



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 55.311/4
du 20 mars 2014

advies 55.311/4
van 20 maart 2014

sur

over

un projet d'arrêté royal 'relatif à la modification, en matière de qualité du service, de certains objectifs imposés au prestataire de la composante géographique du service universel par la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques'

een ontwerp van koninklijk besluit 'betreffende de wijziging van bepaalde doelstellingen inzake dienstkwaliteit die door de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie worden opgelegd aan de aanbieder van het geografische element van de universele dienst'

Le 7 février 2014, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Premier Ministre et Ministre de l'Économie à communiquer un avis, dans un délai de trente jours prorogé jusqu'au 24 mars 2014 ^(*), sur un projet d'arrêté royal 'relatif à la modification, en matière de qualité du service, de certains objectifs imposés au prestataire de la composante géographique du service universel par la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 20 mars 2014. La chambre était composée de Pierre LIÉNARDY, président de chambre, Jacques JAUMOTTE et Bernard BLERO, conseillers d'État, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Anne VAGMAN, premier auditeur.

La concordance entre la version française et la version néerlandaise a été vérifiée sous le contrôle de Pierre LIÉNARDY.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 20 mars 2014.

(*) Par courriel du 10 février 2014.

*

Op 7 februari 2014 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vice-Eerste Minister en Minister van Economie verzocht binnen een termijn van dertig dagen verlengd tot 24 maart 2014 ^(*) een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'betreffende de wijziging van bepaalde doelstellingen inzake dienstkwaliteit die door de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie worden opgelegd aan de aanbieder van het geografische element van de universele dienst'.

Het ontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 20 maart 2014. De kamer was samengesteld uit Pierre LIÉNARDY, kamervoorzitter, Jacques JAUMOTTE en Bernard BLERO, staatsraden, en Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Anne VAGMAN, eerste auditeur.

De overeenstemming tussen de Franse en de Nederlandse tekst van het advies is nagezien onder toezicht van Pierre LIÉNARDY.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 20 maart 2014.

(*) Bij e-mail van 10 februari 2014.

*

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

Sur ces trois points, le projet appelle les observations suivantes.

EXAMEN DU PROJET

1. Les articles 4 et 7, § 2, de l'annexe à la loi du 13 juin 2005 'relative aux communications électroniques' disposent comme suit :

« Art. 4. La composante géographique fixe du service universel doit satisfaire aux exigences de qualité fixées aux articles suivants de la présente section pendant une période d'observation d'une année calendrier, et ce, pour la première fois l'année civile suivant la date de l'entrée en vigueur de la présente loi. Les exigences de qualité ne se rapportent pas aux communications utilisant d'autres services que la composante géographique fixe du service universel.

Sans préjudice de l'article 69, § 2, de la loi, le Roi peut, après avis de l'Institut, modifier les conditions techniques de prestation de la composante géographique fixe visées à l'alinéa 1^{er} s'il établit que ces services ou des services comparables sont largement accessibles, à la suite d'une procédure de consultation publique visée à l'article 140 de la loi.

Art. 7. [...]

§ 2. Au moins 80 % des dérangements aux lignes d'accès signalés valablement au cours de la période d'observation doivent être levés dans les 35 heures horloge.

Au moins 95 % des dérangements aux lignes d'accès signalés valablement au cours de la période d'observation doivent être levés dans les 40 heures horloge.

Au moins 99 % des dérangements aux lignes d'accès signalés valablement au cours de la période d'observation doivent être levés dans les 60 heures horloge.

Ces pourcentages sont calculés sur la base de tous les appels de dérangement valables et toutes les réparations effectuées pendant la période d'observation concernée. Les cas où la réparation dépend d'un accord entre le prestataire et l'abonné ne sont pas pris en compte. Sont également exclus les cas qui ont nécessité l'accès aux installations de l'abonné et pour lesquels l'accès n'a pas été rendu possible par l'abonné au moment prévu ».

L'arrêté en projet entend remplacer l'alinéa 4 de l'article 7, § 2, de l'annexe à la loi, par la disposition suivante :

« Ces pourcentages sont calculés sur la base de tous les appels de dérangement valables et toutes les réparations effectuées pendant la période d'observation concernée.

Ne sont pas pris en compte :

- les cas où la réparation dépend d'un accord entre le prestataire et l'abonné ;

- les cas qui ont nécessité l'accès aux installations de l'abonné et pour lesquels l'accès n'a pas été rendu possible par l'abonné au moment prévu ;
- les autres cas fixés par l'Institut qui échappent au contrôle du prestataire et qui ne sont pas imputables à une erreur de sa part.

Les modalités de communication et d'approbation des causes avancées par le prestataire pour justifier le non respect de ses obligations sont fixées par l'Institut ».

2. Selon son préambule, l'arrêté en projet se donne pour fondement l'article 69, § 1^{er}, de la loi du 13 juin 2005, ainsi que l'article 4, alinéa 2, de l'annexe à cette loi.

2.1. L'article 69, § 1^{er}, de la loi ne comporte aucune habilitation au Roi à modifier l'annexe à cette loi. L'arrêté en projet ne peut donc trouver de fondement dans cette disposition.

Le paragraphe 2 du même article comporte une telle habilitation, mais la mise en œuvre de celle-ci est subordonnée aux circonstances que « l'évolution technologique ou les conditions de marché le justifient ».

Il ne ressort pas du dossier communiqué à la section de législation que de telles circonstances seraient établies.

2.2. Quant à l'article 4, alinéa 2, de l'annexe à la loi du 13 juin 2005, l'habilitation qu'il confère au Roi de modifier cette annexe – habilitation qui doit s'interpréter de manière stricte, dès lors qu'il s'agit d'habiliter le Roi à modifier des dispositions législatives, et ce, au surplus, sans confirmation par le législateur – ne porte que sur les conditions techniques de prestation de la composante géographique et elle est subordonnée à la condition qu'il soit établi que « ces services ou des services comparables sont largement accessibles ».

Or, ni le dossier à l'examen ni le rapport au Roi n'atteste pas que cette dernière condition est remplie : ainsi, le motif invoqué en vue de modifier l'article 7 de l'annexe à la loi du 13 juin 2005 peut se traduire en substance, comme étant le caractère non réaliste des objectifs fixés par l'actuel article 7.

Interrogé sur le fait que l'arrêté en projet puisse trouver un fondement dans l'article 4 de l'annexe à la loi du 13 juin 2005, le délégué du ministre a communiqué la justification suivante :

« Premièrement, la modification doit porter sur une condition technique de prestation de la composante géographique fixe. En l'espèce, l'article 7 de l'annexe à la LCE impose au prestataire de la composante géographique fixe le respect de plusieurs modalités techniques quant à la gestion des dérangements. D'une part, ce prestataire doit mettre tout en œuvre techniquement – au niveau de l'architecture de son réseau, de l'entretien de son infrastructure passive, de la qualité des équipements actifs, de la compétence de ses techniciens et du fonctionnement de l'ensemble de éléments et ressources techniques utilisés – afin de limiter le taux de dérangement à maximum 7,5 % (article 7, alinéa 1). Pour les lignes dérangées (visées à l'alinéa 1), le prestataire doit prendre toute mesure et affecter toute ressource lui permettant de solutionner, dans les proportions et délais fixés à l'article 7, alinéa 2, les problèmes techniques signalés.

Dès lors que l'AR en projet entend modifier les paramètres de comptabilisation des pourcentages de résolution technique des dérangements qui doivent être rencontrés

par le prestataire de la composante géographique fixe, la première condition prévue à l'article 4, alinéa 2, de l'annexe à la LCE est rencontrée. L'on se réfèrera d'ailleurs utilement au titre du Chapitre II de l'annexe, dont l'article 7 fait partie, qui vise bien les conditions techniques de prestation.

Deuxièmement, une modification technique n'est envisageable sur cette base que s'il est établi que ces services ou des services comparables sont largement accessibles. Les services dont question à l'article 4, alinéa 2, de l'annexe à la LCE, portent sur des modalités techniques des prestations fournies au titre du service universel.

Le Chapitre II de l'annexe à la LCE fixe divers seuils quant à la qualité des services qui doivent être fournis, pour chacune des composantes du service universel, par le prestataire désigné, et notamment pour les services de raccordement (article 5), de levée des dérangements (article 7), d'établissement des communications (article 10 abrogé), de réponse avec intervention d'un standardiste (article 13) ou de facturation (article 18). Il se peut que l'évolution du marché, bien qu'insuffisante, justifie néanmoins l'adaptation de ces seuils, parce que les services relevant de chacune des composantes du service universel sont (devenus plus) largement accessibles. C'est le cas du service de levée de dérangements. L'analyse, effectuée par l'IBPT dans le cadre de ses différents rapports sur l'exécution du service universel, montre que le service de levée de dérangement fonctionne bien dans la très grande majorité des cas, même si les objectifs de levée de dérangement fixés par la Loi pour la levée dans les 40 et 60 heures n'ont jamais été atteints. Ces objectifs ne sont en effet pas atteints, souvent pour des raisons de force majeure.

L'AR en projet vise donc à aménager les conditions techniques de prestation d'une composante du service universel, alors même que le service de levée de dérangements est largement accessible, c'est-à-dire, très largement satisfaisant dans la grande majorité des cas. La seconde condition d'application prévue à l'article 4, alinéa 2, de l'annexe à la LCE est dès lors, également rencontrée été ceci malgré le fait que certains objectifs n'étaient jamais atteints ».

Dans la mesure où elles ont trait à la question de savoir si les services de la composante géographique du service universel ou des services comparables sont largement accessibles, ces justifications ne peuvent être suivies.

En effet, déterminer si les « services » concernés ou des « services comparables » sont « largement accessibles » n'a pas pour objet de déterminer si le prestataire du service universel remplit suffisamment (bien que de manière incomplète) ses obligations en la matière : il s'agit d'établir que les services concernés sont devenus largement accessibles sur le marché de la téléphonie fixe, via un ou plusieurs opérateurs autres que le prestataire du service universel.

Ainsi, l'habilitation consentie au Roi par l'article 4 de l'annexe à la loi du 13 juin 2005 ne permet pas de modifier les conditions de prestation du service universel pour le seul motif que celles-ci auraient été déterminées de manière inadéquate par le législateur¹ puisqu'en l'espèce est en cause une prestation qui ne peut être accomplie que par le prestataire du service universel.

¹ Lequel est déjà intervenu pour abroger notamment les articles 9 à 12 de l'annexe à la loi du 13 juin 2005. Voir la loi du 31 mai 2011 'portant des dispositions diverses en matière de télécommunications', en particulier l'article 21.

Par conséquent, le texte en projet ne peut trouver de fondement dans l'article 4 précité, et c'est au législateur qu'il appartient d'apporter les modifications envisagées par le projet d'arrêté.

3. En conclusion, le texte en projet est dépourvu de fondement légal.

Eu égard au caractère fondamental de cette observation, il ne sera pas examiné plus avant.

*

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

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

ONDERZOEK VAN HET ONTWERP

1. In de artikelen 4 en 7, § 2, van de bijlage bij de wet 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’ wordt het volgende gesteld :

“Art. 4. Het vaste geografische element van de universele dienst moet voldoen aan de in de volgende artikelen van deze afdeling vastgelegde kwaliteitseisen voor een observatieperiode van een kalenderjaar, en dit voor de eerste keer het kalenderjaar dat volgt op de datum waarop deze wet in werking treedt. De kwaliteitseisen hebben geen betrekking op communicatie waarbij andere diensten dan het vaste geografische element van de universele dienst te pas komen.

Onverminderd artikel 69, § 2, van de wet, kan de Koning, na advies van het Instituut, de technische voorwaarden van de levering van het vaste geografische element bedoeld in het eerste lid, wijzigen, indien Hij, naar aanleiding van een openbare raadpleging bedoeld in artikel 140 van de wet vaststelt dat die diensten of vergelijkbare diensten in grote mate toegankelijk zijn.

Art. 7. [...]

§ 2. Minstens 80 % van de storingen op de toegangslijnen die op geldige wijze gemeld zijn in de loop van de observatieperiode moeten opgeheven zijn binnen 35 volle uren.

Minstens 95 % van de storingen op de toegangslijnen die op geldige wijze gemeld zijn in de loop van de observatieperiode moeten opgeheven zijn binnen 40 volle uren.

Minstens 99 % van de storingen op de toegangslijnen die op geldige wijze gemeld zijn in de loop van de observatieperiode moeten opgeheven zijn binnen 60 volle uren.

Die percentages worden berekend op basis van alle geldige foutmeldingen en herstellingen die in de betreffende observatieperiode werden gedaan. De gevallen waarbij de herstelling afhangt van een afspraak tussen de aanbieder en de abonnee worden niet in rekening gebracht. Ook de gevallen die toegang tot apparatuur van de abonnee hebben vereist en waarvoor de abonnee geen toegang heeft verleend op het geplande ogenblik, worden uitgesloten”.

Het ontwerpbesluit strekt tot de vervanging van het vierde lid van artikel 7, § 2, van de bijlage bij de wet door de volgende bepaling :

“Die percentages worden berekend op basis van alle geldige foutmeldingen en herstellingen die in de betreffende observatieperiode werden gedaan.

Er wordt geen rekening gehouden met:

- de gevallen waarbij de herstelling afhangt van een afspraak tussen de aanbieder en de abonnee;
- de gevallen waarvoor toegang tot de installaties van de abonnee nodig is en waarvoor de toegang niet mogelijk was door de abonnee op het afgesproken ogenblik;
- de andere gevallen vastgelegd door het Instituut waarover de aanbieder geen controle heeft en die niet kunnen worden toegeschreven aan een fout van hem.

De nadere bepalingen voor de communicatie en goedkeuring van de door de aanbieder aangehaalde oorzaken om de niet-naleving van zijn verplichtingen te rechtvaardigen, worden vastgelegd door het Instituut”.

2. Luidens de aanheft ontleent het ontwerpbesluit zijn rechtsgrond aan artikel 69, § 1, van de wet van 13 juni 2005, en aan artikel 4, tweede lid, van de bijlage bij die wet.

2.1. Artikel 69, § 1, van de wet bevat geen enkele machtiging van de koning om de bijlage bij die wet te wijzigen. Het ontwerpbesluit kan dus geen rechtsgrond ontleenen aan die bepaling.

Paragraaf 2 van hetzelfde artikel bevat wel een dergelijke machtiging, maar de tenuitvoerlegging ervan wordt afhankelijk gesteld van de omstandigheid dat “de technologische evolutie of de marktvoorwaarden het rechtvaardigen”.

Uit het aan de afdeling Wetgeving overgezonden dossier blijkt niet dat zo een omstandigheid aanwezig zou zijn.

2.2. Wat betreft artikel 4, tweede lid, van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005, heeft de aan de Koning verleende machtiging om die bijlage te wijzigen – welke machtiging strikt dient te worden geïnterpreteerd, aangezien het erom gaat de Koning te machtigen om wetgevende bepalingen te wijzigen, en zulks bovendien zonder bekrachtiging door de wetgever – enkel betrekking op de technische voorwaarden van de levering van het geografische element en wordt ze afhankelijk gesteld van de voorwaarde dat is vastgesteld “dat die diensten of vergelijkbare diensten in grote mate toegankelijk zijn”.

Er valt evenwel noch uit het voorliggende dossier, noch uit het verslag aan de Koning op te maken dat die laatste voorwaarde is vervuld: zo kan de voor de wijziging van artikel 7 van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 aangevoerde reden in wezen vertaald worden als het niet-realistische karakter van de doestelingen die zijn vastgelegd bij het huidige artikel 7.

Op de vraag op welke wijze het ontwerpbesluit zijn rechtsgrond ontleent aan artikel 4 van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005, heeft de gemachtigde van de minister het volgende geantwoord :

“Premièrement, la modification doit porter sur une condition technique de prestation de la composante géographique fixe. En l’espèce, l’article 7 de l’annexe à la LCE impose au prestataire de la composante géographique fixe le respect de plusieurs modalités techniques quant à la gestion des dérangements. D’une part, ce prestataire doit mettre tout en œuvre techniquement – au niveau de l’architecture de son réseau, de l’entretien de son infrastructure passive, de la qualité des équipements actifs, de la compétence de ses techniciens et du fonctionnement de l’ensemble de éléments en

ressources techniques utilisés – afin de limiter le taux de dérangement à maximum 7,5 % (article 7, alinéa 1). Pour les lignes dérangées (visées à l'alinéa 1), le prestataire doit prendre toute mesure et affecter toute ressource lui permettant de solutionner, dans les proportions et délais fixés à l'article 7, alinéa 2, les problèmes techniques signalés.

Dès lors que l'AR en projet entend modifier les paramètres de comptabilisation des pourcentages de résolution technique des dérangements qui doivent être rencontrés par le prestataire de la composante géographique fixe, la première condition prévue à l'article 4, alinéa 2, de l'annexe à la LCE est rencontrée. L'on se réfèrera d'ailleurs utilement au titre du Chapitre II de l'annexe, dont l'article 7 fait partie, qui vise bien les conditions techniques de prestation.

Deuxièmement, une modification technique n'est envisageable sur cette base que s'il est établi que ces services ou des services comparables sont largement accessibles. Les services dont question à l'article 4, alinéa 2, de l'annexe à la LCE, portent sur des modalités techniques des prestations fournies au titre du service universel.

Le Chapitre II de l'annexe à la LCE fixe divers seuils quant à la qualité des services qui doivent être fournis, pour chacune des composantes du service universel, par le prestataire désigné, et notamment pour les services de raccordement (article 5), de levée des dérangements (article 7), d'établissement des communications (article 10 abrogé), de réponse avec intervention d'un standardiste (article 13) ou de facturation (artikel 18). Il se peut que l'évolution du marché, bien qu'insuffisante, justifie néanmoins l'adaptation de ces seuils, parce que les services relevant de chacune des composantes du service universel sont (devenus plus) largement accessibles. C'est le cas du service de levée de dérangements. L'analyse, effectuée par l'IBPT dans le cadre de ses différents rapports sur l'exécution du service universel, montre que le service de levée de dérangement fonctionne bien dans la très grande majorité des cas, même si les objectifs de levée de dérangement fixés par la Loi pour la levée dans les 40 et 60 heures n'ont jamais été atteints. Ces objectifs ne sont en effet pas atteints, souvent pour des raisons de force majeure.

L'AR en projet vise donc à aménager les conditions techniques de prestation d'une composante du service universel, alors même que le service de levée de dérangements est largement accessible, c'est-à-dire, très largement satisfaisant dans la grande majorité des cas. La seconde condition d'application prévue à l'article 4, alinéa 2, de l'annexe à la LCE est dès lors, également rencontrée été ceci malgré le fait que certains objectifs n'étaient jamais atteints”.

In zoverre die verantwoordingen betrekking hebben op de vraag of de diensten van het geografische element van de universele dienst of van de vergelijkbare diensten in grote mate toegankelijk zijn, kunnen ze niet worden onderschreven.

Het vaststellen dat de betrokken “diensten” of “vergelijkbare diensten” “in grote mate toegankelijk zijn”, heeft immers niet tot doel te bepalen of de aanbieder van de universele dienst zijn verplichtingen ter zake voldoende (doch niet volledig) nakomt : het gaat erom vast te stellen dat de betrokken diensten in grote mate toegankelijk zijn geworden op de markt van de vaste telefonie via één of meerdere operatoren, met uitzondering van de aanbieder van de universele dienst.

Zo maakt de machtiging die bij artikel 4 van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 aan de Koning wordt verleend, het niet mogelijk de voorwaarden voor de aanbidding van de universele dienst te wijzigen louter omdat niet naar behoren zouden zijn vastgesteld door de

wetgever¹, aangezien het *in casu* gaat om een prestatie die alleen door de aanbieder van de universele dienst kan worden geleverd.

Bijgevolg kan de ontworpen tekst geen rechtsgrond ontleen aan het voornoemde artikel 4, en het staat aan de wetgever om de in het ontwerpbesluit beoogde wijzigingen aan te brengen.

3. De conclusie is dan ook dat de ontworpen tekst geen rechtsgrond heeft.

Gelet op de fundamentele aard van deze opmerking, zal de tekst niet verder worden onderzocht.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Pierre LIÉNARDY

¹ Die onder meer de artikelen 9 tot 12 van de bijlage bij de wet van 13 juni 2005 al heeft opgeheven. Zie de wet van 31 mei 2011 'houdende diverse bepalingen inzake telecommunicatie', inzonderheid artikel 21.