CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

avis 64.496/4
du 21 novembre 2018

sur

un projet d'arrêté royal 'relatif au calcul du coût net des obligations de service universel du prestataire du service postal universel et fixant les modalités relatives au paiement de l'intervention de l'État'

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

advies 64.496/4
van 21 november 2018

over

een ontwerp van koninklijk besluit 'houdende de berekening van de nettokosten van de universeledienstverplichtingen van de aanbieder van de universele postdienst en houdende vaststelling van de regels met betrekking tot de bepaling van de staatstussenkomst'

‡LW-AEMSMFIED-GEEJGQW‡

Le 22 octobre 2018, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par le Vice-Premier Ministre et Ministre de la Coopération au développement, de l'Agenda numérique, des Télécommunications et de la Poste à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un projet d'arrêté royal 'relatif au calcul du coût net des obligations de service universel du prestataire du service postal universel et fixant les modalités relatives au paiement de l'intervention de l'État'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 21 novembre 2018. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Bernard BLERO et Wanda VOGEL, conseillers d'État, Marianne DONY, assesseur, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

Le rapport a été présenté par Laurence VANCRAYEBECK, première auditrice.

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

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 21 novembre 2018.

*

Op 22 oktober 2018 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vice-Eersteminister en Minister van Ontwikkelingssamenwerking, Digitale Agenda, Telecommunicatie en Post verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een ontwerp van koninklijk besluit 'houdende de berekening van de nettokosten van de universeledienstverplichtingen van de aanbieder van de universele postdienst en houdende vaststelling van de regels met betrekking tot de bepaling van de staatstussenkomst'.

Het ontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 21 november 2018. De kamer was samengesteld uit Martine BAGUET, kamervoorzitter, Bernard BLERO en Wanda VOGEL, staatsraden, Marianne DONY, assessor, en Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Laurence VANCRAYEBECK, eerste auditeur.

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

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 21 november 2018.

*

‡LW-AEMSMFIED-GEEJGQW‡

Comme la demande d'avis est introduite sur la base de l'article 84, § 1er, alinéa 1er, 2°, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973, 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

PRÉAMBULE

Il convient d'ajouter un alinéa afin de faire état de l'analyse d'impact qui a été effectuée.

DISPOSITIF

Article 1er

Le paragraphe 1er tend à préciser que les expressions utilisées dans l'arrêté en projet ont la même signification que celle qui leur est donnée par l'article 2 de la loi du 26 janvier 2018 'relative aux services postaux', « sauf disposition contraire ». Or, il ne peut être admis qu'un arrêté donne à certains termes ou expressions un autre sens que celui que la loi leur aurait attribué.

Par conséquent, le paragraphe 1er sera omis.

Article 3

La disposition à l'examen indique les hypothèses au départ desquelles le scénario contrefactuel est déterminé.

La première hypothèse a trait à la configuration du réseau universel qui doit être la même que dans la situation de référence et fournit, au titre d'exemples « le nombre d'unités opérationnelles et le degré d'avancement technologique ». De tels exemples devraient figurer dans le rapport au Roi. En tout état de cause, il n'y a pas lieu, dans un dispositif normatif, de les présenter comme illustratifs, de surcroit entre parenthèses. Une telle manière de faire ne crée pas la sécurité juridique alors même que ce scénario contrefactuel est destiné à décrire la situation hypothétique dans laquelle le prestataire n'est pas soumis aux obligations de service universel.

La disposition sera revue en conséquence.

‡LW-AEMSMFIED-GEEJGQW‡

Article 7

1. Selon les paragraphes 2 et 3, c'est le Conseil des ministres qui est chargé de prendre les décisions relatives à l'intervention de l'État en faveur du prestataire universel.

Il ne ressort pas de l'article 24 de la loi du 26 janvier 2018 que les décisions en la matière devraient être prises par le « Conseil des ministres » et, en tout état de cause, en application de l'article 37 de la Constitution, c'est au Roi qu'appartient le pouvoir exécutif fédéral, et non au Conseil des ministres [1]. En l'espèce, si l'intention est de prévoir que la décision du Roi doit être prise après délibération en Conseil des ministres, il conviendrait de modifier l'article 7 en ce sens.

2. Selon le paragraphe 3,

> « [l]a demande d'intervention de l'État est considérée comme étant approuvée si le Conseil des ministres ne prend pas de décision dans le délai mentionné au § 2 ».

Une telle disposition ne peut se fonder sur l'article 23, § 1er, alinéa 7, de la loi du 26 janvier 2018 qui confie au Roi le soin de déterminer « la méthode de calcul du coût net des obligations de service universel, ainsi que les règles de procédure pour la vérification visée au premier alinéa », à savoir la vérification par l'Institut belge des services postaux et des télécommunications de ce que « le calcul du coût net des obligations de service universel du prestataire du service universel, tel qu'effectué par le prestataire, est conforme à la méthode prévue » par cette même disposition.

Le paragraphe 3 n'entre pas davantage dans les prévisions de l'habilitation prévue à l'article 24, alinéa 5, de la loi du 26 janvier 2018, aux termes de laquelle le Roi détermine « les modalités concrètes de paiement de l'État ». La disposition à l'examen règle en effet les modalités selon lesquelles la décision sur la demande d'intervention de l'État est prise et non les « modalités concrètes de paiement de l'État » faisant suite à l'acceptation d'une demande d'intervention de l'État sollicitée par le prestataire de service universel qui estime après la clôture de l'exercice comptable que la prestation de service universel a donné lieu à une charge inéquitable.

Un tel mécanisme de décision implicite ne peut pas non plus s'appuyer sur le pouvoir général d'exécution confié au Roi par l'article 108 de la Constitution.

Il en résulte que le paragraphe 3 doit être omis.

[1] Voir notamment l'avis n° 60.359/1 donné le 2 décembre 2016 sur un avant-projet devenu la loi du 18 avril 2017 'portant réforme du financement de la sécurité sociale', *Doc. parl.*, Chambre, 2016-2017, n° 2229/1, pp. 54-63, http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/60359.pdf.

‡LW-AEMSMFIED-GEEJGQW‡

3. Le paragraphe 4 prévoit les modalités selon lesquelles le montant de la compensation pour charge inéquitable est versé au prestataire du service universel, en précisant que si la mesure de compensation est notifiée à la Commission européenne aux fins du contrôle visé à l'article 108 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE), son octroi est subordonné à l'issue favorable de cette procédure.

Dans son avis n° 61.918/2/V donné le 11 septembre 2017 sur un avant-projet devenu la loi du 26 janvier 2018 [2], la section de législation avait observé ce qui suit :

> « En vertu de la jurisprudence Altmark [3], la compensation d'un SIEG n'est pas une aide d'État uniquement si le prestataire du SIEG a été désigné par un marché public ou qu'à défaut, le niveau de la compensation a été déterminé sur la base d'une analyse des couts qu'une entreprise moyenne et bien gérée aurait encourus. La jurisprudence a encore précisé à cet égard qu'une comparaison effective avec d'autres opérateurs est indispensable. Il ne résulte d'aucune pièce que l'auteur de l'avant-projet a procédé à une telle comparaison ni qu'il a l'intention de procéder à une telle comparaison. La charge inéquitable susceptible d'être compensée devra être considérée comme une aide d'État et faire l'objet d'une notification préalable à la Commission européenne, conformément à l'article 108, paragraphe 3, TFUE ».

L'article 7, § 4, de l'arrêté en projet, en ne prévoyant pas systématiquement de notifier la mesure de compensation à la Commission européenne, semble s'écarter de cette analyse.

Cependant, le commentaire de l'article figurant dans le rapport au Roi parait s'inscrire dans cette analyse en précisant ce qui suit :

> « Dans le cas où le Conseil des ministres donne suite à la requête du prestataire de service universel, en vertu des règles en matière d'aides d'État, aucun paiement ne pourra être effectué jusqu'à ce que la Commission européenne, suite à une notification de la mesure, décide que la compensation, soit ne constitue pas une aide, soit constitue une aide compatible avec le marché intérieur ».

Le dispositif doit être revu en ce sens dès lors que cette compensation ne pourra pas être accordée aussi longtemps que la Commission européenne, suite à une notification de la mesure aux fins du contrôle visé à l'article 108 du TFUE, n'a pas décidé, ou doit être censée avoir décidé, que la compensation soit ne constitue pas une aide soit constitue une aide compatible avec le marché intérieur.

*

[2] *Doc. parl.*, Chambre, 2017-2018, n° 2694/1, pp. 71-82, http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/61918.pdf.

[3] *Note de bas de page n° 13 de l'avis cité* : C.J.U.E, 24 juillet 2003, (Altmark Trans GmbH et Regierungspräsidium Magdeburg contre Nahverkehrsgesellschaft Altmark), C-280/00, *Rec*. C.J.U.E., 2003 I-07747, ECLI:EU:C:2003:415.

‡LW-AEMSMFIED-GEEJGQW‡

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten 'op de Raad van State', gecoördineerd op 12 januari 1973, 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 die drie punten betreft, geeft het ontwerp aanleiding tot de volgende opmerkingen.

ONDERZOEK VAN HET ONTWERP

AANHEF

Er dient een lid toegevoegd te worden teneinde melding te maken van de impactanalyse die uitgevoerd is.

DISPOSITIEF

Artikel 1

Paragraaf 1 strekt ertoe te verduidelijken dat, "tenzij anders is bepaald", de uitdrukkingen die in het ontworpen besluit gebruikt worden dezelfde betekenis hebben als die welke eraan gegeven wordt bij artikel 2 van de wet van 26 januari 2018 'betreffende de postdiensten'. Er kan echter niet aanvaard worden dat bij een besluit aan sommige termen of uitdrukkingen een andere betekenis gegeven wordt dan die welke er bij wet aan gegeven zou zijn.

Paragraaf 1 moet bijgevolg geschrapt worden.

Artikel 3

In de voorliggende bepaling wordt aangegeven van welke veronderstellingen uitgegaan wordt om het tegenfeitelijk scenario te bepalen.

De eerste veronderstelling betreft de configuratie van het netwerk van de aanbieder van de universele dienst, welke configuratie dezelfde moet zijn als in de referentiesituatie en noemt als voorbeelden "het aantal operationele eenheden en de graad van technologische ontwikkeling". Dergelijke voorbeelden zouden in het verslag aan de Koning opgenomen moeten worden. Hoe dan ook hoort het niet dat ze in een normatieve regeling, en bovendien tussen ronde haakjes, als voorbeelden worden gegeven. Die manier van werken schept geen rechtszekerheid, zelfs al dient dat tegenfeitelijk scenario om de hypothetische situatie te schetsen waarin de aanbieder niet aan de universeledienstverplichtingen onderworpen is.

‡LW-AEMSMFIED-GEEJGQW‡

De bepaling moet dienovereenkomstig herzien worden.

Artikel 7

1. Volgens de paragrafen 2 en 3 moet de Ministerraad de beslissingen nemen inzake de staatstussenkomst ten gunste van de aanbieder van de universele dienst.

Uit artikel 24 van de wet van 26 januari 2018 blijkt niet dat de beslissingen ter zake door de "Ministerraad" genomen zouden moeten worden en met toepassing van artikel 37 van de Grondwet berust de federale uitvoerende macht hoe dan ook bij de Koning, en niet bij de Ministerraad.[1] Als het de bedoeling is erin te voorzien dat de beslissing van de Koning genomen moet worden na overleg in de Ministerraad, zou *in casu* artikel 7 in die zin gewijzigd moeten worden.

2. Paragraaf 3 luidt als volgt:

> "Het verzoek tot staatstussenkomst wordt geacht te zijn goedgekeurd indien de Ministerraad niet beslist binnen de termijn vermeld in § 2".

Een dergelijke bepaling kan niet steunen op artikel 23, § 1, zevende lid, van de wet van 26 januari 2018 waarbij aan de Koning de taak opgedragen wordt om "de methode voor de berekening van de nettokosten van de universele dienstverplichtingen (…), alsook de procedureregels voor de verificatie bedoeld in het eerste lid" te bepalen, dat wil zeggen het nazien door het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie of "de berekening van de nettokosten van de universeledienstverplichtingen van de aanbieder van de universele dienst, zoals uitgevoerd door de aanbieder, overeenkomt met de methode bepaald" in diezelfde bepaling.

Paragraaf 3 past evenmin in het kader van de machtiging vervat in artikel 24, vijfde lid, van de wet van 26 januari 2018, welke machtiging erin bestaat dat de Koning "de concrete regels voor de betaling door de Staat" bepaalt. Bij de voorliggende bepaling worden immers de nadere regels vastgesteld volgens welke de beslissing inzake het verzoek tot staatstussenkomst genomen wordt, en niet de "concrete regels voor de betaling door de Staat", waarbij gevolg wordt gegeven aan de inwilliging van het verzoek tot staatstussenkomst van de aanbieder van de universele dienst, die na de afsluiting van het boekjaar van mening is dat de universeledienstverlening aanleiding gegeven heeft tot een onredelijke last.

Een dergelijke regeling van impliciete beslissing kan ook niet steunen op de algemene uitvoeringsbevoegdheid die krachtens artikel 108 van de Grondwet bij de Koning berust.

[1] Zie inzonderheid advies 60.359/1, op 2 december 2016 gegeven over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 18 april 2017 'houdende hervorming van de financiering van de sociale zekerheid', *Parl.St.* Kamer 2016-17, nr. 2229/1, 54-63, http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/60359.pdf.

‡LW-AEMSMFIED-GEEJGQW‡

Daaruit vloeit voort dat paragraaf 3 geschrapt moet worden.

3. Paragraaf 4 bepaalt de nadere regels volgens welke het bedrag van de vergoeding voor de onredelijke last aan de aanbieder van de universele dienst gestort wordt en daarbij wordt gepreciseerd dat, indien de vergoedingsmaatregel wordt aangemeld "bij de Europese Commissie met het oog op de controle bedoeld in artikel 108 van het Verdrag betreffende de werking van de Europese Unie" (VWEU), de toekenning van de vergoeding afhangt van de gunstige afloop van die procedure.

In advies 61.918/2/V, dat op 11 september 2017 gegeven is over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 26 januari 2018,[2] heeft de afdeling Wetgeving het volgende opgemerkt:

> "Volgens de Altmark-rechtspraak,[3] vormt de compensatie van een DAEB alleen dan geen staatssteun indien de verstrekker van de DAEB aangewezen is via een overheidsopdracht of indien, bij gebrek daaraan, de compensatie is vastgesteld op basis van een analyse van de kosten die een gemiddelde, goed beheerde onderneming zou hebben gemaakt. In de rechtspraak is in dat verband nog gepreciseerd dat een daadwerkelijke vergelijking met andere operatoren onontbeerlijk is. Uit geen enkel stuk blijkt dat de steller van het voorontwerp een dergelijke vergelijking gemaakt heeft of voornemens is om een dergelijke vergelijking te maken. De onredelijke last die voor vergoeding in aanmerking komt, moet beschouwd worden als een vorm van staatssteun waarvan de Europese Commissie overeenkomstig artikel 108, lid 3, VWEU vooraf op de hoogte moet worden gebracht."

Doordat artikel 7, § 4, van het ontworpen besluit er niet systematisch in voorziet dat de Europese Commissie van de vergoedingsmaatregel op de hoogte gebracht moet worden, lijkt het af te wijken van die analyse.

De bespreking van het artikel die in het verslag aan de Koning opgenomen is, lijkt evenwel in de lijn te liggen van die analyse. Daarin staat immers het volgende te lezen:

> "In het geval de Ministerraad gevolg geeft aan het verzoek van de aanbieder van de universele dienst, kan krachtens de regels inzake staatssteun echter geen enkele betaling gebeuren totdat de Commissie, naar aanleiding van een aanmelding van de maatregel, beslist dat de vergoeding ofwel geen staatssteun is, ofwel een met de interne markt verenigbare steun vormt."

[2] *Parl.St.* Kamer 2017-18, nr. 2694/1, 71-82, http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/61918.pdf.

[3] *Voetnoot 13 van het geciteerde advies*: HvJ 24 juli 2003, C-280/00, (Altmark Trans GmbH en Regierungspräsidium Magdeburg t. Nahverkehrsgesellschaft Altmark), *Jur.*, 2003 I-07747, ECLI:EU:C:2003:415.

‡LW-AEMSMFIED-GEEJGQW‡

Het dispositief moet in die zin herzien worden, aangezien die vergoeding niet toegekend zal kunnen worden zolang de Europese Commissie, nadat ze op de hoogte is gebracht van de maatregel met het oog op de in artikel 108 VWEU bedoelde controle, niet beslist heeft, of geacht moet worden beslist te hebben, dat de vergoeding ofwel geen staatssteun is, ofwel een met de interne markt verenigbare steun vormt.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE Martine BAGUET

‡LW-AEMSMFIED-GEEJGQW‡