boven de minimale harmonisatie van de Universeledienstrichtlijn genieten.

Tenslotte kan verwezen worden naar de maatschappelijke noodzaak om te voorzien in het nieuwe art. 108, § 1/1 die het vervangen van contracten door nieuwe contracten van bepaalde duur aan duidelijke regels onderwerpt. In de praktijk worden eindgebruikers korte tijd voor het aflopen van hun contract door hun operator gecontacteerd teneinde hun contract van onbepaalde duur of van bepaalde duur (dat bij verlenging de jure omgezet zou worden in een contract van onbepaalde duur) te laten vervangen door een contract van bepaalde duur, dit in ruil voor een tijdelijke kortingen of een ander voordeel. Eindgebruikers gaan vaak op dgl. aanbod in zonder er bij stil te staan dat hun 'nieuwe' contract van bepaalde duur - i.t.t. een contract van onbepaalde duur - niet gratis opgezegd kan worden. Deze verkoopspraktijken komen veelvuldig voor en leiden ertoe dat het opzeggen van het lopende contract vaak hoge opzegvergoedingen met zich meebrengt, ook al zijn de betreffende eindgebruikers al jaren klant bij de operator in kwestie. Voorbeelden daarvan zijn te vinden op pp. 32 en 36 van het Jaarverslag van de Ombudsdienst van 2009 alsook op p. 41 van het Jaarverslag van de Ombudsdienst van 2010. In dit laatste Jaarverslag stelt de Ombudsdienst (eveneens op p. 41) trouwens:

‘De betwistingen [m.b.t. het opzeggen van contracten - nvdr] zijn meestal een gevolg van een gebrek aan informatie. Deze tekortkoming in informatie uit zich vooral m.b.t. het bedrag van de opzeggingskosten. Het informeren van de eindgebruiker omtrent de opzeggingskosten is bijzonder belangrijk.

Deze kosten kunnen (...) wegens hun omvang een echte rem en een belangrijk en ontmoedigend element vormen voor bepaalde eindgebruikers om volop gebruik te maken van de liberalisering van de telecommunicatiemarkt.’

In die zin komt de informatieplicht die aan een operator wordt opgelegd door de nieuwe § 1/1 tegemoet aan deze verzuchting van de Ombudsdienst”.

2° Artikel 67 van het voorontwerp van wet strekt ertoe een nieuw artikel 111/2 in te voegen in de wet van 13 juni 2005, luidende als volgt:

“Art. 111/2. Wanneer de consument geen globale prijs geniet voor het gebundelde aanbod van verscheidene elektronische-communicatiediensten, heeft hij het recht minstens één maal per jaar kostenloos en zonder schadevergoeding een andere internettoegangsdiensdienst te kiezen bij dezelfde operator.

In geval de consument gebruik maakt van dit recht, blijft de looptijd van de huidige overeenkomst van toepassing, niettegenstaande elk andersluidend contractueel beding”.

In de memorie van toelichting wordt deze bepaling als volgt verantwoord:

“[I]n België [heeft] minder dan 5% van de klanten van internettoegang [...] gekozen voor een niet zo duur aanbod dat een downloadsnelheid van 2 Mbit/s of minder omvat. Dat percentage is een van de laagste in Europa terwijl het zou moeten overeenstemmen met een grotere bevolkingsgroep die het internet niet zo intens gebruikt, bijvoorbeeld om e-mails te lezen en informatiesites te raadplegen. Overigens heeft meer dan 30% van de internetgebruikers een aanbod genomen met een downloadsnelheid van 10 Mbit/s of meer. Dat percentage is een van de hoogste in Europa terwijl uit een andere studie van de Europese Commissie (Broadband

Performance Index) blijkt dat de Belgische internetgebruiker geen intensief gebruik maakt van het internet. Opdat de klanten die een internettoegang hebben, over het soort van toegang kunnen beschikken dat het best beantwoordt aan hun behoeften, is het nuttig om aan deze klanten de mogelijkheid te bieden om hun tariefplan aan te passen aan hun eigen situatie. Een jaarlijkse periodiciteit om deze mogelijkheid te bieden vormt in dat opzicht een gepaste oplossing.

Opdat de consument ten volle voordeel zou kunnen trekken van de aanbiedingen die het beste overeenstemmen met zijn behoeften, dienen de, meer bepaald contractuele en financiële, belemmeringen bij de veranderingen te worden opgeheven.

Ter aanvulling van de verbetering van de middelen om de gebruikers in te lichten, is het belangrijk dat de overstap van het ene tariefplan naar het andere bij eenzelfde operator gemakkelijker wordt teneinde ervoor te zorgen dat de informatiemiddelen optimaal effect sorteren.

Bovendien, wanneer een klant gebruik zal maken van het recht om van internettoegangsdienst te veranderen, zal de geldigheidsduur van zijn of haar overeenkomst niet veranderen door deze verandering.

Algemeen is de Raad van State van oordeel dat een gelijkaardige versie van dit artikel, dat volgens hem past in een streven om de consument te beschermen, geen grondslag heeft in het Europees Gemeenschapsrecht. Volgens de Raad van State is het artikel bovendien dwingender dan de maatregelen die op Europees niveau bepaald zijn. De Raad van State is daarom van oordeel dat de bepaling moet worden weggelaten wegens gebrek aan juridische basis.

Vooreerst moet worden opgemerkt dat de bepaling weliswaar een aspect heeft dat te maken heeft met de bescherming van de consument, maar dat ze vooral erop gericht is de ontwikkeling van het internetgebruik te bevorderen. Dit is een doelstelling die heel sterk verankerd is in het beleid dat momenteel op Gemeenschapsniveau wordt gevoerd, bijvoorbeeld in het kader van de digitale strategie die in mei 2010 voorgesteld is door Commissaris Kroes, d.i. nadat het advies van de Raad van State was verstrekt. Men kan aldus de Europese wil vaststellen om enerzijds de snelle en ultrasnelle internettoegang te verbeteren - in 2020 moeten alle Europese burgers toegang hebben tot een aansluiting van ten minste 30 Mbps en ten minste de helft tot een aansluiting van 100 Mbps -, en anderzijds om alle Europese burgers digitale vaardigheid bij te brengen en hun toegang te verlenen tot onlinediensten. Het feit van de consument de mogelijkheid te verlenen om makkelijk van internettoegangsdienst te veranderen, past ongetwijfeld in die context.

Vervolgens moet de nadruk worden gelegd op punt 6 van artikel 30 van Richtlijn 2002/22 met betrekking tot de universele dienst en de gebruikersrechten: 'Onverminderd de mogelijkheid van een minimumcontractduur zien de lidstaten erop toe dat de voorwaarden en procedures voor contractbeëindiging de verandering van dienstenaanbieder niet ontmoedigen'. De maatregel die in Belgisch recht wordt beoogd, is in werkelijkheid minder dwingend dan deze bepaling in het Gemeenschapsrecht, aangezien ze erop gericht is een verandering van tariefplan bij eenzelfde operator mogelijk te maken en niet tussen operatoren.

Daaraan kan toegevoegd worden dat het Europees Hof van Justitie in minstens twee arresten expliciet stelt dat ‘de kaderrichtlijn en de universeledienstrichtlijn niet voorzien in volledige harmonisatie van de aspecten van de consumentenbescherming’ (arrest van 11 maart 2010, Telekomunikacja Polska, C-522/08, punt 29; arrest van 5 mei 2011, Deutsche Telecom AG, C-543/09, punt 41).

Het betreft weliswaar arresten gevelde onder de toepassing van de ‘Kaderrichtlijn’ en ‘Universeledienstrichtlijn’ vóór de wijzigingen van 2009, maar dit heeft geen invloed op het principiële standpunt van het Hof van Justitie ter zake. Bovenstaande uitspraken van het Hof van Justitie zijn immers gebaseerd op het vroegere artikel 20(1) van de ‘Universeledienstrichtlijn’, dat betrekking heeft op overeenkomsten tussen de consument en aanbieders van elektronische-communicatiediensten.

Die bepaling is in de gewijzigde ‘Universeledienstrichtlijn’ verplaatst naar artikel 1.4 en uitgebreid naar alle bepalingen van de ‘Universeledienstrichtlijn’ betreffende de rechten van de eindgebruikers (artikel 20 en volgende, met inbegrip van artikel 29).

Er dient dan ook besloten te worden dat de lidstaten inzake consumentenbescherming een (relatieve) beleidsvrijheid boven de minimale harmonisatie van de Universeledienstrichtlijn genieten, behalve, wanneer een bepaling valt onder het toepassingsgebied van de Richtlijn Oneerlijke Handelspraktijken 2005/29/EG (voormeld arrest van 11 maart 2010, punten 31-32), dat expliciet een maximale harmonisatie instelt.

Het huidige artikel maakt gebruik van die beleidsvrijheid om bovenvermelde motieven”.

3° Uit de omzettingstabellen die aan de afdeling Wetgeving werden bezorgd, blijkt dat artikel 70 van het voorontwerp van wet bijlage I, deel A, g), van de universeledienstrichtlijn beoogt om te zetten¹⁵.

De memorie van toelichting vermeldt harerzijds dat de voorliggende bepaling ertoe strekt artikel 10, lid 2, van de universeledienstrichtlijn om te zetten, *juncto* bijlage I, deel A, g), van dezelfde richtlijn.

Ten slotte strekt artikel 70 ertoe eveneens artikel 29, lid 1, van dezelfde richtlijn om te zetten, blijkens de toelichtingen van de gemachtigden van de minister.

Dienaangaande moet worden opgemerkt dat het voornoemde artikel 10, lid 2, enkel doelt op de “aangewezen ondernemingen”, terwijl het voornoemde artikel 29, lid 1, verplichtingen beoogt op te leggen aan “ondernemingen die openbare telefoondiensten en/of toegang tot openbare communicatienetwerken aanbieden”.

¹⁵ 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)’.

De voorliggende bepaling strekt er harerzijds toe verplichtingen op te leggen aan alle “operatoren” in het algemeen.

In de memorie van toelichting wordt de werkingssfeer *ratione personae* van artikel 70 van het voorontwerp als volgt verantwoord:

“Onderhavig artikel is de omzetting van artikel 10.2 en Bijlage I, A, g), van richtlijn 2002/22/EG. Deze bepalingen zijn weliswaar beperkt tot openbare telefoondiensten maar krachtens de artikelen 95 en 153 van het EG-Verdrag kan de omzetting ervan in een hogere graad van bescherming voorzien. Op grond daarvan kan verantwoord worden dat de verplichting van artikel 10.2 en Bijlage I, A, g), uitgebreid wordt tot elektronische-communicatiediensten. Bovendien kan verwezen worden naar de Verordening nr. 544/2009 van het Europees Parlement en de Raad van 18 juni 2009 tot wijziging van Verordening (EG) nr. 717/2007 betreffende roaming op openbare mobiele telefoonnetwerken binnen de Gemeenschap en tot wijziging van Richtlijn 2002/21/EG inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten en de bescherming die de gebruikers geboden wordt in het kader van internationale roaming: deze Verordening verplicht de operatoren om gebruikers de mogelijkheid te bieden om hun verbruik bij roaming te plafonneren, ongeacht of deze roaming telefoon- of sms-diensten betreft of pakketgeschakelde datacommunicatie. Welnu, het valt moeilijk in te zien waarom in het kader van internationale communicaties wel voorzien wordt in een bescherming van de consumenten die verder gaat dan louter openbare telefonie, en waarom dat niet zou gelden t.a.v. nationale communicaties”.

4° Artikel 73 van het voorontwerp beoogt artikel 114 van de wet van 13 juni 2005 te vervangen door een nieuwe bepaling waarvan paragraaf 4 het vierde lid van het geldende artikel 114 overneemt.

Deze paragraaf 4 luidt als volgt:

“De ondernemingen die openbare elektronische-communicatienetwerken of openbare elektronische-communicatiediensten aanbieden bieden hun abonnees kosteloos, rekening houdend met de stand van de techniek, de gepaste veilige diensten aan die de eindgebruikers in staat stellen ongewenste elektronische communicatie in alle vormen te verhinderen. Ook de aanbieders van software ten behoeve van de elektronische communicatie zijn hier jegens hun klanten toe verplicht”.

Het is de afdeling Wetgeving niet duidelijk aan welke bepaling van Europees recht deze paragraaf beantwoordt.

Daarover om uitleg gevraagd, hebben de gemachtigden van de minister de volgende toelichting gegeven:

“Art. 114, § 4, viseert een beveiliging op niveau van de gebruikers, d.w.z. dat gebruikers over communicatiediensten kunnen beschikken die spam, virussen etc. op afstand kunnen houden.

Is dit verenigbaar met het doel van art. 13bis.1, KaderRL?

Art. 13bis.1, KaderRL viseert m.i. de beveiliging van netwerken en diensten in hun geheel, d.w.z. niet alleen op niveau van de gebruikers. Waarschijnlijk is het de bedoeling van deze bepaling dat netwerken beveiligd worden tegen rampen, cyberattacks etc., hetgeen trouwens afgeleid kan worden uit art. 13bis.3 KaderRL.

Door er voor te zorgen dat de eindgebruikers beschikken over firewalls etc., worden netwerken en diensten als dusdanig echter niet beveiligd.

Deze laatste verplichting wordt echter wel voorzien in art. 114, § 1, dat in die zin de omzetting is van art. 13bis.1. Men kan bezwaarlijk stellen dat art. 114, § 4, onverenigbaar zou zijn met het doel van art. 13bis.1 : art. 114, § 4 verhindert geenszins de goede werking van art. 114, § 1.

Aangezien art. 114, § 4, maatregelen oplegt op niveau en ten bate van de eindgebruikers, kan worden gesteld dat deze bepaling eerder ‘aansluit’ bij art. 20.h, en art. 21.4, UDV-RL, zonder daarvan echter een omzetting te zijn. Deze bepalingen voorzien dat operatoren hun klanten informeren over het type actie dat zij kunnen nemen bij beveiligingsincidenten en over beschermingsmaatregelen.

Art. 114, § 4, gaat evenwel verder dan de genoemde bepalingen en legt o.a. operatoren op om hun klanten niet alleen te informeren maar ook om ze daadwerkelijk de nodige beveiligingsapparatuur te bezorgen.

Inzake de bescherming van eindgebruikers laat de heersende mening van het Hof van Justitie (zie antwoord op vraag 8) maatregelen toe die verder gaan dan wat in de richtlijnen (ex art. 95, EG) voorzien is. In die zin lijkt mij art. 114, § 4, verdedigbaar”.

2. Uit de uitleg in de memorie van toelichting en uit de toelichtingen die de gemachtigden van de minister hebben verschaft, blijkt dat de voornoemde maatregelen, die dwingender zijn dan de maatregelen waarin het Europees regelgevend kader voorziet, allemaal voortvloeien uit de bedoeling van de steller van het voorontwerp om het beschermingsniveau van de consumenten in de sector van de elektronische communicatie op verschillende vlakken te verhogen.

Betreffende een soortgelijke bepaling als die welke artikel 67 van het voorontwerp beoogt in te voegen in de wet van 13 juni 2005, heeft de afdeling Wetgeving in haar advies 47.626/4, gegeven op 27 januari 2010 over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de wet van 31 mei 2011 houdende diverse bepalingen inzake telecommunicatie, de volgende opmerking gemaakt:

“De ontworpen bepaling strekt ertoe om met het oog op de consumentenbescherming nieuwe verplichtingen op te leggen aan de operatoren.

De vraag rijst of een zodanige verplichting bestaanbaar is met het Europese juridische kader inzake elektronische communicatie, inzonderheid met de Europese richtlijnen aangenomen in aansluiting op artikel 95 EG, dat artikel 114 VWEU is geworden.

Meer in het bijzonder wat de consumentenbescherming betreft, moet niet alleen rekening worden gehouden met het voornoemde artikel 95 EG, dat artikel 114 VWEU is geworden, maar tevens met artikel 153 EG, dat artikel 169 VWEU is geworden.

Uit de gezamenlijke lezing van deze twee bepalingen volgt evenwel dat wanneer maatregelen strekkende tot de consumentenbescherming passen bij bepalingen aangenomen in het kader van artikel 114 VWEU, de lidstaten zelf in beginsel geen maatregelen strekkende tot de consumentenbescherming mogen aannemen die dwingender zijn dan die welke op het Europese niveau zijn getroffen.

Van deze regel kan alleen worden afgeweken indien de op het Europese niveau getroffen maatregel uitdrukkelijk bepaalt dat hij minimale verplichtingen oplegt of indien de Europese maatregel een ruime beoordelingsmarge toekent aan de lidstaten.

In het onderhavige geval moet worden vastgesteld dat zulks niet het geval is op het stuk van de elektronische communicatie.

Zo is enerzijds de enige bepaling van de ‘universeledienstrichtlijn’ waarmee in dit verband rekening moet worden gehouden het nieuwe artikel 1, lid 4, luidende:

‘De bepalingen in deze richtlijn betreffende de rechten van eindgebruikers gelden onverminderd de communautaire voorschriften inzake consumentenbescherming, met name de richtlijnen 93/13/EEG en 97/7/EG, en de nationale voorschriften die met het gemeenschapsrecht in overeenstemming zijn’.

Anderzijds bepaalt artikel 6, lid 1, van de ‘machtigingsrichtlijn’, zoals het is vervangen bij richtlijn 2009/140/EG, dat ‘de algemene machtiging voor het aanbieden van elektronische-communicatienetwerken en -diensten [...] alleen aan de in de bijlage genoemde voorwaarden [kan] worden onderworpen’. De eerste alinea van deze bijlage, zoals deze laatste is gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG, vermeldt uitdrukkelijk dat deel A van deze bijlage ‘de volledige lijst van voorwaarden [bevat] die kunnen worden verbonden aan algemene machtigingen [...] als bedoeld in artikel 6, lid 1, en artikel 11, lid 1, onder a), van deze richtlijn, binnen de grenzen zoals aangegeven in de artikelen 5, 6, 7, 8 en 9 van richtlijn 2002/21/EG (kaderrichtlijn)’. Punt 8 van diezelfde bijlage vermeldt in verband met de consumentenbescherming uitsluitend de ‘voor de sector elektronische communicatie specifieke voorschriften inzake consumentenbescherming, met inbegrip van voorwaarden overeenkomstig richtlijn 2002/22/EG (universeledienstrichtlijn), en [de] voorwaarden inzake

toegankelijkheid voor gebruikers met een handicap overeenkomstig artikel 7 van die richtlijn’.

Voorts ziet de afdeling Wetgeving niet in op welke Europeesrechtelijke bepaling dit artikel zou kunnen steunen.

Dit artikel moet vervallen, daar het geen zodanige gemeenschapsrechtelijke grondslag heeft¹⁶.

In de toelichting bij artikel 67 van het voorontwerp voert de steller van het voorontwerp aan dat de redenering die de afdeling Wetgeving heeft ontwikkeld in advies 47.626/4, niet meer kan worden gevolgd.

Als grondslag voor deze stelling vermeldt de toelichting de artikelen 114 en 169 VWEU, artikel 1, lid 1, van de universeledienstrichtlijn en twee arresten van het Hof van Justitie van de Europese Unie die op een latere datum dan het advies van de afdeling Wetgeving zijn uitgesproken, namelijk het arrest van 11 maart 2010, Telekomunikacja Polska C-522/08, en het arrest van 5 mei 2011, Deutsche Telecom AG, C-543/09.

3. Het onderzoek van de gegevens die de steller van het voorontwerp aanvoert tot staving van zijn stelling geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Artikel 114 VWEU bepaalt het volgende:

“1. Tenzij in de Verdragen anders is bepaald, zijn de volgende bepalingen van toepassing voor de verwezenlijking van de doeleinden van artikel 26. Het Europees Parlement en de Raad stellen volgens de gewone wetgevingsprocedure en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité de maatregelen vast inzake de onderlinge aanpassing van de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen van de lidstaten die de instelling en de werking van de interne markt betreffen.

2. Lid 1 is niet van toepassing op de fiscale bepalingen, op de bepalingen inzake het vrije verkeer van personen en op de bepalingen inzake de rechten en belangen van werknemers.

3. De Commissie zal bij haar in lid 1 bedoelde voorstellen op het gebied van de volksgezondheid, de veiligheid, de milieubescherming en de consumentenbescherming uitgaan van een hoog beschermingsniveau, daarbij in het bijzonder rekening houdend met alle nieuwe ontwikkelingen die op wetenschappelijke gegevens zijn gebaseerd. Ook het Europees Parlement en de Raad zullen binnen hun respectieve bevoegdheden deze doelstelling trachten te verwezenlijken.

4. Wanneer een lidstaat het, nadat door het Europees Parlement en de Raad, door de Raad of door de Commissie een harmonisatiemaatregel is genomen, noodzakelijk acht nationale bepalingen te handhaven die hun rechtvaardiging vinden

¹⁶ *Parl.St.* Kamer, 2009-10, nr. 53-1247/001, 26-28.

in gewichtige eisen als bedoeld in artikel 36¹⁷ of verband houdend met de bescherming van het milieu of het arbeidsmilieu, geeft hij zowel van die bepalingen als van de redenen voor het handhaven ervan, kennis aan de Commissie.

5. Wanneer een lidstaat het, nadat door het Europees Parlement en de Raad, door de Raad of door de Commissie een harmonisatiemaatregel is genomen, noodzakelijk acht, nationale bepalingen te treffen die gebaseerd zijn op nieuwe wetenschappelijke gegevens die verband houden met de bescherming van het milieu of het arbeidsmilieu vanwege een specifiek probleem dat zich in die lidstaat heeft aangediend nadat de harmonisatiemaatregel is genomen, stelt hij de Commissie voorts, onverminderd lid 4, in kennis van de voorgenomen bepalingen en de redenen voor het vaststellen ervan”.

Uit deze bepaling, en inzonderheid uit lid 4 ervan, blijkt dat de lidstaten als gevolg van een op Europees niveau aangenomen harmonisatiemaatregel nationale bepalingen kunnen handhaven die hun rechtvaardiging vinden in redenen van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom, of nog in redenen die verband houden met de bescherming van het milieu of van het arbeidsmilieu.

Deze bepaling laat de lidstaten dus niet toe om strengere bepalingen inzake consumentenbescherming te handhaven.

Evenzo laat lid 5 van artikel 114 toe dat een lidstaat als gevolg van een op Europees niveau aangenomen harmonisatiemaatregel, maatregelen treft die hij noodzakelijk acht en die gebaseerd zijn op nieuwe wetenschappelijke gegevens die verband houden met de bescherming van het milieu of van het arbeidsmilieu, vanwege een specifiek probleem dat zich in die lidstaat heeft aangediend.

Ook deze bepaling laat de lidstaten dus niet toe om strengere bepalingen in te voeren inzake de consumentenbescherming.

Artikel 169 VWEU zijnerzijds luidt als volgt:

“1. Om de belangen van de consumenten te bevorderen en een hoog niveau van consumentenbescherming te waarborgen, draagt de Unie bij tot de bescherming van de gezondheid, de veiligheid en de economische belangen van de consumenten alsmede

¹⁷ Artikel 36 VWEU luidt als volgt:

“De bepalingen van de artikelen 34 en 35 vormen geen beletsel voor verboden of beperkingen van invoer, uitvoer of doorvoer, welke gerechtvaardigd zijn uit hoofde van bescherming van de openbare zedelijkheid, de openbare orde, de openbare veiligheid, de gezondheid en het leven van personen, dieren of planten, het nationaal artistiek historisch en archeologisch bezit of uit hoofde van bescherming van de industriële en commerciële eigendom. Deze verboden of beperkingen mogen echter geen middel tot willekeurige discriminatie noch een verkapte beperking van de handel tussen de lidstaten vormen”.

tot de bevordering van hun recht op voorlichting en vorming, en hun recht van vereniging om hun belangen te behartigen.

2. De Unie draagt bij tot de verwezenlijking van de in lid 1 genoemde doelstellingen door middel van:

a) maatregelen die zij op grond van artikel 114 in het kader van de totstandbrenging van de interne markt neemt;

b) maatregelen om het beleid van de lidstaten te ondersteunen, aan te vullen en te controleren.

3. Het Europees Parlement en de Raad nemen volgens de gewone wetgevingsprocedure en na raadpleging van het Economisch en Sociaal Comité de maatregelen, bedoeld in lid 2, onder b), aan.

4. De uit hoofde van lid 3 aangenomen maatregelen beletten niet dat een lidstaat maatregelen voor een hogere graad van bescherming treft of handhaaft. Deze maatregelen moeten verenigbaar zijn met dit Verdrag. Zij worden ter kennis van de Commissie gebracht”.

Uit deze bepaling, en inzonderheid uit de leden 3 en 4 ervan, blijkt dat de mogelijkheid die de lidstaten geboden wordt om strengere maatregelen te handhaven of te treffen inzake de consumentenbescherming slechts geldt voor maatregelen die op Europees niveau zijn aangenomen “om het beleid van de lidstaten te ondersteunen en aan te vullen” (lid 2, b), van de aangehaalde bepaling), en niet voor maatregelen die zijn aangenomen met toepassing van artikel 114 in het kader van de totstandbrenging van de interne markt (lid 2, a), van de aangehaalde bepaling).

Daar immers de richtlijnen die het Europees regelgevend kader inzake elektronische communicatie vormen - inzonderheid de universeledienstrichtlijn - op het vroegere artikel 95, thans artikel 114 VWEU, steunen, geldt de mogelijkheid die de lidstaten door artikel 169, lid 4, VWEU wordt geboden niet voor deze richtlijnen.

Uit een en ander valt af te leiden dat, alhoewel de artikelen 114 en 169 VWEU geen volledig systeem voor de aanneming van harmonisatiemaatregelen opzetten, de lidstaten niettemin slechts in bepaalde omstandigheden en mits welbepaalde doelstellingen worden nagestreefd gerechtigd zijn dwingendere maatregelen aan te nemen dan de maatregelen waarin de op basis van de artikelen 114 en 169 VWEU aangenomen richtlijnen hebben voorzien.

Zoals de afdeling Wetgeving reeds heeft opgemerkt in haar voornoemde advies 47.626/4, zijn de lidstaten, wanneer de voorgenomen maatregelen ter bescherming van de consumenten worden opgenomen in de in het kader van artikel 114 VWEU aangenomen bepalingen, bijgevolg in principe niet rechtstreeks krachtens het verdrag gerechtigd om zelf dwingendere maatregelen te nemen ter bescherming van de consumenten dan die waarin op Europees niveau is voorzien; zij kunnen daartoe slechts gerechtigd zijn op voorwaarde dat de

op Europees niveau aangenomen maatregel uitdrukkelijk bepaalt dat deze minimumverplichtingen vaststelt, ofwel op voorwaarde dat de Europese maatregel aan de lidstaten een ruime beoordelingsmarge laat.

De vraag rijst dus of dit in dezen het geval is.

In haar advies 47.626/4 heeft de afdeling Wetgeving twee gegevens in aanmerking genomen om op deze vraag ontkennend te antwoorden:

- Enerzijds de omstandigheid dat artikel 4, lid 1, van de universeledienstrichtlijn het volgende bepaalt:

“De bepalingen in deze richtlijn betreffende de rechten van eindgebruikers gelden onverminderd de communautaire voorschriften inzake consumentenbescherming, met name de richtlijnen 93/13/EEG en 97/7/EG, en de nationale voorschriften die met het Gemeenschapsrecht in overeenstemming zijn”.

- Anderzijds de dubbele omstandigheid dat luidens artikel 6, lid 1, van de machtigingsrichtlijn ‘de algemene machtiging voor het aanbieden van elektronische-communicatienetwerken en -diensten alleen aan de in de bijlage genoemde voorwaarden [kan] worden onderworpen [...]’ en dat deze bijlage, die “de volledige lijst van voorwaarden [bevat] die kunnen worden verbonden aan algemene machtigingen”, wat betreft de consumentenbescherming enkel melding maakt van de “voor de sector elektronische communicatie specifieke voorschriften inzake consumentenbescherming, met inbegrip van voorwaarden overeenkomstig richtlijn 2002/22/EG (universeledienstrichtlijn), en [de] voorwaarden inzake toegankelijkheid voor gebruikers met een handicap overeenkomstig artikel 7 van die richtlijn”.

Uit de gezamenlijke lezing van deze bepalingen volgt enerzijds dat de lidstaten geen voor de sector van de elektronische communicatie specifieke bepalingen mogen aannemen om de consumenten te beschermen, behalve de maatregelen die zijn aangenomen overeenkomstig de universeledienstrichtlijn en de “voorwaarden inzake toegankelijkheid voor gebruikers met een handicap overeenkomstig artikel 7 van die richtlijn”, en anderzijds dat de Europeesrechtelijke transversale bepalingen die zijn aangenomen om de consumenten te beschermen, alsook de nationale bepalingen die conform deze transversale bepalingen zijn, desalniettemin toepasselijk zijn op de sector van de elektronische communicatie.

Aldus opgevat, op basis van de Franse versie van de machtigingsrichtlijn¹⁸, vormen de voornoemde bepalingen de grondslag van de in het voornoemde advies 47.626/4 van de afdeling Wetgeving geformuleerde overwegingen.

¹⁸ Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 ‘betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (“Machtigingsrichtlijn”)’.

Desalniettemin heeft het Hof van Justitie van de Europese Unie op een latere datum dan dit advies twee arresten gewezen, aangehaald in de memorie van toelichting en in de toelichtingen die de gemachtigden van de minister hebben gegeven, waarin het heeft beschikt dat “de kaderrichtlijn en de universeledienstrichtlijn niet voorzien in volledige harmonisatie van de aspecten van de consumentenbescherming”.

Om uitleg gevraagd omtrent deze arresten en hun verband met de voornoemde bepalingen van de machtigingsrichtlijn, hebben de gemachtigden van de minister erop gewezen dat de Engelse versie van punt 8 van deel A van de bijlage bij de machtigingsrichtlijn verschilt van de Franse versie.

In de Franse versie luidt dit punt als volgt:

“8) Règles et conditions relatives à la protection du consommateur spécifiques au secteur des communications électroniques, conformément à la directive 2002/22/CE (directive ‘service universel’), et les conditions d'accessibilité pour les utilisateurs handicapés, conformément à l'article 7 de cette directive”.

De Engelse versie luidt als volgt:

“8) Consumer protection rules specific to the electronic communications sector, including conditions in conformity with Directive 2002/22/EC (Universal Service Directive), and conditions on accessibility for users with disabilities in accordance with Article 7 of that Directive”.

Deze beide bepalingen hebben een volkomen verschillende betekenis en reikwijdte al naargelang de geraadpleegde versie.

De Franse vertaling van de Engelse versie luidt als volgt:

“8) Règles de protection des consommateurs spécifiques au secteur des communications électroniques, en ce compris les conditions adoptées en conformité avec la directive 2002/22/CE (directive ‘service universel’) et conditions d'accessibilité pour les utilisateurs handicapés, conformément à l'article 7 de cette directive”.

Aldus opgevat, en in tegenstelling tot de Franse versie zoals die is bekendgemaakt in het Publicatieblad¹⁹, machtigt deze bepaling de lidstaten ertoe maatregelen inzake consumentenbescherming aan te nemen die verder reiken dan de maatregelen waarin de universeledienstrichtlijn voorziet.

¹⁹ Zie het woord “including” in de Engelse tekst, dat geen vertaalequivalent heeft in de Franse versie. Deze Engelse versie komt met name overeen met de Nederlandse, Duitse, Spaanse en Italiaanse versie.

Een dergelijke interpretatie wordt tevens gestaafd door artikel 8, lid 4, van de kaderrichtlijn, inzonderheid punt b), dat het volgende bepaalt:

“b) zij waarborgen de consument een hoog niveau van bescherming bij zijn transacties met leveranciers, met name door ervoor te zorgen dat er eenvoudige en goedkope geschillenprocedures beschikbaar zijn die worden toegepast door een van de betrokken partijen onafhankelijke instantie”.

Deze gegevens, en meer in het bijzonder de lezing van de Engelse versie van de machtigingsrichtlijn, leveren een beter begrip op van de reikwijdte van de arresten van het Hof van Justitie waarop de steller van het voorontwerp zich wil baseren. Uit deze arresten blijkt dat de kaderrichtlijn en de universeledienstrichtlijn de consumentenbescherming in de sector van de elektronische communicatie niet volledig harmoniseren en dat de lidstaten gerechtigd zijn om ter zake dwingendere maatregelen aan te nemen.

4. Alhoewel de bepalingen van het voorontwerp die verder reiken dan de richtlijnen overeenstemmen met de beleidsdoelstellingen van deze richtlijnen, inzonderheid betreffende het openstellen voor concurrentie en de consumentenbescherming, wordt de steller van het voorontwerp *in casu* evenwel gewezen op de volgende overwegingen.

Zo moet de mogelijkheid die de lidstaten hebben om, met het oog op een grotere consumentenbescherming, maatregelen uit te vaardigen die dwingender zijn dan de maatregelen in de twee voornoemde richtlijnen, in de lijn liggen van het algemeen juridisch kader van de Europese Unie.

Zoals het Hof van Justitie in zijn twee voornoemde arresten heeft gememoreerd, houdt dat inzonderheid in dat deze maatregelen enerzijds de bevoegdheden van met name de regelgevende instanties niet mag aantasten zoals die zijn geregeld door de Europese regelgeving, en anderzijds dat deze maatregelen conform de regelgeving van de Europese Unie betreffende de consumentenbescherming moeten zijn. Voorts, en nog steeds bij wijze van voorbeeld, moet de steller van het voorontwerp kunnen aantonen dat de desbetreffende bepalingen tegemoetkomen aan de vereisten van artikel 8, lid 5, van de kaderrichtlijn.

Het besluit is dan ook dat de steller van het voorontwerp moet kunnen aantonen dat elk van de voornoemde bepalingen tegemoetkomt aan de vereisten die hier werden aangehaald.

Deze bepalingen moeten dus opnieuw worden bestudeerd in het licht van deze opmerking.

5. De vraag rijst of sommige hierboven aangehaalde bepalingen van het voorontwerp kunnen worden aangenomen, zelfs indien wordt aangetoond dat ze aan de hierboven opgesomde voorwaarden voldoen.

5.1. Zo strekt, zoals hierboven reeds is uiteengezet, het ontworpen artikel 112 (artikel 70 van het voorontwerp) ertoe aan alle “operatoren” verplichtingen op te leggen die krachtens artikel 10, lid 2, van de universeledienstrichtlijn te maken hebben met de universele dienstverlening, terwijl deze verplichtingen luidens diezelfde bepaling slechts aan de “aangewezen” ondernemingen kunnen worden opgelegd. Artikel 29, lid 1, van dezelfde richtlijn strekt er weliswaar toe dat gelijksoortige verplichtingen kunnen worden opgelegd aan “ondernemingen die openbare telefoondiensten en/of toegang tot openbare communicatienetwerken aanbieden”, maar deze bepaling heeft uitsluitend betrekking op deze ondernemingen, en niet op alle operatoren in het algemeen.

De vraag rijst of de doelstelling om de consumenten te beschermen een reden kan zijn om, zoals het voorontwerp doet, de werkingssfeer *ratione personae* van de Europese bepalingen uit te breiden.

Dienaangaande dient een derde bepaling van de universeledienstrichtlijn in ogenschouw te worden genomen, namelijk artikel 32 ervan. Dit artikel betreft, luidens zijn opschrift, “aanvullende verplichte diensten”. Het laat - zeer in het algemeen - de lidstaten toe te besluiten op hun grondgebied aanvullende diensten algemeen beschikbaar te stellen, echter “buiten de in hoofdstuk II omschreven universeledienstverplichtingen”.

Er dient te worden vastgesteld dat de reikwijdte van het voornoemde artikel 32 zou worden uitgehold indien wordt aangenomen dat de doelstellingen om de consumenten te beschermen ertoe zouden kunnen leiden dat verplichtingen in het kader van de universele dienst tot alle operatoren in het algemeen worden uitgebreid.

Zoals hierboven werd aangehaald, wil de ontworpen bepaling *in casu* echter net de verplichting om een aanvullende dienst te verrichten zoals bedoeld in artikel 10, lid 2, van de universeledienstrichtlijn, uitbreiden tot alle operatoren.

De betrokken verplichting heeft weliswaar niet rechtstreeks te maken met de universele dienst *sensu stricto*, maar ze houdt op zijn minst verband met hoofdstuk II van de richtlijn, waarnaar wordt verwezen in artikel 32 ervan.

De bestaanbaarheid van de voorliggende bepaling met artikel 32 van de universeledienstrichtlijn lijkt dan ook twijfelachtig en artikel 70 van het voorontwerp noopt in dat opzicht dus tot een voorbehoud.

5.2. Artikel 32 van de universeledienstrichtlijn maakt de mogelijkheid die ze aan de lidstaten schenkt ondergeschikt aan een tweede voorwaarde, te weten dat “geen vergoedingsregeling voor specifieke ondernemingen [mag] worden opgelegd”.

Gelet op deze vereiste, lijkt het moeilijk om het ontworpen artikel 114, § 4 (art. 73 van het voorontwerp) zonder voorbehoud te aanvaarden in zoverre deze bepaling aan de betrokken operatoren de verplichting wil opleggen om bepaalde diensten “kosteloos” aan te bieden.

3. Omzettingstabellen en de volledige en correcte omzetting van de richtlijnen in kwestie

a) Omzettingstabellen

De afdeling Wetgeving heeft reeds herhaaldelijk aangeraden “omzettingstabellen” op te maken wanneer een voorontwerp van wet strekt tot de omzetting van een of meer Europese richtlijnen^{20 21}.

Met het oog op het controleren of een richtlijn correct en volledig wordt omgezet, wordt aldus aan de steller van het voorontwerp de raad gegeven een concordantietabel op te maken met de (onderdelen van de) artikelen van de richtlijn en van de daarmee overeenstemmende (onderdelen van de) artikelen van de ontworpen tekst die in de omzetting voorziet.

In deze tabel moet eveneens melding worden gemaakt van:

a) de (onderdelen van de) artikelen van de richtlijn die eventueel reeds zijn omgezet, alsmede de overeenstemmende teksten van intern recht en de (onderdelen van de) artikelen waarbij de richtlijn is omgezet;

b) de (onderdelen van de) artikelen van de richtlijn die nog moeten worden omgezet door een andere instantie.

²⁰ *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbevelingen 191 tot 194. Zie eveneens het jaarverslag 2008-2009, www.raadvst-consetat.be, tab “De instelling”, 47 e.v.

²¹ *In casu* houdt overweging 76 van de preambule van richtlijn 2009/136/EG voor de lidstaten een aansporing in om omzettingstabellen op te maken; in de preambule van richtlijn 2009/140/EG komt evenwel geen dergelijke overweging voor.

Om ieder artikel van de tekst die in de omzetting voorziet te kunnen lezen in het licht van de vereisten van de richtlijn die omgezet wordt, is het voorts raadzaam om eveneens een concordantietabel op te maken met de (onderdelen van de) artikelen van de tekst die in de omzetting voorziet en de (onderdelen van de) artikelen van de richtlijn²².

Bij het dossier dat aan de afdeling Wetgeving toegezonden is, zijn drie omzettingstabellen gevoegd.

Die tabellen, waarvan het de bedoeling is dat ze gedetailleerd, duidelijk en nauwkeurig zijn - en die dat overigens in wezen ook zijn -, bevatten evenwel niet alle gegevens die hiervoren opgesomd zijn.

Zo wordt daarin geen melding gemaakt van de onderdelen van de artikelen der richtlijnen die eventueel reeds zijn omgezet. Daarvan melding maken is evenwel belangrijk, aangezien sommige bepalingen die reeds voorkwamen in de oorspronkelijke richtlijnen en waarvoor reeds een omzettingsmaatregel getroffen is in vele gevallen, in voorkomend geval gedeeltelijk, overgenomen worden in de bepalingen van beide wijzigingsrichtlijnen. De omzettingstabellen zouden dienovereenkomstig aangevuld moeten worden.

Voorts bevatten die tabellen bepaalde onnauwkeurigheden en vergissingen.

In dat verband kunnen onder andere de volgende voorbeelden worden gegeven:

1° bij artikel 2 van het voorontwerp van wet wordt niet artikel 14, lid 1, van de machtigingsrichtlijn omgezet, maar lid 2 van datzelfde artikel;

2° bij artikel 13, 6° en 7°, van het voorontwerp van wet wordt niet artikel 2, e) en e)*bis*, van de toegangsrichtlijn²³ omgezet, maar artikel 2, e) en e)*bis*, van de kaderrichtlijn;

3° bij artikel 13, 24°, van het voorontwerp van wet wordt niet artikel “22, 1, § 2” van de universeledienstrichtlijn omgezet, maar artikel 2, j), van de kaderrichtlijn;

²² *Beginselen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbevelingen 191 tot 194. Zie eveneens het jaarverslag 2008-2009, www.raadvst-consetat.be, tab “De instelling”, blz. 47 e.v.

²³ 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)’.

4° bij artikel 13, 25°, van het voorontwerp van wet wordt niet artikel 2, h), van de richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie²⁴ omgezet, maar punt i) van datzelfde artikel;

5° bij artikel 22, 3°, van het voorontwerp van wet wordt niet artikel 5, lid 6, van de machtigingsrichtlijn omgezet, maar artikel 5, lid 2, vierde alinea, van diezelfde richtlijn;

6° bij artikel 32, 1°, van het voorontwerp van wet wordt noch artikel 5, lid 3, noch artikel 16, leden 2, 4 en 5, van de kaderrichtlijn omgezet, noch artikel 8, lid 1, van de toegangsrichtlijn, maar alleen artikel 16, leden 1, 2, 6 en 7, van de kaderrichtlijn;

7° bij artikel 32, 3°, van het voorontwerp van wet wordt artikel 16, lid 5, van de kaderrichtlijn niet omgezet.

De omzettingstabellen dienen aldus te worden herzien dat de onnauwkeurigheden en vergissingen die ze bevatten, rechtgezet worden.

Zoals de afdeling Wetgeving reeds benadrukt heeft²⁵, zijn deze tabellen immers zeer nuttig, niet alleen voor de wetgevende vergadering die dat ontwerp behandelt, maar ook voor degene voor wie die regelgeving bestemd is:

a) de wetgevende vergadering kan zich met kennis van zaken uitspreken omtrent de keuze van de middelen die de steller van het voorontwerp wenst aan te wenden om het door de richtlijn vereiste resultaat te verkrijgen;

b) deze tabellen kunnen ervoor zorgen dat de uitoefening van het amenderingsrecht de grenzen niet te buiten gaat van de beoordelingsbevoegdheid die het Europese recht aan de lidstaten toekent;

c) ze kunnen eveneens verhinderen dat de wetgevende vergadering naar aanleiding van de omzetting zou overwegen bepalingen toe te voegen die reeds bestaan in de interne rechtsorde of die tot de bevoegdheid van een andere overheid behoren;

d) degene voor wie de wetgevende regels bestemd is, kan aldus de oorsprong ervan nagaan.

²⁴ 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)’.

²⁵ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbeveling 193.

b) De volledige en correcte omzetting van de richtlijnen in kwestie

Zoals hiervoren uiteengezet is, worden sommige bepalingen die reeds voorkwamen in de oorspronkelijke richtlijnen en waarvoor reeds een omzettingsmaatregel getroffen is in vele gevallen, in voorkomend geval gedeeltelijk, overgenomen in de bepalingen van beide wijzigingsrichtlijnen die bij de ontworpen regeling omgezet worden.

Het is dan ook van het grootste belang dat in de omzettingstabellen melding wordt gemaakt van de onderdelen van de artikelen der richtlijnen die eventueel reeds zijn omgezet.

In casu wordt in de omzettingstabellen die aan de afdeling Wetgeving toegezonden zijn, geen melding gemaakt van de geldende bepalingen van intern recht die reeds zorgen voor de omzetting van de onderdelen van de bepalingen van de wijzigingsrichtlijnen die al in intern recht zijn omgezet.

In die omstandigheden en doordat de aangelegenheid zeer complex is en daarbij verschillende wetgevingen van intern recht betrokken zijn, is het niet mogelijk geweest de richtlijnen 2009/136/EG en 2009/140/EG systematisch te onderzoeken om na te gaan of van die richtlijnen werkelijk alle bepalingen effectief correct en volledig in intern federaal recht omgezet worden bij de ontworpen regeling, of in voorkomend geval bij reeds geldende wets- of verordeningsbepalingen.

Uit het onderzoek dat gevoerd is kunnen worden, blijkt evenwel dat sommige bepalingen van de richtlijnen in kwestie niet correct en volledig omgezet worden.

Om slechts een veelbetekenend voorbeeld te geven, kan op het volgende gewezen worden:

Artikel 17 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector zou, zoals dat artikel bij het voorontwerp gewijzigd wordt (artikel 6), als volgt luiden:

“Art. 17 § 1. De Raad is samengesteld uit vier leden, te weten een voorzitter en drie gewone leden. Twee van de leden behoren tot de Nederlandstalige taalrol en de twee andere leden tot de Franstalige. Bij staking van stemmen beslist de voorzitter.

§ 2. De Koning benoemt de voorzitter en de overige leden van de Raad bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad op voorstel van de minister.

Indien een lid dient te worden vervangen voor het einde van zijn mandaat, voltooit zijn vervanger het lopende mandaat.

De leden van de Raad worden benoemd in de hoedanigheid van lid voor een termijn van zes jaar die één keer hernieuwd kan worden en in de hoedanigheid van voorzitter voor een termijn van zes jaar die ook één keer hernieuwd kan worden.

Indien een persoon de functies van lid of voorzitter van de Raad heeft uitgeoefend gedurende meer dan drie jaar ²⁶ tijdens het mandaat van zijn voorganger, zal deze de functies van lid of voorzitter van de Raad niet meer dan één keer opnieuw mogen uitoefenen.

Behalve in geval van afzetting zoals bedoeld in § 5, blijven de leden van de Raad evenwel hun functie uitoefenen na het einde van hun mandaat zolang niet in hun vervanging voorzien is.

De bijzondere opdrachthouders die in artikel 82, § 3/1, van het koninklijk besluit van 11 januari 2007 tot vaststelling van het administratief statuut van het personeel van het Belgisch instituut voor Postdiensten en Telecommunicatie worden bedoeld, wonen de vergaderingen van de Raad bij met raadgevende stem. De Raad kan bovendien externe experts uitnodigen om met of zonder raadgevende stem de vergaderingen van de Raad bij te wonen. De bijzondere opdrachthouders en de externe experts zijn onderworpen aan dezelfde regels als degenen die overeenkomstig artikel 17, § 3, van toepassing zijn op de leden van de Raad. De experts moeten zich houden aan het beroepsgeheim tijdens en na het einde van hun opdracht. Zij mogen geen vertrouwelijke informatie waarvan ze kennis hebben in het kader van de uitoefening van hun opdracht medelen aan derden, behalve in de wettelijk vastgelegde uitzonderingen. Niet-naleving van die verplichting leidt tot de onmiddellijke stopzetting van de opdracht.

§ 3. De leden van de Raad worden benoemd op grond van hun bekwaamheid, hun integriteit en hun onafhankelijkheid. Die voorwaarden dienen vervuld te blijven tijdens de hele duur van het mandaat.

De leden van de Raad mogen geen enkel belang hebben in de ondernemingen die actief zijn op de markt van de telecommunicatie en/of de postdiensten, noch direct of indirect, gratis of bezoldigd, voor deze ondernemingen enige functie uitoefenen of enige dienst verrichten. Die voorwaarde dient vervuld te blijven tijdens de hele duur van het mandaat en gedurende één jaar na het einde van dat mandaat.

§ 4. De leden van de Raad zijn voltijds tewerkgesteld. De Koning, bij een in Ministerraad overlegd besluit, bepaalt het statuut en de bezoldiging van de Voorzitter en van de overige leden van de Raad, alsook hun plichten.

§ 5. De leden van de Raad kunnen bij een in Ministerraad overlegd besluit, op voorstel van de minister, worden afgezet.

De Koning, bij een in Ministerraad overlegd besluit, stelt de omstandigheden vast waarin een afzetting voorgesteld kan worden.”

De wijzigingen die aldus in die bepaling zouden worden aangebracht, zijn niet voldoende om te zorgen voor de perfecte omzetting van artikel 3, lid 3*bis*, van de kaderrichtlijn, in het bijzonder voor zover die bepaling voor de lidstaten de verplichting

²⁶ Vier jaar in de Franstalige versie van het voorontwerp van wet.

inhoudt om ervoor te zorgen dat de leden van de regelgevende instantie “alleen kunnen worden ontslagen indien zij niet meer aan de tevoren in de nationale wetgeving vastgestelde eisen voor de uitoefening van dat ambt voldoen”, dat “het besluit om het hoofd, of, in voorkomend geval, de leden van het collegiale orgaan dat die functie vervult, van de betrokken nationale regelgevende instantie te ontslaan openbaar (...) gemaakt (wordt) op het moment van ontslag” en dat “het ontslagen hoofd of, in voorkomend geval, de ontslagen leden van het collegiale orgaan dat die functie vervult, van de nationale regelgevende instantie (...) een motivering (ontvangen) en (...) het recht (hebben) de openbaarmaking daarvan te verlangen, indien zulks anders niet zou geschieden [...]”.

Voor andere voorbeelden van moeilijkheden die verband houden met de onvolledige omzetting van de richtlijnen 2009/136/EG en 2009/140/EG, wordt verwezen naar de bijzondere opmerkingen die hierna volgen.

Bijzondere opmerkingen

Dispositief

Artikel 1

In artikel 1 van het voorontwerp van wet wordt vermeld dat het ontwerp strekt tot omzetting van de richtlijnen 2009/136/EG en 2009/140/EG.

Het voorontwerp dient eveneens een bepaling te bevatten waarbij in de onderscheiden wetten die bij de ontworpen wet gewijzigd worden een nieuw artikel 1 wordt ingevoegd waarin aangegeven wordt dat ze voorzien in de gedeeltelijke omzetting van de richtlijnen 2009/136/EG en 2009/140/EG²⁷, zonder dat de datum behoeft te worden vermeld waarop die richtlijnen bekendgemaakt zijn.

Artikel 2

1. Er behoort te worden aangegeven wat “de relevante nationale bepalingen inzake compensatie voor de intrekking van rechten” zijn.

2. Voorts strekt de ontworpen bepaling ertoe aan de wegbeheerders nieuwe verplichtingen op te leggen. Zoals de afdeling Wetgeving van de Raad van State reeds in

²⁷ *Ibid.*, formule F 4-1-2-3.

verscheidene adviezen heeft opgemerkt²⁸, kunnen noch de federale overheid, in het kader van haar bevoegdheid inzake elektronische-communicatienetwerken, noch de gewesten, die krachtens artikel 6, § 1, X, eerste lid, 2bis, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ bevoegd zijn voor het juridisch stelsel van de wegen, eigenhandig wijzigingen aanbrengen in de regeling van de vergunningen om een openbaar perceel te bezetten die aan netwerkondernemingen afgegeven worden, zonder de andere in zijn bevoegdheid ernstig te dwarsbomen. Daarentegen kan met een akkoord voor samenwerking op de verschillende niveaus van gezagsuitoefening een zodanige verstrengeling van bevoegdheden vermeden worden.

Artikel 3

1. Uit de omzettingstabellen die aan de afdeling Wetgeving toegezonden zijn, blijkt dat artikel 3, 2°, van het voorontwerp van wet er inzonderheid toe strekt te zorgen voor de omzetting van het nieuwe artikel 3, lid 3ter, van de kaderrichtlijn, zoals die bepaling toegevoegd is bij richtlijn 2009/140/EG.

Dat nieuwe lid 3ter luidt als volgt:

“De lidstaten moeten ervoor zorgen dat de doelstellingen van BEREC voor wat het bevorderen van de coördinatie van de regelgeving en van de coherentie betreft, actief worden ondersteund door de respectieve nationale regelgevende instanties.”

Met het oog op de omzetting van die bepaling strekt het voorliggende artikel 3, 2°, b), ertoe artikel 14, § 2, 3°, a), van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector (hierna de wet van 17 januari 2003 genoemd) aldus te wijzigen dat het Instituut ertoe gehouden zou zijn “samen te werken met” en “informatie te verstrekken aan” BEREC (alsook aan ENISA).

Aangezien het niet zeker is of de uitdrukkingen “samenwerken met” en “actief ondersteunen” synoniemen zijn, is het beter met de bewoordingen van de kaderrichtlijn te werken.

De voorliggende bepaling behoort dienovereenkomstig herzien en aangevuld te worden.

²⁸ Zie advies 41.466/4, gegeven op 16 april 2007 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de ordonnantie van 3 juli 2008 ‘betreffende de bouwplaatsen op de openbare weg’, waarbij artikel 98 van de wet van 21 maart 1991 gedeeltelijk is opgeheven (*Parl.St.* Br.Parl. 2007-08, nr. A-445/2, 113-114) en de overige adviezen waarnaar in dat advies wordt verwezen.

2. Voorts wordt de steller van het voorontwerp er opmerkzaam op gemaakt dat de raadpleging waarin die bepaling voorziet facultatief is voor het Instituut terwijl artikel 33, lid 1, van de universeledienstrichtlijn, dat bij de ontworpen bepaling wordt omgezet, daarvan een verplichting maakt.

De tekst dient aldus te worden herzien dat met deze opmerking rekening wordt gehouden.

Artikel 6

Zoals het ontworpen derde lid gesteld is, kan uit die bepaling niet worden opgemaakt of de persoon die twee keer een mandaat van lid van de Raad heeft uitgeoefend onmiddellijk daarop nog een mandaat van voorzitter zal kunnen uitoefenen en *vice versa*.

Artikel 7

Uit de omzettingstabellen die aan de afdeling Wetgeving zijn toegezonden en uit de commentaar bij artikel 7 blijkt dat dit artikel ertoe strekt artikel 10, lid 6, van de machtigingsrichtlijn om te zetten door verscheidene wijzigingen aan te brengen in artikel 20 van de wet van 17 januari 2003.

Artikel 10, lid 6, van de machtigingsrichtlijn, zoals gewijzigd bij richtlijn 2009/140/EG, luidt als volgt:

“Ongeacht het bepaalde in de leden 2, 3 en 5 kan de betrokken instantie, wanneer zij over bewijzen beschikt dat een inbreuk op de voorwaarden voor de algemene machtiging of de gebruiksrechten of op de specifieke verplichtingen van artikel 6, lid 2, een directe en ernstige bedreiging vormt voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid, of ernstige economische of bedrijfstechnische problemen voor andere aanbieders of gebruikers van elektronische-communicatienetwerken of -diensten tot gevolg zal hebben, in afwachting van een definitief besluit tussentijdse spoedmaatregelen nemen om een eind te maken aan de situatie. De betrokken onderneming krijgt vervolgens een redelijke gelegenheid om haar standpunt kenbaar te maken en oplossingen voor te stellen. In voorkomend geval kan de instantie in kwestie de voorlopige maatregelen bevestigen die geldig zijn voor maximaal drie maanden”²⁹.

²⁹ In de Franse tekst van artikel 10, lid 6, van de machtigingsrichtlijn staat ook te lezen “dont la validité est de trois mois au maximum mais qui peuvent être prorogés pour une nouvelle durée de trois mois au maximum si la mise en œuvre des procédures l’exécution n’est pas terminée”. Een vluchtige vergelijking van enkele taalversies van de richtlijn laat vermoeden dat de Nederlandse versie geen correcte vertaling is.

De wijzigingen die bij artikel 7 van het voorontwerp in artikel 20 van de wet van 17 januari 2003 worden aangebracht, zorgen niet voor de correcte en volledige omzetting van dat lid 6.

Anders dan in de Europese bepaling wordt voorgeschreven, wordt bij de wijzigingen die artikel 7 van het voorontwerp aanbrengt:

1° geen beperking ingesteld op de mogelijkheid om dringende maatregelen te treffen in geval van “een inbreuk op de voorwaarden voor de algemene machtiging of de gebruiksrechten of op de specifieke verplichtingen van artikel 6, lid 2, die een directe en ernstige bedreiging vormt voor de openbare orde, de openbare veiligheid of de volksgezondheid, of die ernstige economische of bedrijfstechnische problemen voor andere aanbieders of gebruikers van elektronische-communicatienetwerken of -diensten tot gevolg zal hebben”;

2° “[aan de betrokken onderneming] vervolgens geen redelijke gelegenheid (geboden) om haar standpunt kenbaar te maken en oplossingen voor te stellen”;

3° niet bepaald dat de dringende voorlopige maatregelen die in eerste instantie genomen zijn, verlengd kunnen worden als de uitvoeringsprocedures niet volledig doorlopen zijn.

Artikel 7 van het voorontwerp dient herzien en aangevuld te worden met het oog op de correcte en volledige omzetting van artikel 10, lid 6, van de machtigingsrichtlijn.

Artikel 8

1. Het ontworpen artikel 21, § 7, luidt als volgt:

“§ 7. Indien de overtreding ernstig is of herhaaldelijk is voorgekomen kan de Raad bovendien:

1° de toegekende gebruiksrechten, waarvan de voorwaarden niet nageleefd werden, opschorten of intrekken of

2° de volledige of gedeeltelijke stopzetting bevelen van de exploitatie van het netwerk of van de levering van de betrokken dienst, alsook van de verkoop of het gebruik van alle betreffende diensten of producten.

De maatregelen bedoeld in het eerste lid kunnen in het geval van een overtreding van verplichtingen inzake elektronische communicatie enkel genomen worden, wanneer het een overtreding betreft van een verplichting opgelegd door of krachtens de wetgeving die een omzetting is van de bepalingen vermeld in artikel 10.5 van Richtlijn 2002/20/EG.”

Deze bepaling geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen.

1.1. Uit het ontworpen artikel 21, § 7, blijkt onvoldoende duidelijk dat, wat de elektronische communicatie betreft, de maatregelen die op basis van die bepaling genomen kunnen worden alleen getroffen mogen worden als de maatregelen die overeenkomstig de ontworpen paragraaf 5 genomen zijn niet hebben geleid tot de stopzetting van de overtreding, zoals voorgeschreven in artikel 10, lid 5, van de machtigingsrichtlijn.

In dit verband kan het woord “bovendien” op verschillende manieren geïnterpreteerd worden.

De inleidende zin van de ontworpen paragraaf 7 zou vervangen moeten worden door de volgende inleidende zin:

“§ 7. Indien de overeenkomstig paragraaf 5 genomen maatregelen niet hebben geleid tot de stopzetting van de overtreding en indien de overtreding ernstig is of zich herhaaldelijk heeft voorgedaan, kan de Raad bovendien:”.

1.2. In het tweede lid van de voorliggende bepaling wordt voorgeschreven dat de maatregelen bedoeld in het eerste lid ervan “in het geval van een overtreding van verplichtingen inzake elektronische communicatie enkel genomen (kunnen) worden wanneer het een overtreding betreft van een verplichting opgelegd door of krachtens de wetgeving die een omzetting is van de bepalingen vermeld in artikel 10.5 van Richtlijn 2002/20/EG”.

In dit verband dient eraan te worden herinnerd dat in een bepaling van intern recht in beginsel niet rechtstreeks mag worden verwezen naar een bepaling van een richtlijn waarvoor omzettingsmaatregelen genomen zijn of genomen moeten worden. In de bepaling van intern recht dient immers te worden verwezen naar de bepalingen van intern recht waarbij die omzetting tot stand wordt gebracht.

Het tweede lid behoort dienovereenkomstig herzien en gewijzigd te worden.

2. Artikel 21, § 8, zorgt niet voor de correcte en volledige omzetting van artikel 10, lid 3, *in fine*, van de machtigingsrichtlijn.

In die bepaling van Europees recht wordt immers bepaald dat de beslissingen “onverwijld meegedeeld” moeten worden aan de betrokken onderneming en dat “een redelijke termijn (moet worden opgegeven) binnen welke de onderneming aan de maatregel moet voldoen”, twee vereisten die niet vervat zijn in het ontworpen artikel 21, § 8.

Artikel 21, § 8, behoort dienovereenkomstig te worden herzien.

Artikel 13

In de Franse tekst van 13° van de voorliggende bepaling dienen, in het ontworpen artikel 2, 24°, van de wet van 13 juni 2005, overeenkomstig het bepaalde in definitie a) van bijlage II bij de toegangsrichtlijn, de woorden “dans les locaux de l’abonné” te worden ingevoegd tussen de woorden “le point de terminaison du réseau” en de woorden “à un point de concentration”.

Artikel 14

1. Het ontworpen artikel 4/1, § 1, van de wet van 13 juni 2005 luidt als volgt:

“De operatoren verlenen voorrang voor toegang tot hun netwerken en diensten aan:

1° de nooddiensten die ter plaatse hulp bieden;

2° de prioritaire diensten die na advies van het Instituut door de Koning worden bepaald.”

Volgens de omzettingstabellen die aan de afdeling Wetgeving toegezonden zijn, vormt deze bepaling geen omzetting van een bepaling van Europees recht.

Wat betreft de voorrang voor toegang verleend aan de nooddiensten die ter plaatse hulp bieden, kan ervan uitgegaan worden dat daarbij artikel 23, tweede zin, van de universeledienstrichtlijn wordt omgezet. Die zin luidt als volgt:

“De lidstaten zorgen ervoor dat ondernemingen die openbare telefoondiensten aanbieden alle nodige maatregelen nemen om een ononderbroken toegang tot de noodhulpdiensten te waarborgen.”

Wat betreft de “prioritaire diensten die na advies van het Instituut door de Koning worden bepaald” kunnen zich twee mogelijkheden voordoen.

Ofwel gaat het om andere nooddiensten dan die welke ter plaatse hulp bieden, in welk geval voorrang voor toegang kan worden verleend op grond van artikel 23 van de universeledienstrichtlijn.

Ofwel gaat het om diensten die geen nooddiensten zijn, in welk geval rekening moet worden gehouden met artikel 3, lid 1, van de machtigingsrichtlijn, welke bepaling als volgt luidt:

“De lidstaten waarborgen de vrijheid om, mits aan de door deze richtlijn vastgestelde voorwaarden voldaan is, elektronische-communicatienetwerken en -diensten aan te bieden. Te dien einde mogen de lidstaten een onderneming niet beletten elektronische-communicatienetwerken en -diensten aan te bieden, tenzij dat noodzakelijk is omwille van de in artikel 46, lid 1, van het Verdrag bedoelde redenen.”

De Europese wetgeving staat er dus niet aan in de weg dat andere rechtsregels dan die waarin ze voorziet, worden uitgevaardigd als die rechtsregels uit hoofde van de openbare orde, de openbare veiligheid en de volksgezondheid gerechtvaardigd zijn³⁰.

De wetgever zou de operatoren aldus kunnen verplichten voorrang voor toegang te verlenen aan “prioritaire diensten” als die verplichting gerechtvaardigd kan worden op basis van redenen van openbare orde, openbare veiligheid of volksgezondheid.

4. De wetgever dient bijgevolg te kiezen voor een van beide hierboven omschreven mogelijkheden, door zelf te bepalen welke prioritaire diensten voorrang voor toegang kunnen genieten of, op zijn minst, door de machtiging die aan de Koning wordt verleend aldus te omlijnen dat nagegaan kan worden wat onder het begrip “prioritaire diensten” valt.

Artikel 20

Artikel 20 van het voorontwerp van wet beoogt de invoeging van een nieuwe paragraaf 7 in artikel 11 van de wet van 13 juni 2005, teneinde artikel 30 van de universeledienstrichtlijn om te zetten, meer in het bijzonder het tweede tot het vierde lid van die bepaling.

Teneinde de correcte en volledige omzetting van het voornoemde artikel 30 beter te garanderen, waarbij tevens ervoor gezorgd wordt dat de machtigingen die artikel 20 van het voorontwerp aan de Koning beoogt te verlenen niet buitensporig zijn, verdient het aanbeveling om in de ontworpen paragraaf 7, inzonderheid in punt 3° ervan, de criteria en beperkingen op te nemen die door het tweede en het derde lid van artikel 30 van de universeledienstrichtlijn opgelegd worden aan de nationale regelgevende instanties.

³⁰ Zie advies 37.295/4, gegeven op 28 juni 2004 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’ (*Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 1425-1426/1, 222).

Zo ook behoren in punt 1° van het tweede lid van de ontworpen paragraaf 7, de criteria opgenomen te worden die opgesomd worden in het voornoemde artikel 30, lid 4, tweede alinea, namelijk “de nationale bepalingen inzake contracten”, de “technische haalbaarheid” en “de gewaarborgde continuïteit van de dienst voor de abonnee”.

Artikel 22

1. De in artikel 22, 1°, a), van het voorontwerp van wet beoogde wijziging van artikel 18 van de wet van 13 juni 2005 sluit aan bij het bepaalde in de bijlage, deel B, 1, bij de machtigingsrichtlijn, zoals deze gewijzigd is door richtlijn 2009/140/EG.

Overeenkomstig deze nieuwe bepaling van Europees recht behoren in de ontworpen tekst eveneens de woorden “, het netwerk” te worden geschrapt die vermeld staan in het huidige artikel 18, § 1, 1°, van de wet van 13 juni 2005.

In tegenstelling tot het oorspronkelijke punt 1 van deel B van de bijlage bij de richtlijn, wordt immers in het nieuwe punt 1, zoals vervangen bij richtlijn 2009/140/EG, alleen nog melding gemaakt van de aanbieding van een dienst en van de gebruikte technologie, en is daarin geen sprake meer van de verplichting om gebruik te maken van een netwerk.

De ontworpen tekst behoort dienovereenkomstig te worden aangepast.

2. In het ontworpen artikel 18, § 1/1, tweede lid, behoort het woord “draadloze” ingevoegd te worden tussen het woord “gebruikte” en het woord “technologie”, overeenkomstig artikel 9, lid 3, tweede alinea, van de kaderrichtlijn.

3. Aangezien het ontworpen artikel 18, §§ 1/1 en 1/2, de Koning machtigen om “beperkingen” op te leggen, zou het logischerwijze ook de Koning moeten toekomen om de noodzaak van die “beperkingen” te heronderzoeken, in voorkomend geval op advies van het Instituut.

Het ontworpen artikel 18, § 1/3, dient in die zin te worden herzien.

4. Het ontworpen artikel 18, § 1/2, vierde lid, beoogt de omzetting van artikel 9, lid 4, derde alinea, van de kaderrichtlijn, dat luidt als volgt:

“Een maatregel die het verlenen van iedere andere elektronischecommunicatiedienst in een specifieke band verbiedt, mag alleen worden opgelegd wanneer zij gerechtvaardigd is op grond van de noodzaak de veiligheid van het menselijk leven te beschermen. De lidstaten mogen een dergelijke maatregel in uitzonderingsgevallen ook uitvaardigen voor de verwezenlijking van andere doelstellingen van algemeen belang zoals door de lidstaten in overeenstemming met de communautaire wetgeving gedefinieerd”.

In het licht van deze bepaling van Europees recht dienen in het ontworpen artikel 18, § 1/2 vierde lid, tussen de woorden “het menselijk leven te beschermen of” en de woorden “voor de verwezenlijking van andere doelstellingen van algemeen belang” de woorden “, in uitzonderingsgevallen,” te worden ingevoegd.

Overigens behoort eveneens gepreciseerd te worden welke die “andere doelstellingen van algemeen belang” zijn.

5. Overeenkomstig artikel 9bis, lid 1, eerste alinea, van de kaderrichtlijn behoren in artikel 18, §1/4, eerste lid, de woorden “vóór de datum van inwerkingtreding van de paragrafen 1/1 en 1/2” vervangen te worden door de woorden “vóór 25 mei 2011”.

Zo ook is het aangewezen om overeenkomstig artikel 9bis, lid 1, derde alinea, van de kaderrichtlijn in artikel 18, § 1/4, tweede lid, derde zin, de woorden “uiterlijk tot de datum zoals bedoeld in het eerste lid” te vervangen door de woorden “tot het verstrijken ervan en uiterlijk tot het eind van de periode van vijf jaar”.

Artikel 24

Het staat aan de wetgever om duidelijker aan te geven welke sancties door het Instituut toegepast kunnen worden, in voorkomend geval, door te verwijzen naar andere wetsbepalingen.

Artikel 26

Er wordt *mutatis mutandis* verwezen naar opmerking 1 die geformuleerd is met betrekking tot artikel 2 van het voorontwerp van wet.

Artikelen 27 tot 29

1. Uit de artikelsgewijze bespreking blijkt dat de artikelen 27 en 28 van het voorontwerp van wet de wijziging beogen van de opschriften van hoofdstuk III van titel II van de wet van 13 juni 2005 en van afdeling 2 van dat hoofdstuk, teneinde deze te laten overeenstemmen met het nieuwe opschrift van artikel 12 van de kaderrichtlijn. Overigens is uit de aan de afdeling Wetgeving overgezonden omzettingstabellen gebleken dat artikel 29 de omzetting beoogt van artikel 12, lid 1 en lid 2, van de kaderrichtlijn.

Deze bepaling is gesteld als volgt:

“Artikel 12

Collocatie en gedeeld gebruik van netwerkelementen en bijbehorende faciliteiten voor aanbieders van elektronische communicatienetwerken

1. Wanneer een onderneming die elektronische communicatienetwerken aanbiedt, krachtens de nationale wetgeving het recht heeft om faciliteiten te installeren op, over of onder openbaar of particulier eigendom, dan wel een procedure kan volgen voor de onteigening of het gebruik van eigendom, moeten de nationale regelgevingsinstanties met volledige inachtneming van het evenredigheidsbeginsel het gedeeld gebruik van faciliteiten of eigendom, met inbegrip van gebouwen, toegangen tot gebouwen, bekabeling van gebouwen, masten, antennes, torens en andere ondersteuningsgebouwen, kabelgoten, leidingen, mangaten, straatkasten, verplicht kunnen stellen.

2. De lidstaten kunnen houders van de in lid 1 bedoelde rechten het gedeeld gebruik van faciliteiten of eigendom (met inbegrip van fysieke collocatie) voorschrijven of maatregelen treffen om de coördinatie van publieke werken te vergemakkelijken ten einde het milieu, de volksgezondheid en de openbare veiligheid te beschermen of om stedenbouwkundige of planologische redenen, doch zulks pas na een passende periode van openbare raadpleging waarin alle belanghebbende partijen in staat zijn gesteld hun standpunt naar voren te brengen. Dergelijke regelingen inzake gedeeld gebruik of coördinatie kunnen een omslagregeling bevatten voor de kosten van het gedeeld gebruik van faciliteiten of eigendom.

3. De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale autoriteiten ook de bevoegdheid hebben om na een passende periode van openbare raadpleging waarin alle belanghebbende partijen in staat zijn gesteld hun standpunt naar voren te brengen, verplichtingen op te leggen voor het gedeeld gebruik van bekabeling in gebouwen of tot aan het eerste punt van samenkomst of distributie indien dit zich buiten het gebouw bevindt, aan de houders van de in lid 1 bedoelde rechten en/of aan de eigenaar van de bekabeling, indien dit wordt gerechtvaardigd omwille van het feit dat duplicatie van dergelijke infrastructuur economisch inefficiënt of fysiek onuitvoerbaar zou zijn. Dergelijke regelingen inzake gedeeld gebruik of coördinatie kunnen een omslagregeling voor de kosten van het gedeeld gebruik van faciliteiten of eigendom bevatten, waar nodig aangepast aan de risico's.

4. De lidstaten zorgen ervoor dat de bevoegde nationale autoriteiten van ondernemingen, indien daartoe verzocht door de bevoegde autoriteiten, kunnen

verlangen de nodige informatie verstrekken, zodat deze autoriteiten, samen met de nationale regelgevende instanties, een gedetailleerd overzicht kunnen opstellen van de aard, de beschikbaarheid en de geografische locatie van de in lid 1 bedoelde faciliteiten en dit aan de belanghebbende partijen ter beschikking kunnen stellen.

5. Maatregelen die door een nationale regelgevende instantie zijn genomen in overeenstemming met dit artikel moeten objectief, transparant, niet-discriminerend en evenredig zijn. In voorkomend geval worden deze maatregelen in overleg met plaatselijke instanties uitgevoerd”.

2. Op grond van de huidige structuur van hoofdstuk III van titel II van de wet van 13 juni 2005, waarin enerzijds het gedeeld gebruik van antennesites wordt geregeld en anderzijds het gedeeld gebruik van andere sites, is het niet eenvoudig na te gaan of artikel 12 van de kaderrichtlijn op correcte wijze wordt omgezet met de loutere wijziging van artikel 28.

Op de vraag waarom de structuur van dat hoofdstuk III niet is aangepast, teneinde deze beter te laten overeenstemmen met die van artikel 12 van de kaderrichtlijn hebben de gemachtigden van de minister het volgende verklaard:

« La structure existant dans la loi de 2005 n’a pas été adaptée parce que les questions de colocalisation et de partages de ressources sont déjà réglées à trois endroits différents dans la législation en vigueur :

- aux articles 97 à 105 de la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques ;
- aux articles 25 à 28 de la loi du 2005 ;
- à l’article 61 de la loi de 2005 ».

Met uitzondering van de artikelen 25 tot 28 van de wet van 13 juni 2005, voorzien de overige aangehaalde bepalingen niet in de omzetting van artikel 12 van de kaderrichtlijn, zodat het niet duidelijk is waarin de moeilijkheid ligt om de structuur van dat hoofdstuk III te herzien, opdat deze overeenstemt met artikel 12 van de voornoemde richtlijn.

3. Hoofdstuk III, zoals dit gewijzigd is door de artikelen 27 tot 29 van het voorontwerp van wet, doet hoe dan ook de volgende problemen rijzen.

3.1. Op grond van artikel 12, lid 1, van de kaderrichtlijn kunnen de nationale regelgevende instanties aan een onderneming die elektronische-communicatienetwerken aanbiedt het gedeeld gebruik van faciliteiten of eigendom opleggen, met dien verstande dat deze in dat geval gehouden zijn tot de “volledige inachtneming van het evenredigheidsbeginsel”. Het kan derhalve alleen maar gaan om verplichtingen die geval per geval worden opgelegd, en niet om een algemene verplichting die door de wetgever of zelfs

door de uitvoerende macht opgelegd wordt aan alle netwerkexploitanten. Deze werkwijze blijkt niet uit de huidige bepalingen, noch uit de ontworpen bepalingen van hoofdstuk III.

3.2. Op grond van artikel 12, lid 2, van dezelfde richtlijn beschikken de lidstaten over de mogelijkheid om bepaalde verplichtingen op te leggen “ten einde het milieu, de volksgezondheid en de openbare veiligheid te beschermen of om stedenbouwkundige of planologische redenen”, na een passende periode van openbare raadpleging. In tegenstelling tot hetgeen bepaald wordt in de omzettingstabellen die aan de afdeling Wetgeving zijn bezorgd, lijkt artikel 29 van het voorontwerp van wet het voornoemde artikel 12, lid 2, niet om te zetten. Het huidige artikel 25 van de wet van 13 juni 2005 zorgt op zijn beurt niet voor een correcte omzetting van het voornoemde artikel 12, lid 2, wat betreft de verplichting tot openbare raadpleging, aangezien die verplichting tot openbare raadpleging gezien moet worden als zijnde van toepassing geval per geval³¹.

3.3. Artikel 29 van het voorontwerp van wet lijkt artikel 12, lid 3, van de kaderrichtlijn om te zetten, aangezien dat artikel de Koning machtigt om de regels te bepalen die gelden voor het gedeeld gebruik van de “bekabeling in gebouwen of tot aan het eerste punt van samenkomst of distributie indien dit zich buiten het gebouw bevindt”. In de ontworpen tekst behoren evenwel ook de omstandigheden te worden gepreciseerd waarbij zulk een gedeeld gebruik kan worden opgelegd, namelijk wanneer de duplicatie van dergelijke infrastructuur economisch inefficiënt of fysiek onuitvoerbaar zou zijn, alsook de verplichting van een voorafgaande raadpleging.

3.4. Op de vraag of artikel 12, lid 3, reeds elders omgezet is, hebben de gemachtigden van de minister het volgende verklaard:

“La transposition de cette disposition se trouve dans une disposition qui a été complétée (article 61 LCE modifié par l’art. 36 du projet de loi) ”.

De aandacht wordt gevestigd op het feit dat artikel 61 van de wet van 13 juni 2005 uitsluitend betrekking heeft op de verplichtingen die opgelegd kunnen worden aan operatoren met een sterke machtspositie op de markt en dat die bepaling een omzetting is van artikel 12 van de toegangsrichtlijn.

3.5. Wat betreft artikel 12, leden 4 en 5, van de kaderrichtlijn, dient de steller van het voorontwerp van wet aan te geven welke de ontworpen bepalingen zijn die voor de omzetting ervan zorgen en, indien zulke bepalingen ontbreken, daarin te voorzien.

³¹ Zie het voornoemde advies 37.295/4, 227.

4. Gelet op wat voorafgaat, wordt de steller van het voorontwerp verzocht hoofdstuk III van titel II van de voornoemde wet te herzien in het licht van die opmerkingen.

Artikel 30

1. De wijziging die artikel 30, 1°, a), beoogt aan te brengen in paragraaf 1 van artikel 51 van de wet van 13 juni 2005 heeft geen zin, tenzij in de ontworpen tekst eveneens wordt bepaald dat de woorden “Indien tijdens onderhandelingen met betrekking tot toegang er geen overeenstemming kan worden bereikt tussen de partijen” in artikel 51, § 1, worden geschrapt.

Hoewel de voorliggende bepaling die schrapping niet voorschrijft, lijkt uit de lezing van de memorie van toelichting evenwel afgeleid te kunnen worden dat dit wel de bedoeling was van de steller van het voorontwerp.

De ontworpen tekst behoort dienovereenkomstig te worden herzien.

2. Artikel 30, 3°, van het voorontwerp van wet beoogt onder meer de invoeging van een paragraaf 3 in artikel 51 van de wet van 13 juni 2005, die gesteld is als volgt:

“§ 3. Het Instituut kan steeds en op eigen initiatief aan operatoren verplichtingen opleggen om nummers van het nationale nummerplan en de eventueel op die nummers aangeboden diensten toegankelijk te maken voor eindgebruikers”.

Uit de omzettingstabellen die aan de afdeling Wetgeving zijn bezorgd, blijkt dat die bepaling strekt tot de omzetting van de bijlage, deel A, 4, bij de machtigingsrichtlijn, die het mogelijk maakt om aan de “algemene machtiging” voorwaarden te koppelen die moeten zorgen voor de “toegankelijkheid voor eindgebruikers van nummers van het nationale nummerplan, nummers van de Europese telefoonnummerruimte, de internationale universele gratis nummers en, waar zulks technisch en economisch haalbaar is, nummers van de nummerplannen van andere lidstaten, en de voorwaarden overeenkomstig Richtlijn 2002/22/EG (universeledienstrichtlijn)”.

De ontworpen paragraaf 3 lijkt verder te gaan dan hetgeen bepaald wordt in de richtlijn, daar in deze paragraaf niet alleen de toegankelijkheid van de nummers van het nationale nummerplan geregeld wordt, maar ook die van de “eventueel op die nummers aangeboden diensten”.

Op de vraag of deze bepaling verenigbaar is met het Europees regelgevend kader, hebben de gemachtigden van de minister het volgende verklaard:

“Dit staat er inderdaad niet letterlijk in, viseerde premium rate nummers en andere nummers (078-nummers), waarmee diensten (call centers, voting, enz...) worden verstrekt (in tegenstelling tot gewone nummers die gesprekken ondersteunen), maar weglating lijkt niet erg: een nummer blijft een nummer.”

Gelet op de verstrekte uitleg, lijkt er met de voorliggende bepaling geen probleem te zijn.

Artikel 32

1. Artikel 32, 1°, van het voorontwerp van wet zorgt onder meer voor de omzetting van artikel 16, lid 1, van de kaderrichtlijn, volgens hetwelk “de nationale regelgevende instanties een analyse uit(voeren) van de relevante in de aanbeveling vermelde markten, en houden daarbij rekening met de in de aanbeveling genoemde markten, met maximale inachtneming van de richtsnoeren”. De aanbeveling waarnaar verwezen wordt, is de aanbeveling van de Commissie inzake relevante markten voor producten en diensten, bedoeld in artikel 15 van dezelfde richtlijn.

Op de vraag waarom in de ontworpen bepaling niet wordt gepreciseerd dat de analyse van de relevante markten uitgevoerd wordt rekening houdend met de markten die opgesomd worden in de aanbeveling van de Commissie, hebben de gemachtigden van de minister de volgende uitleg gegeven:

“(…) l’avant-projet de loi de transposition contient une disposition générale concernant la prise en compte des recommandations de la Commission (et donc de la recommandation sur les marchés pertinents dont il est question pour les analyses de marchés). Cette disposition prévoit par ailleurs que le régulateur est tenu de justifier auprès de la Commission européenne le non-respect éventuel de ces recommandations. Il s’agit de l’article 8/1, § 2, LCE (...).

Les analyses de marchés sont donc réalisées sur base et tenant le plus grand compte de la recommandation (sur base de laquelle les marchés sont d’ailleurs déterminés par l’Institut en application de l’article 54 LCE)”.

In het ontworpen artikel 8/1, § 2, (artikel 18 van het voorontwerp van wet) wordt bepaald dat het Instituut zoveel mogelijk rekening moet houden met de aanbevelingen die de Europese Commissie formuleert “overeenkomstig artikel 19 van Richtlijn 2002/21/EG”. Nu is het evenwel zo dat in artikel 19 van de kaderrichtlijn geen melding wordt gemaakt van de aanbevelingen inzake de relevante markten voor producten en diensten, maar wel van de aanbevelingen inzake de geharmoniseerde toepassing van de

bepalingen van de kaderrichtlijn en de bijzondere richtlijnen wanneer de Commissie vaststelt dat verschillen bij de tenuitvoerlegging door de nationale regelgevende instanties van de taken obstakels kunnen opwerpen voor de interne markt.

In het ontworpen artikel 8/1, § 2, wordt het Instituut dus niet verplicht om rekening te houden met de markten die opgesomd worden in de aanbeveling inzake de relevante markten voor producten en diensten. Er dient tevens opgemerkt te worden dat in artikel 54 van de wet van 13 juni 2005 evenmin uitdrukkelijk bepaald wordt dat het Instituut de relevante markten dient te bepalen rekening houdend met de aanbeveling.

Artikel 32, 1°, van het voorontwerp van wet behoort derhalve in die zin te worden aangevuld.

2. De Nederlandse tekst van het ontworpen artikel 55, § 1, tweede lid, a), tweede zin, van de wet van 13 juni 2005, dient, naar analogie van artikel 16, lid 6, van de kaderrichtlijn herschreven te worden als volgt:

“De termijn kan in uitzonderlijke gevallen echter met maximaal nog eens drie jaar worden verlengd wanneer het Instituut daartoe bij de Europese Commissie een gemotiveerd verzoek heeft ingediend en de Commissie binnen één maand volgend op die indiening geen bezwaar heeft gemaakt tegen de verlenging”.

3. In de Franse tekst van het ontworpen artikel 55, § 1, tweede lid, b), behoort het woord “approbation” vervangen te worden door het woord “adoption”. In datzelfde punt, dienen de woorden “betreffende dewelke de Europese Commissie, BEREC en de nationale regelgevende instanties nog niet zijn geraadpleegd” vervangen te worden door de woorden “voor markten waarvoor nog niet eerder kennisgeving is gedaan bij de Commissie”, overeenkomstig artikel 16, lid 6, van de kaderrichtlijn.

4. De gemachtigden van de minister hebben voorts bevestigd dat voor artikel 16, lid 5, van de kaderrichtlijn, dat voorziet in de analyse van de transnationale markten, geen omzettingsmaatregel is getroffen. Deze bepaling zou evenwel moeten worden omgezet, waarbij aan het Instituut, in het kader van de transnationale markten, de verplichting opgelegd zou moeten worden om de markt te analyseren samen met de nationale regelgevende instanties van de betrokken lidstaten en om in gezamenlijk overleg met diezelfde instanties een standpunt in te nemen wat betreft het opleggen, het behoud, de wijziging of de opheffing van de verplichtingen die daarin worden vermeld.

Artikel 33

Zoals het ontworpen artikel 56, § 2, is gesteld, kan de indruk ontstaan dat de federale wetgever de Europese Commissie bepaalde verplichtingen beoogt op te leggen. Het verdient aanbeveling om het ontworpen tweede en derde lid te schrappen en om in het eerste lid de woorden “aan de Europese Commissie die het Instituut toestaat of verbiedt om die maatregelen te nemen” te vervangen door de woorden “aan de Europese Commissie”.

Artikel 35

In de Franse tekst van artikel 35, 2°, d), van het voorontwerp van wet behoort het woord “par” te worden geschrapt.

Artikel 37

De wijzigingen die artikel 37, 1°, van het voorontwerp beoogt aan te brengen in artikel 62 van de wet van 13 juni 2005 volstaan niet om te zorgen voor de correcte en volledige omzetting van artikel 13, lid 1, van de toegangsrichtlijn, zoals het vervangen is bij richtlijn 2009/140/EG.

Het volledige artikel 62, § 1, van de wet van 13 juni 2005 moet worden herzien om te zorgen voor een perfecte omzetting van zowel de eerste als de tweede zin van het voornoemde artikel 13, lid 1.

Artikel 41

In het ontworpen artikel 65/1, § 2, 4°, behoren de woorden “de redenen” vervangen te worden door de woorden “een analyse van de redenen”, overeenkomstig artikel 13*bis*, lid 2, d), van de toegangsrichtlijn.

Artikel 43

In de bespreking van het artikel wordt het volgende bepaald:

“De derde wijziging is erop gericht de verplichting om een technische helpdesk beschikbaar te stellen uit het toepassingsgebied van de universele dienst te halen. Het nieuwe artikel [25] van de Universeledienstrichtlijn, 2002/22/EG, zoals ingevoerd door artikel 16 van Richtlijn 2009/136/EG, heeft immers enkel nog betrekking op de

telefooninlichtingendiensten, met uitzondering dus van de diensten die technische bijstand verlenen”.

Het is evenwel zo dat artikel 43 van het voorontwerp van wet geen derde wijziging bevat. Teneinde rekening te houden met artikel 25 van de universeledienstrichtlijn, zoals het gewijzigd is door richtlijn 2009/136/EG, behoort, zoals ook gesteld wordt in de bespreking van het artikel, de technische bijstand geschrapt te worden uit de lijst van verplichtingen van het vaste geografische element van de universele dienst.

Artikel 70, § 1, 2°, e), van de wet van 13 juni 2005 dient derhalve te vervallen.

Artikelen 46 en 47

Bij het ontworpen artikel 74 wil men de operatoren die de consumenten een openbare elektronische-communicatiedienst aanbieden, en wier omzet met betrekking tot die dienst hoger is dan vijftig miljoen euro, verplichten die dienst voor sommige categorieën van begunstigten tegen bijzondere tariefvoorwaarden aan te bieden.

Zoals blijkt uit de commentaar op het artikel, is het de bedoeling van de steller van het voorontwerp om, door het begrip “openbare telefoondienst” te vervangen door het begrip “openbare elektronische-communicatiedienst”, “het mogelijk te maken een sociaal tarief aan te bieden voor de internetabonnementen”. Dat begrip omvat bovendien niet alleen de diensten geleverd op een vaste locatie, maar ook de mobiele diensten.

Daarnaast blijkt uit artikel 47 van het voorontwerp (ontworpen artikel 74/1) dat de operatoren voor wie dat onderdeel van de universele dienst een onredelijke last zou zijn, vergoed zouden kunnen worden door een “fonds voor de universele dienstverlening inzake sociale tarieven”, dat gestijfd zou worden met bijdragen gestort door de operatoren die de sociale component van de universele dienst aanbieden.

De ontworpen regeling lijkt, voor zover ze niet alleen geldt voor telefoondiensten op een vaste locatie, maar ook voor mobiele diensten en de toegang tot het internet, niet in overeenstemming te zijn met de universeledienstrichtlijn.

Uit de artikelen 9, lid 2, en 32 van die richtlijn blijkt immers dat bijzondere tariefvoorwaarden voor personen met een laag inkomen of met bijzondere sociale behoeften, als universele dienst gefinancierd via een vergoedingsregeling ten laste van ondernemingen, alleen aan operatoren kunnen worden opgelegd voor de in artikel 4, lid 1, bedoelde netwerktoegang of voor het gebruik van de diensten omschreven in artikel 4, lid 3, en in de artikelen 5, 6 en 7. Artikel 4, lid 1, heeft echter enkel betrekking op de “aansluiting op een vaste locatie op een openbaar communicatienetwerk”, en dus niet op een mobiele aansluiting,

en lid 3 van hetzelfde artikel heeft enkel betrekking op “de levering van een voor het publiek beschikbare telefoondienst over de in lid 1 bedoelde netwerkaansluiting, die uitgaande en binnenkomende nationale en internationale gesprekken mogelijk maakt”, en dus niet op mobiele telefoondiensten en diensten voor datatransmissie via het internet. De artikelen 5 tot 7 hebben evenmin betrekking op de aansluiting op een mobiel netwerk, de levering van mobiele-telefoondiensten of het aanbieden van een internetdienst.

Artikel 4, lid 2, van de universeledienstrichtlijn bepaalt weliswaar dat de aansluiting op een vaste locatie, die onder de universele dienst valt, meer bepaald “datacommunicatie, met datasnelheden die toereikend zijn voor functionele toegang tot het internet” mogelijk moet maken, maar het aanbieden van een aansluiting op een netwerk, waarmee een verbinding met internet kan worden gemaakt, is niet hetzelfde als het aanbieden van een internetdienst³².

Indien de steller van het voorontwerp van de operatoren wil eisen dat ze aan sommige consumenten sociale tarieven aanbieden voor een internetabonnement of voor openbare elektronische-communicatiediensten op mobiele netwerken, kan hij niet bepalen dat de onredelijke last die dat met zich meebrengt voor de betreffende ondernemingen, gefinancierd wordt met bijdragen van de ondernemingen.

Artikel 49

De gemachtigden van de minister zijn het ermee eens dat in paragraaf 2 van het ontworpen artikel 75 voorzien moet worden in de mogelijkheid voor het Instituut om ervan af te zien verplichtingen inzake de universele dienst “op zijn gehele grondgebied of een gedeelte ervan” op te leggen, overeenkomstig artikel 6, lid 2, van de universeledienstrichtlijn.

In de Nederlandse tekst van diezelfde paragraaf schrijve men overigens “verplichtingen zoals bedoeld in § 1” in plaats van “verplichtingen uit hoofde van het eerste lid”.

Artikel 60

1. Het ontworpen artikel 107, § 1/1, derde lid, verplicht ondernemingen die openbare elektronische-communicatienetwerken aanbieden of openbare elektronische-communicatiediensten verstrekken, de abonnees te informeren “over eventuele wijzigingen

³² Zie in die zin het werkdokument “COCOM10-31 FINAL” van 10 januari 2011 van het “Comité voor communicatie”, ingesteld bij artikel 22 van de kaderrichtlijn.

betreffende de toegang tot nooddiensten of informatie over de locatie van de oproeper in de dienst waarop zij geabonneerd zijn”.

Die bepaling vormt geen correcte omzetting van artikel 21, lid 3, eerste alinea, b), en tweede alinea, van de universeledienstrichtlijn, dat luidt als volgt:

“De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevende instanties de aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken en/of openbare elektronische communicatiediensten kunnen verplichten om, onder andere:

(...)

b) abonnees te informeren over eventuele wijzigingen betreffende de toegang tot noodhulpdiensten of informatie over de locatie van de oproeper in de dienst waarop zij geabonneerd zijn;

(...)

Als dit nodig wordt geacht, mogen de nationale regelgevende instanties zelf- of mederegulerende maatregelen bevorderen alvorens verplichtingen op te leggen.”

Luidens deze bepaling is het niet de taak van de wetgever de betreffende ondernemingen ambtshalve de naleving op te leggen van de verplichtingen genoemd in artikel 21, lid 3, eerste alinea, b), van de universeledienstrichtlijn, maar wel om de Koning of het Instituut³³ in staat te stellen zulke verplichtingen op te leggen en de Koning of het Instituut tevens de mogelijkheid te bieden, indien hij of het Instituut dit nodig acht, zelf- of mederegulerende maatregelen te bevorderen alvorens verplichtingen op te leggen.

De gemachtigden van de minister zijn het ermee eens dat het ontworpen artikel 107, § 1/1, derde lid, in die zin gewijzigd moet worden.

2. Artikel 60, 3° en 4°, van het voorontwerp van wet is identiek aan artikel 2 van een wetsontwerp dat de Kamer op 20 juli 2011 heeft aangenomen³⁴ en aan de Senaat heeft overgezonden voor evocatie. Indien dat wetsontwerp aangenomen zou worden vóór het voorliggende voorontwerp van wet, moet ervoor gezorgd worden dat in laatstgenoemd ontwerp artikel 60, 3° en 4°, wordt geschrapt.

³³ Zie algemene opmerking 1.

³⁴ *Parl.St.* Kamer 2010-11, nr. 53-1265/6.

Artikel 65

1. Uit de omzettingstabellen die aan de afdeling Wetgeving zijn overgezonden blijkt dat artikel 65 van het voorontwerp de omzetting beoogt van artikel 21, leden 1 en 2, van de universeledienstrichtlijn.

Uit het oogpunt van die Europeesrechtelijke bepaling geeft de ontworpen tekst aanleiding tot de volgende opmerkingen.

1.1. In de inleidende zin van het ontworpen artikel 111, § 1, eerste lid, schrijven, overeenkomstig artikel 21, lid 1, van de richtlijn, “transparante, vergelijkbare, toereikende en bijgewerkte informatie” in plaats van “vergelijkbare, geschikte en bijgewerkte informatie”.

1.2. Terwijl artikel 21, leden 1 en 2, van de universeledienstrichtlijn ertoe strekt doorzichtigheid en openbaarheid tot stand te brengen voor de “consumenten” en de “eindegebruikers”, beogen de drie paragrafen van het ontworpen artikel 111 enkel de consumenten.

De ontworpen bepaling moet zo worden aangevuld dat de voornoemde Europeesrechtelijke bepaling zowel voor de “eindegebruikers” als voor de “consumenten” wordt omgezet.

2. Het ontworpen artikel 111, § 2, eerste lid, machtigt het Instituut de inhoud van een informatiefiche te bepalen en machtigt tegelijkertijd de Koning om dat te doen, na advies van het Instituut.

Er behoort slechts één en dezelfde overheid gemachtigd te worden om de inhoud van die fiche te bepalen, namelijk, gelet op wat gezegd is in algemene opmerking 1, de Koning.

De ontworpen paragraaf 2 moet dienovereenkomstig worden herzien.

Artikel 69

1. In het ontworpen artikel 111/4, § 3, tweede lid, moeten de woorden “in het tweede lid” vervangen worden door de woorden “in het derde lid”.

2. Het is de afdeling Wetgeving niet duidelijk waarom in het derde lid van het ontworpen artikel 111/4, § 3, alleen de “consument” wordt beoogd en niet ook de “abonnee die over niet meer dan vijf oproepnummers beschikt”, terwijl in het eerste en het tweede lid van die paragraaf 3 de beide categorieën worden vermeld.

Artikel 73

1. In het ontworpen artikel 114, § 1, eerste zin, moeten de woorden “met de aanbieder van het openbare elektronischecomunicatienetwerk” tussen het woord “samen” en de woorden “wat de veiligheid van het netwerk betreft” worden geschrapt.

2. Paragraaf 2 van het ontworpen artikel 114 strekt tot omzetting van artikel 4, lid 1*bis*, van de privacyrichtlijn.

Uit die Europeesrechtelijke bepaling en uit het ontworpen artikel 114, § 2, tweede lid, blijkt dat zowel de omgezette bepaling als het ontworpen artikel 114, § 2, eerste lid, alleen gelden voor aanbieders van een openbare elektronische-communicatiedienst, en niet voor aanbieders van netwerken.

Het eerste lid van paragraaf 2 van het ontworpen artikel 114 kan echter, voor zover het “de in de eerste paragraaf bedoelde maatregelen” vermeldt, de indruk wekken dat de genoemde paragraaf 2 zowel geldt voor aanbieders van netwerken als voor aanbieders van diensten.

Toen de gemachtigden van de minister daarover om uitleg zijn gevraagd, hebben zij het volgende bevestigd : “l’art. 4.1*bis*, al. 2 de la directive ‘vie privée’ ne vise que les fournisseurs de services car les données personnelles dont il est question dans cet article sont généralement enregistrées dans la couche applicative ou service mais ne visent pas le réseau”.

Het ontworpen artikel 114, § 2, eerste lid moet worden herzien, zodat daarin bepaald wordt dat de genoemde paragraaf 2 alleen geldt voor aanbieders van openbare elektronische-communicatiediensten.

3. Er behoort op gewezen te worden dat paragraaf 3, 2°, van het ontworpen artikel 114 noch met de Nederlandse noch met de Franse versie van artikel 23, eerste zin, van de universeledienstrichtlijn overeenstemt.

Zo bepaalt de Nederlandse versie van artikel 23, eerste zin, van de richtlijn:

“De lidstaten nemen alle noodzakelijke maatregelen om de beschikbaarheid van de openbare telefoondiensten over de openbare communicatienetwerken zo volledig mogelijk te waarborgen in gevallen waarin het elektriciteitsnetwerk uitvalt of in geval van overmacht”.

De Franse versie luidt aldus:

“Les États membres prennent toutes les mesures nécessaires pour assurer la disponibilité la plus complète possible de services téléphoniques accessibles au public fournis via des réseaux de communications publics en cas de défaillance catastrophique des réseaux ou de force majeure”.

Een vluchtige vergelijking van enkele taalversies van de richtlijn laat vermoeden dat de Nederlandse versie geen correcte vertaling is. De Franse versie stemt onder meer overeen met de Duitse, Engelse, Italiaanse en Spaanse versie.

De ontworpen bepaling moet dienovereenkomstig worden herzien.

Artikel 74

In het ontworpen artikel 114/1, § 2, tweede lid, moet, gelet op de verdeling van de bevoegdheden inzake elektronische communicatie en de audiovisuele sector over de verschillende bevoegdheidsniveaus in België, bepaald worden dat het voorval ook aan de andere bevoegde Belgische regelgevende overheden ter kennis moet worden gebracht.

Artikel 75

1. Het ontworpen artikel 114/2 strekt tot omzetting van artikel 13^{ter} van de kaderrichtlijn.

De ontworpen paragraaf 1, tweede lid, bepaalt daartoe het volgende:

“Het Instituut is bevoegd om alle gevallen van niet-naleving van de bepalingen van de artikelen 114 en 114/1 te onderzoeken, alsook de effecten ervan op de veiligheid en de integriteit van de netwerken.”

1.1. Deze bepaling is eigenlijk een parafrase van artikel 13^{ter}, lid 3, van de kaderrichtlijn, welk lid luidt als volgt:

“De lidstaten zorgen ervoor dat de nationale regelgevingsinstanties alle nodige bevoegdheden hebben om gevallen van niet-naleving te onderzoeken, evenals de effecten ervan op de beveiliging en integriteit van de netwerken.”

1.2. Zulk een parafrasering is niet aanvaardbaar: de wetgever moet immers zelf bepalen over welke bevoegdheden het Instituut zal beschikken om die controleopdracht, die op specifieke aangelegenheden betrekking heeft, te vervullen, bevoegdheden die binnen de grenzen moeten blijven van de internationaal- en Europeesrechtelijke bepalingen en van de grondwetsbepalingen die de fundamentele vrijheden waarborgen, inzonderheid het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, op de onschendbaarheid van de woning en op een billijk proces.

Wat dat betreft,

- gaat de wetgever er ofwel van uit dat de bevoegdheden die reeds bij andere wetsbepalingen aan het Instituut zijn toegekend, voldoende zijn om het voornoemde artikel 13^{ter}, lid 3, om te zetten; in dat geval kan ermee worden volstaan naar die bepalingen te verwijzen;
- of oordeelt de wetgever dat de bevoegdheden die reeds bij andere wetsbepalingen aan het Instituut zijn toevertrouwd, ontoereikend zijn; in dat geval moet hij de ontworpen regeling aanvullen en bepalen over welke bevoegdheden het Instituut zal beschikken om die specifieke controleopdracht te vervullen, bevoegdheden die binnen de hierboven genoemde grenzen moeten blijven.

De ontworpen tekst moet in het licht van deze opmerking worden herzien.

2. Wat betreft de machtiging verleend aan de Koning om de belangrijkste voorwaarden te bepalen waaraan de “gekwaliceerde onafhankelijke instanties” moeten voldoen, moet de noodzaak om zulke voorwaarden vast te stellen naar behoren verantwoord worden in het licht van de vereisten van richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’, zoals omgezet bij de dienstenwet van 26 maart 2010 en de wet van 26 maart 2010 ‘betreffende bepaalde juridische aspecten bedoeld in artikel 77 van de Grondwet’.

Bovendien moet gepreciseerd worden welke instantie de “bevoegde nationale instantie” zou zijn.

De ontworpen tekst moet herzien worden in het licht van deze opmerking.

Artikel 76

Verwezen wordt naar de opmerking gemaakt bij artikel 14 van het voorontwerp van wet wat betreft de mogelijkheid om aan operatoren verplichtingen op te leggen ten behoeve van de “prioritaire diensten bepaald door de Koning”.

Artikel 85

Ter wille van een betere omzetting van artikel 5, lid 3, van de privacyrichtlijn, zouden nog meer wijzigingen moeten worden aangebracht in artikel 129, tweede lid, van de wet van 13 juni 2005.

Het betreffende lid zou in zijn geheel herschreven moeten worden als volgt: “Het eerste lid geldt niet voor de technische opslag van informatie of de toegang tot informatie opgeslagen in de eindapparatuur van een abonnee of een eindgebruiker, die uitsluitend tot doel hebben de verzending van een communicatie via een elektronische communicatienetwerk uit te voeren of die strikt noodzakelijk zijn om een uitdrukkelijk door de abonnee of eindgebruiker gevraagde dienst van de informatiemaatschappij te leveren”.

Artikel 87

Artikel 87 van het voorontwerp beoogt een nieuw artikel 133/1 in te voegen in de wet van 13 juni 2005 teneinde het nieuwe artikel 15*bis*, lid 4, van de privacyrichtlijn om te zetten.

De voorliggende bepaling geeft in dat verband aanleiding tot de volgende opmerkingen.

1. De ontworpen bepaling voorziet erin dat het Instituut maatregelen kan “goedkeuren”, waarbij ze niet vermeldt welke instantie die maatregelen heeft genomen.

In werkelijkheid blijkt uit de formulering van artikel 15*bis*, lid 4, van de privacyrichtlijn dat deze bepaling de onderscheiden nationale regelgevende instanties van de lidstaten moet toelaten om – per definitie in onderling overleg – maatregelen aan te nemen inzake grensoverschrijdende samenwerking.

Aldus moet in de ontworpen tekst het woord “goedkeuren” worden vervangen door het woord “aannemen”.

2. De ontworpen tekst laat na de tweede alinea van lid 4 van artikel 15*bis* van de privacyrichtlijn om te zetten.

Hij dient dienovereenkomstig te worden aangevuld.

Artikel 90

Artikel 90 van het voorontwerp van wet beoogt in artikel 137 van de wet van 13 juni 2005 een nieuwe paragraaf 3 toe te voegen die ertoe strekt artikel 11, lid 1, van de machtigingsrichtlijn om te zetten.

Deze bepaling geeft aanleiding tot de volgende opmerkingen.

1. Het ontworpen onderdeel 1° van het eerste lid van paragraaf 3 bepaalt dat het Instituut enkel verzoeken om informatie kan doen die passend en objectief gerechtvaardigd zijn voor:

“1° de controle, hetzij systematisch, hetzij per geval, op de naleving van:

[a)] artikel 30;

[b)] de financiële bijdrage voor de universele dienst;

[c)] artikel 29;”.

Deze bepaling sluit aan bij artikel 11, lid 1, van de machtigingsrichtlijn, dat bepaalt dat de nationale regelgevende instanties “de ondernemingen [...] enkel [mogen] verzoeken om informatie die passend en objectief gerechtvaardigd is voor:

1° controle, hetzij systematisch, hetzij per geval, op de naleving van de voorwaarden 1 en 2 van deel A, voorwaarden 2 en 6 van deel B en voorwaarden 2 en 7 van deel C van de bijlage en op de naleving van de in artikel 6, lid 2, genoemde verplichtingen;

[...]”.

Uit de vergelijking van de ontworpen bepaling met artikel 11, lid 1, van de machtigingsrichtlijn blijkt dat de gevallen waarin de ontworpen bepaling het Instituut machtigt om de operatoren om inlichtingen te verzoeken, beperkter zijn dan de gevallen die in de Europeesrechtelijke bepaling aan de orde zijn.

Zo vermeldt de ontworpen tekst inzonderheid niet de verzoeken om informatie voor het “daadwerkelijk en efficiënt gebruik van nummers overeenkomstig Richtlijn 2002/21/EG (Kaderrichtlijn)” (bijlage, deel C, punt 2, van de kaderrichtlijn).

In de toelichting bij het voorliggende artikel blijkt nergens dat de steller van het voorontwerp deze verschillen heeft beoogd.

Dienaangaande hebben de gemachtigden van de minister bevestigd dat het de bedoeling is zich nauwgezet te richten naar de hier omgezette Europeesrechtelijke bepaling.

De ontworpen bepaling moet dienovereenkomstig worden herzien.

2. In de Franse versie van de ontworpen paragraaf 3, eerste lid, 2°, moet het woord “vérifier” worden vervangen door de woorden “procéder à un contrôle”³⁵.

3. In de ontworpen paragraaf 3, eerste lid, 6°, moeten, zoals de afdeling Wetgeving herhaaldelijk heeft gememoreerd, de verwijzingen naar de toegangsrichtlijn en de universeledienstrichtlijn worden vervangen door een verwijzing naar de bepalingen die in het intern recht de omzetting regelen van de relevante bepalingen van deze twee richtlijnen.

4. In de ontworpen paragraaf 3, eerste lid, 8°, moet het woord “toekomstige”, dat niet in artikel 11, lid 1, h), van de machtigingsrichtlijn staat, worden weggelaten.

Artikel 91

Duidelijkheidshalve en overeenkomstig artikel 7, lid 6, tweede zin, *in fine*, van de kaderrichtlijn is het wenselijk in het ontworpen artikel 141, § 3, de woorden “en paragraaf 1” te vervangen door de woorden “en stelt het de Commissie opnieuw in kennis van het gewijzigde ontwerp overeenkomstig de bepalingen van paragraaf 1”.

³⁵ Vergelijk met artikel 11, lid 1, b), van de machtigingsrichtlijn.

Artikel 92

Het thans geldende artikel 142 van de wet van 13 juni 2005 luidt als volgt:

“De voorlopige maatregelen in de zin van artikel 20 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector die genomen zijn om deze wet te doen naleven, worden vrijgesteld van de raadplegingen waarvan sprake in de artikelen 140 en 141. Zij worden echter onverwijld ter kennis gebracht van de Europese Commissie en van de nationale regelgevende instanties van de lidstaten.”

Artikel 92 van het voorliggende voorontwerp van wet strekt ertoe deze bepaling aldus te wijzigen dat ze voortaan als volgt luidt:

“De voorlopige maatregelen in de zin van artikel 20 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector die genomen zijn om deze wet te doen naleven, worden vrijgesteld van de raadplegingen waarvan sprake in de artikelen 140 en 141. Zij worden echter onverwijld ter kennis gebracht van de Europese Commissie, van BEREK en van de nationale regelgevende instanties van de lidstaten. Elke verlenging of elke beslissing die aan de voorlopige maatregelen een permanent karakter wil verlenen, is onderworpen aan de bepalingen van de artikelen 140 en 141”.

De zin die het voorliggende artikel 92 beoogt toe te voegen in artikel 142 van de wet van 13 juni 2005 doelt inzonderheid op het geval van de beslissing die een voorlopige maatregel zoals bedoeld in artikel 20 van de voornoemde wet van 17 januari 2003 permanent zou maken.

Zoals kan worden opgemaakt uit de memorie van toelichting vormt deze zin de pendant van het nieuwe artikel 7, lid 9, van de kaderrichtlijn, een bepaling die zowel doelt op het geval van de verlenging van de voorlopige maatregel als op het geval van de beslissing die een voorlopige maatregel permanent maakt.

Er dient echter rekening te worden gehouden met het feit dat artikel 20 van de wet van 17 januari 2003 enkel de verlenging toelaat van de voorlopige maatregelen waarin het voorziet. Het artikel laat niet toe deze maatregelen een permanent karakter te verlenen. Zelfs indien het voorliggende voorontwerp bepaalde wijzigingen in dat artikel 20 beoogt aan te brengen, heeft het op dat punt geen wijziging op het oog³⁶.

³⁶ Zie artikel 7 van het voorontwerp van wet.

Het is de afdeling Wetgeving dan ook niet duidelijk wat de reikwijdte of de bestaansgrond is van artikel 92 van het voorliggende voorontwerp, in zoverre het doelt op het geval van de beslissing die een permanent karakter verleent aan de voorlopige maatregelen zoals bedoeld in artikel 20 van de wet van 17 januari 2003 ‘met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector’.

Artikel 92 dient aan de hand van deze opmerking te worden herzien.

Artikel 94

Het is de afdeling Wetgeving niet duidelijk waarom het ontworpen artikel 143/1 niet de omzetting regelt van artikel 7*bis*, lid 8, van de kaderrichtlijn, dat het volgende bepaalt:

“De nationale regelgevende instantie kan de voorgestelde ontwerpmaatregel op elk moment tijdens de procedure intrekken”.

Artikel 96

Het ontworpen artikel 163 luidt als volgt:

“Belgacom verstrekt uiterlijk tot 31 maart 2013 de universele dienst, zoals beschreven in artikel 68, 1°, alsook de diensten beschreven in artikel 105 van deze wet.

Belgacom verstrekt uiterlijk tot 31 oktober 2012 de universele dienst, zoals beschreven in artikel 68, 3°, 4° en 5°”.

Zoals het is opgesteld, kan uit het ontworpen artikel 163 niet worden opgemaakt in welke omstandigheden en door wie de beslissing moet worden genomen om, naargelang van het geval, vóór 31 maart 2013 of 31 oktober 2012 de aanwijzing van Belgacom als universeledienstaanbieder te beëindigen.

Luidens de toelichting bij het artikel is het de bedoeling om de aanwijzing van Belgacom vóór de aangegeven data te beëindigen zodra het Instituut beslist om bepaalde universeledienstverplichtingen niet meer op te leggen of zodra het Instituut de nieuwe universeledienstaanbieder(s) aanwijst na een offerteaanvraag.

De ontworpen bepaling dient in deze zin te worden herzien.

Artikel 114

De gemachtigden van de minister zijn het ermee eens dat in het ontworpen artikel 38, § 1, de woorden “tweede lid” moeten worden weggelaten.

Artikel 118

1. Uit de omzettingstabellen die aan de afdeling Wetgeving werden bezorgd, blijkt dat de voorliggende bepaling artikel 13, lid 3, van de privacyrichtlijn beoogt om te zetten.

De lezing van het ontworpen artikel 100 maakt duidelijk dat dit artikel in werkelijkheid ertoe strekt eveneens de leden 1, 4 en 5 van dat artikel 13 om te zetten.

Het ontworpen artikel 100, § 1, eerste lid, regelt echter geen volledige en correcte omzetting van artikel 13, lid 1, van de privacyrichtlijn.

Voorts wordt artikel 13, lid 2, van de privacyrichtlijn door geen enkele onderverdeling van het ontworpen artikel 100 omgezet.

De ontworpen tekst dient aan de hand van deze opmerkingen te worden herzien.

2. Het ontworpen artikel 100, § 3, eerste lid, luidt als volgt:

“De contactgegevens van de abonnee die de ongevraagde communicatie bedoeld in paragraaf 2 niet wenst te ontvangen, worden opgenomen in een register bijgehouden door de Belgian Direct Marketing Association wiens ondernemingsnummer 0452.664.950 is. De Koning kan, bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad, een nieuwe beheerder aanwijzen. De praktische regels voor de werking van het register kunnen worden bepaald door de Koning, bij een koninklijk besluit, vastgesteld na overleg in de Ministerraad. De inschrijving in het register is kosteloos”.

Naar aanleiding van een vraag over deze bepaling hebben de gemachtigden van de minister uiteengezet dat de Belgian Direct Marketing Association niet zou worden vergoed voor de uitvoering van de haar toevertrouwde opdracht.

Zulks neemt echter niet weg dat de ontworpen tekst deze vereniging een opdracht toevertrouwt die voortvloeit uit de uitvoering, door de federale overheid, van een Europeesrechtelijke verplichting, en die te maken heeft met het algemeen belang en met de openbare dienstverlening.

Daar nu een dergelijke opdracht aan deze vereniging wordt toevertrouwd, is het zaak van de wetgever de voorwaarden en wezenlijke regels vast te stellen inzake deze opdracht.

Het is tevens zaak van de wetgever de wezenlijke voorwaarden vast te stellen die door de eventuele nieuwe beheerder moeten worden vervuld.

Artikelen 121 tot 123

De artikelen 121 tot 123 schrijven voor dat de aldaar genoemde bepalingen van het voorontwerp in werking treden “op de eerste dag van het jaar [/van de negende maand] volgend op de publicatie van deze wet in het Belgisch Staatsblad”.

Deze formulering is niet ideaal.

Men doet er beter aan voor te schrijven dat de betrokken bepalingen in werking zullen treden “op de eerste dag van het jaar [/van de negende maand] na afloop van een termijn van tien dagen te rekenen van de dag volgend op de bekendmaking van deze wet in het Belgisch Staatsblad”³⁷.

Slotopmerkingen

1. Het indieningsbesluit ontbreekt³⁸.

³⁷ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek – Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tabblad “Wetgevingstechniek”, aanbeveling 152.1.

³⁸ *Ibid.*, formules F 4-1-10-1 en F 5.

2. De bekrachtigings- en de afkondigingsformule zijn voorbarig en moeten worden weggelaten³⁹.

³⁹ Zie advies 48.704/4, gegeven op 22 september 2010 over een voorontwerp dat ontstaan heeft gegeven aan de ordonnantie van 19 mei 2011 'betreffende het beheer van de verkeersveiligheid van weginfrastructuur' (*Parl.St. Br. Parl.* 2010-11, nr. A-144/1, 16-19).

De kamer was samengesteld uit

de Heren	P. LIÉNARDY,	kamervoorzitter,
	J. JAUMOTTE,	staatsraden,
	L. DETROUX,	
Mevrouw De Heer	A. WEYEMBERGH,	assessoren van de afdeling Wetgeving,
	Y. DE CORDT,	
Mevrouw	C. GIGOT,	griffier.

Het verslag werd uitgebracht door de Dames A. VAGMAN en L. VANCRAVEBECK, auditeurs.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst werd nagezien onder toezicht van de Heer J. JAUMOTTE.

DE GRIFFIER

DE VOORZITTER

C. GIGOT

P. LIÉNARDY