



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 69.166/4
du 10 juin 2021

advies 69.166/4
van 10 juni 2021

sur

over

un avant-projet de loi 'portant
transposition du code des
communications électroniques
européen et modification de
diverses dispositions en
matière de communications
électroniques'

een voorontwerp van wet
'houdende omzetting van het
Europees wetboek voor
elektronische communicatie en
wijziging van diverse
bepalingen inzake
elektronische communicatie'

Le 2 avril 2021, le Conseil d'État, section de législation, a été invité par la Vice-Première Ministre et Ministre de la Fonction publique, des Entreprises publiques, des Télécommunications et de la Poste à communiquer un avis, dans un délai de trente jours, sur un avant-projet de loi 'portant transposition du code des communications électroniques européen et modification de diverses dispositions en matière de communications électroniques'.

L'avant-projet a été examiné par la quatrième chambre le 10 juin 2021. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Luc CAMBIER et Bernard BLERO, conseillers d'État, Sébastien VAN DROOGHENBROECK et Marianne DONY, assesseurs, 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 Martine BAGUET.

L'avis, dont le texte suit, a été donné le 10 juin 2021.

*

Op 2 april 2021 is de Raad van State, afdeling Wetgeving, door de Vice-eersteminister en Minister van Ambtenarenzaken, Overheidsbedrijven, Telecommunicatie en Post verzocht binnen een termijn van dertig dagen een advies te verstrekken over een voorontwerp van wet 'houdende omzetting van het Europees wetboek voor elektronische communicatie en wijziging van diverse bepalingen inzake elektronische communicatie'.

Het voorontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 10 juni 2021. De kamer was samengesteld uit Martine BAGUET, kamervoorzitter, Luc CAMBIER en Bernard BLERO, staatsraden, Sébastien VAN DROOGHENBROECK en Marianne DONY, assessoren, 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 Martine BAGUET.

Het advies, waarvan de tekst hierna volgt, is gegeven op 10 juni 2021.

*

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

OBSERVATION PRÉALABLE

L'avant-projet à l'examen se donne pour objet, entre autres, de transposer la directive (UE) 2018/1972 du Parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 'établissant le code des communications électroniques européen' (ci-après « le Code »), lequel compte 126 articles et 11 annexes.

Le dispositif de l'avant-projet compte lui-même 261 articles, dont 256 sont des dispositions modificatives, et tient en 205 pages.

Compte tenu du volume et de la complexité du dossier, ainsi que des aspects très techniques qu'il revêt à certains égards, et du bref délai, au regard de ces éléments, dont a pu disposer la section de législation pour examiner celui-ci, il ne lui a pas été possible de procéder à un examen exhaustif de l'avant-projet, même limité aux trois points indiqués dans l'article 84, § 3, alinéa 1^{er}, des lois coordonnées 'sur le Conseil d'État'.

Le présent avis se limite donc à l'examen de quelques questions particulièrement importantes. Il contient ainsi des observations générales quant à certains pouvoirs conférés par le texte en projet à l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (en abrégé IBPT). Il comprend également des observations relatives à des questions d'ordre général ou particulier portant sur des dispositions de l'avant-projet qui comportent de véritables innovations de fond¹ par rapport au droit existant ou posent des difficultés au regard de l'évolution du cadre juridique international, européen ou interne, spécialement la transposition du Code.

Par ailleurs, faute d'une connaissance particulière des situations de fait et des données éminemment techniques à prendre en considération, et dès lors que la section de législation n'a pas la possibilité juridique d'organiser un débat contradictoire à ce sujet, le présent avis n'a pas pour objet, le cas échéant, de se prononcer de manière tranchée sur des questions en lien avec des aspects de haute technicité échappant à la sphère juridique².

[‡] S'agissant d'un avant-projet de loi, on entend par « fondement juridique » la conformité aux normes supérieures.

¹ Pour cette raison, les dispositions de l'avant-projet qui sont identiques au droit en vigueur ou qui en sont largement inspirées ne feront en principe l'objet d'aucune observation.

² Voir en ce sens, à titre d'exemples, l'avis n° 43.663/4 donné le 22 octobre 2007 sur une proposition devenue le décret du 22 novembre 2007 'portant modification du décret du 23 juin 1994 relatif à la création et l'exploitation des aéroports et aérodromes relevant de la Région wallonne', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/43663.pdf>, l'avis n° 59.763/2/V donné le 18 août 2016 sur un projet devenu l'arrêté du Gouvernement wallon du 22 septembre 2016 'modifiant le Livre II du Code de l'environnement contenant le Code de l'Eau en ce qui concerne la protection de la ressource en eau', www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/59763.pdf et l'avis n° 65.115/4 donné le

Il va de soi que, dans les conditions qui viennent d'être indiquées, il ne peut rien être déduit du silence gardé dans le présent avis sur certaines dispositions ou questions ³.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

I. LES POUVOIRS CONFÉRÉS À L'IBPT

1. L'avant-projet comporte un certain nombre de dispositions qui entendent conférer de nouveaux pouvoirs à l'IBPT.

Parmi ces dispositions, nombreuses sont celles qui apparaissent comme confiant un pouvoir réglementaire ⁴ à l'IBPT, ou qui ne permettent pas de déterminer si les nouvelles compétences visées portent sur des actes à portée individuelle ou réglementaire.

À cet égard, la section de législation relève essentiellement les dispositions suivantes :

1° Article 41 de l'avant-projet :

L'article 9, § 4, en projet, de la loi du 13 juin 2005 'relative aux communications électroniques' habilite l'IBPT à fixer les modalités des notifications visées aux paragraphes 1^{er}, en projet, et 3, à savoir respectivement les notifications en vue de la fourniture de réseaux publics de communications électroniques ou de services de communications électroniques accessibles au public, ainsi que les notifications lors de modifications à des éléments figurant dans la première notification, et lorsque l'opérateur met un terme à son activité.

18 février 2019 sur un avant-projet devenu le décret wallon du 2 mai 2019 'modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/65115.pdf>.

³ Voir notamment, pour une observation préalable similaire, l'avis n° 64.927/4 donné le 30 janvier 2019 sur un avant-projet de décret de la Région wallonne 'instituant le Code de la gestion des ressources du sous-sol', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/64927.pdf>, et l'avis n° 67.724/2/V donné le 9 septembre 2020 sur un avant-projet devenu le décret de la Communauté française du 4 février 2021 'relatif aux services de médias audiovisuels et aux services de partage de vidéos', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/67724.pdf>.

⁴ Sur le fait de conférer un pouvoir de décision individuelle à l'IBPT, voir entre autres l'avis n° 33. 255/4 donné le 5 juin 2002 sur un avant-projet devenu la loi du 17 janvier 2003 'relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges' et 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 des télécommunications belges', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/33255.pdf>, ainsi que l'avis n° 50.003/4 donné le 26 septembre 2011 sur un avant-projet devenu la loi du 16 mars 2015 'portant modification de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/50003.pdf>.

2° Article 44 de l'avant-projet :

En matière de portage, spécialement pour les hypothèses d'échec de portage, ou s'agissant du processus de portage à distance, du portage de services prépayés et du remboursement par l'opérateur cédant, l'IBPT est habilité par l'article 11, § 7, alinéas 3, 5 et 6, en projet, de la loi du 13 juin 2005, à « fixer les modalités et les règles de coopération entre les opérateurs », le « processus » de portage à distance et les modalités d'exécution du remboursement.

3° Articles 50 et 59 de l'avant-projet :

Il résulte en substance des articles 13/2 et 20 en projet de la loi du 13 juin 2005 que l'IBPT est chargé de définir lui-même les conditions d'utilisation du spectre radioélectrique par voie d'« autorisation générale ». L'IBPT est ainsi habilité, en matière d'utilisation du spectre, à arrêter le « cadre juridique mis en place, qui garantit le droit de fournir des réseaux ou des services de communications électroniques et qui fixe les obligations propres au secteur pouvant s'appliquer à tous les types de réseaux et de services de communications électroniques ou à certains d'entre eux » ⁵.

En d'autres termes, c'est l'IBPT qui fixera, par voie de dispositions générales et abstraites, les conditions à respecter par les opérateurs concernés en vue de l'utilisation du spectre radioélectrique ne nécessitant pas d'autorisation individuelle.

C'est également l'IBPT qui sera chargé de déterminer si, par dérogation à l'autorisation générale dont bénéficient en principe tous les opérateurs, il est nécessaire, sur la base de certains critères, énumérés à l'article 13/2, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, de la loi du 13 juin 2005 ⁶, de procéder par voie d'autorisations individuelles portant sur une partie déterminée du spectre.

L'IBPT disposera également de la possibilité de combiner régime d'autorisation générale et régime d'autorisation individuelle.

Enfin, lorsque l'IBPT conclura, moyennant le respect des conditions de fond et procédurales prévues à l'article 20, en projet, de la loi du 13 juin 2005, que le régime d'autorisation le plus approprié est l'octroi de droits d'utilisation – par opposition au régime dit d'« autorisation générale » –, il proposera alors au Roi, qui la fixera, la procédure visant à limiter le nombre de droits d'utilisation du spectre à octroyer.

Une fois la procédure définie, c'est pour l'essentiel, l'IBPT qui la mènera et attribuera, *in fine*, les droits d'utilisation.

⁵ Définition de la notion d'« autorisation générale » au sens de l'article 2, 11/1°, en projet, de la loi du 13 juin 2005 (article 32, 7°, de l'avant-projet).

⁶ Comme les caractéristiques spécifiques du spectre radioélectrique concerné, la nécessité d'assurer la protection contre le brouillage préjudiciable, ou la nécessité de préserver l'utilisation efficiente du spectre radioélectrique.

4° Article 68 de l'avant-projet :

L'article 26/1, en projet, de la loi du 13 juin 2005 prévoit :

« Dans le cadre d'une utilisation partagée de site d'antennes, l'Institut peut préciser les modalités techniques des obligations visées aux articles 25 et 26 et si nécessaire fixer pour une durée de maximum 18 mois des obligations de nature organisationnelle et technique applicables à titre complémentaire en vue d'assurer la préservation de l'intérêt général ou de permettre un système rapide d'échange d'informations ».

5° Article 80 de l'avant-projet :

L'article 40, en projet, de la loi du 13 juin 2005, permet à l'IBPT de soumettre l'utilisation d'équipement hertziens à des exigences supplémentaires aux exigences essentielles visées à l'article 32 de la même loi. Ces exigences supplémentaires doivent être publiées sur le site Internet de l'IBPT, et faire l'objet d'une mention au *Moniteur belge*.

6° Article 89 de l'avant-projet :

L'article 49/1, § 2, en projet, de la loi du 13 juin 2005, confie à l'IBPT le pouvoir de définir « par le biais d'une décision, les informations à fournir, le niveau de détail et le format de celles-ci ainsi que la périodicité des analyses géographiques » attendues des opérateurs en vertu du paragraphe 1^{er} du même article. Pour ce faire, il est prévu que l'IBPT tienne compte de l'évolution technologique et des autres développements.

7° Article 90 de l'avant-projet :

En matière de zone de couverture et de déclarations y afférentes à communiquer par les opérateurs à l'IBPT, l'article 49/2, § 2, alinéa 3, en projet, de la loi du 13 juin 2005 prévoit :

« L'Institut précise les informations à inclure dans ces déclarations, afin que leur niveau de détail atteigne au moins celui pris en considération dans toute prévision faite en vertu de l'article 49/1, § 1^{er}. Il indique également à toute entreprise ou autorité publique manifestant son intérêt si la zone désignée est couverte ou susceptible d'être couverte par un réseau d'accès de nouvelle génération offrant un débit descendant inférieur à 100 Mbps sur le fondement des informations recueillies en application de l'article 49/1, § 1^{er} ».

8° Article 102 de l'avant-projet :

L'article 59, § 6, en projet, de la loi du 13 juin 2005 habilite l'IBPT à déterminer les modalités de la publication de l'offre de référence et de l'information à fournir aux bénéficiaires de celle-ci.

9° Article 115 de l'avant-projet :

L'article 115 de l'avant-projet modifie l'article 66, § 3, de la loi du 13 juin 2005, de sorte que désormais, ce ne soit plus le Roi, après avis de l'IBPT, mais l'IBPT lui-même qui fixe le modèle et les méthodologies comptables à utiliser par opérateurs qui disposent de droits exclusifs ou spéciaux dans d'autres secteurs que ceux des communications électroniques.

10° Article 131 de l'avant-projet :

a) L'article 105/1, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi du 13 juin 2005 permet à l'IBPT de fixer les modalités de l'analyse de risque que doivent mener les opérateurs pour la sécurité de leurs réseaux et service.

b) L'alinéa 2 du même paragraphe prévoit :

« Les opérateurs prennent les mesures d'ordre technique et organisationnel adéquates et proportionnées, y compris le cas échéant le chiffrement, pour gérer ces risques de manière appropriée ainsi que pour prévenir et limiter l'impact des incidents de sécurité tant pour les utilisateurs que pour d'autres réseaux et services ».

L'alinéa 4 de la même disposition permet à l'IBPT de « préciser les mesures visées à l'alinéa 2, lorsque le risque visé à cet alinéa découle de l'organisation des opérateurs ». Sans préjudice de cette habilitation, l'alinéa 5 du même paragraphe permet au Roi, après avis de l'IBPT, de préciser les mesures concernées.

c) L'article 105/1, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi du 13 juin 2005 prévoit :

« Les opérateurs prennent toutes les mesures nécessaires, y compris préventives, pour assurer la disponibilité la plus complète possible des services de communications vocales et des services d'accès à l'internet en cas de défaillance exceptionnelle des réseaux ou de force majeure ».

L'alinéa 2 de la même disposition permet à l'IBPT de « préciser ces mesures, lorsque le risque de défaillance ou de force majeure découle de l'organisation des opérateurs ». Sans préjudice de cette habilitation, l'alinéa 3 du même paragraphe permet au Roi, après avis de l'IBPT, de préciser les mesures concernées.

11° Article 132 de l'avant-projet :

a) S'agissant des informations relatives aux mesures de protection ou aux mesures correctrices que peuvent prendre les utilisateurs potentiellement concernés par une menace particulière, l'article 105/2, § 1^{er}, alinéa 3, en projet, de la loi du 13 juin 2005 permet à l'IBPT de « préciser les cas dans lesquels une information doit être notifiée ainsi que les modalités de cette communication ».

b) Le paragraphe 2, alinéa 3, du même article prévoit que « [l']Institut précise dans quels cas l'incident de sécurité [concerné] a un impact significatif au sens de l'alinéa 1^{er} ainsi que les modalités de la notification ».

12° Article 133 de l'avant-projet :

L'article 105/3, § 2, alinéa 1^{er}, en projet, de la loi du 13 juin 2005 permet à l'IBPT de fixer les modalités à respecter pour la fourniture, par les opérateurs, des informations nécessaires pour évaluer la sécurité de leurs réseaux et services.

13° Article 142 de l'avant-projet :

L'article 107, § 4, alinéa 7, en projet, de la loi du 13 juin 2005 prévoit que

« [l]' Institut définit, en concertation avec les services d'urgence concernés, et au besoin après avoir consulté l'ORECE, les critères relatifs à la précision et la fiabilité des données de localisation de l'appelant fournies ».

14° Article 146 de l'avant-projet :

a) L'article 109, alinéa 1^{er}, *in fine*, en projet, de la loi du 13 juin 2005, habilite l'IBPT à fixer les modalités selon lesquelles les données du profil de consommation sont ajoutées par l'opérateur, sur un support durable, au plan tarifaire le plus avantageux pour l'abonné ayant un plan tarifaire destiné à une utilisation résidentielle.

b) L'alinéa 4, du même article, permet pour sa part à l'IBPT de fixer les modalités des obligations prévues par l'article 109, l'IBPT devant toutefois prévoir un délai de six mois au moins après la publication de ces modalités pour la mise en œuvre des obligations concernées.

15° Article 149 de l'avant-projet :

L'article 111, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, de la loi du 13 juin 2005 prévoit que « [l]'Institut peut fixer le contenu précis des informations à publier ainsi que les modalités de leur publication. [...] » ; ces informations sont déjà énumérées avec une précision non négligeable à l'alinéa 1^{er} du même paragraphe.

16° Article 153 de l'avant-projet :

Selon l'article 112, alinéa 4, en projet, de la loi du 13 juin 2005, les opérateurs doivent donner gratuitement la possibilité de fixer un plafond financier ou exprimé en volume « parmi les plafonds fixés dans une liste établie par l'Institut ». Il est prévu que par défaut, l'IBPT fixe le plafond.

17° Article 156 de l'avant-projet :

a) L'article 113, § 3, en projet, de la loi du 13 juin 2005 prévoit que « [l]'Institut définit les paramètres à utiliser en ce qui concerne la qualité du réseau et du service ainsi que les méthodes de mesure à appliquer » et qu'il « fixe également le contenu, la périodicité, la forme et la méthode de publication des informations, y compris les éventuels mécanismes de certification de la qualité ».

b) Quant à l'article 113, § 4, alinéa 2, en projet, de la loi du 13 juin 2005, il prévoit qu'« [a]ux fins de la comparaison et de l'évaluation de la qualité de service et compte tenu des principes de non-discrimination et de proportionnalité, l'Institut détermine qui doit obligatoirement communiquer ces résultats, ainsi que le format et la fréquence de cette communication ».

18° Article 166 de l'avant-projet :

a) L'article 121, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, de la loi du 13 juin 2005, habilite l'IBPT à « demander aux opérateurs de fournir gratuitement l'identification de la ligne appelante ou le message SMS/MMS ».

b) Pour sa part, l'article 121, § 5, alinéa 1^{er}, en projet, de la même loi prévoit que l'IBPT « précise les modalités en matière de présentation, de format et de transmission de l'identification de la ligne appelante ou de l'expéditeur dans le cas d'un message SMS/MMS aux fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques impliqués dans l'acheminement de communications électroniques fondées sur la numérotation en vue d'atteindre le plus haut niveau de fiabilité possible ».

En son alinéa 2, le même paragraphe prévoit que « [p]our les appels ou messages SMS/MMS émis en dehors du territoire belge, si le numéro de téléphone ne peut pas être considéré comme fiable, l'Institut doit imposer des mesures aux opérateurs de réseaux et de services de communications électroniques par le biais d'une décision, et ce, pour autant qu'il soit techniquement possible d'en informer l'appelé ou le destinataire dans le cas d'un message SMS/MMS ou d'empêcher la présentation du numéro de téléphone ».

c) Le paragraphe 6 en projet habilite pour sa part l'IBPT à « détermine[r] quels numéros de téléphone ne peuvent jamais être montrés comme identification de la ligne appelante ou de l'expéditeur dans le cas d'un message SMS/MMS ».

2. S'agissant du fait de confier un pouvoir réglementaire à l'IBPT, lequel constitue une autorité administrative indépendante à l'égard de laquelle aucun contrôle de tutelle n'est organisé, il convient d'observer ce qui suit.

2.1. Concernant l'attribution d'un pouvoir réglementaire à une autorité qui n'est pas responsable politiquement devant les assemblées législatives concernées – c'est-à-dire, à une autorité autre que le Roi agissant sous le contreseing d'un Ministre, ou qu'un Ministre –, la section de législation a déjà observé à de nombreuses reprises que l'attribution d'une compétence réglementaire à des organismes publics ou à leurs organes est difficilement compatible avec les principes généraux du droit public belge (article 33 et 108 de la Constitution), en ce qu'elle porte atteinte au principe de l'unité du pouvoir réglementaire et échappe à tout contrôle parlementaire direct. Les actes réglementaires de ce type sont en outre dépourvus des garanties dont est assortie la réglementation classique, telles celles en matière de publication et de contrôle préventif exercé par la section de législation.

Si dans le passé, la section de législation a déjà estimé admissibles certaines exceptions à l'interdiction de déléguer une compétence réglementaire à des organismes publics, il s'agissait généralement de délégations de portée limitée et d'une technicité telle qu'il pouvait être considéré que les organismes qui devaient appliquer la réglementation concernée, étaient également les mieux placés pour l'élaborer⁷.

⁷ Voir, par exemple, l'avis n° 42.387/VR donné le 27 mars 2007 sur un avant-projet devenu la loi du 15 mai 2007 'portant assentiment à l'accord de coopération entre l'Autorité fédérale, la Région flamande, la Région wallonne et la

Même dans ces hypothèses, la section de législation a déjà observé qu'il importe cependant que ces règlements fassent l'objet d'une décision prise par le Roi sur proposition de l'organisme, ou à tout le moins d'une approbation par le Roi et, ce faisant, d'une publication au *Moniteur belge*⁸. De tels mécanismes permettent que la responsabilité du règlement concerné soit endossée par une autorité qui est responsable politiquement devant les chambres législatives.

Au regard des principes ainsi rappelés, aucun pouvoir réglementaire ne peut en principe être conféré à l'IBPT, autorité administrative indépendante, si ce n'est sur des aspects limités et techniques, tels qu'il est permis de considérer que l'IBPT – qui doit appliquer la réglementation concernée – est également le mieux placé pour l'élaborer. Encore faut-il qu'une autorité politiquement responsable puisse endosser la responsabilité des règlements concernés, soit parce que cette autorité – en l'occurrence, le Roi – interviendra sur proposition de l'IBPT, soit parce que cette même autorité devra approuver les mesures réglementaires. Cette dernière condition pourrait, le cas échéant, ne pas devoir être remplie pour l'adoption de mesures éminemment techniques et n'intervenant que dans des cas où le pouvoir réglementaire ne suppose pas l'exercice d'un véritable pouvoir d'appréciation impliquant des choix en opportunité, parce que, par exemple, le droit européen détermine déjà l'intégralité, ou presque, de la réglementation concernée.

2.2. En ce qui concerne les « autorités de régulation nationales » au sens du droit européen, dans différents secteurs, les principes décrits ci-avant doivent toutefois être nuancés.

2.2.1. Ainsi, examinant l'avant-projet devenu la loi du 16 mars 2015 'portant modification de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges', dont l'article 2 a abrogé l'article 15 de la loi du 17 janvier 2003 'relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges', lequel avait pour objet d'organiser le contrôle de tutelle à l'égard de l'IBPT, la section de législation avait notamment observé ce qui suit⁹ :

« 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.

Région de Bruxelles-Capitale relatif à la mise en œuvre de certaines dispositions du Protocole de Kyoto', conclu à Bruxelles, le 19 février 2007, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/42387.pdf> et l'avis n° 63.288/4 donné le 30 avril 2018 sur un avant-projet devenu la loi du 19 juillet 2018 'relative à l'accessibilité des sites internet et des applications mobiles des organismes du secteur public', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/63288.pdf>.

⁸ Voir l'avis n° 63.288/4.

⁹ Avis n° 50.003/4 donné le 26 septembre 2011 sur un avant-projet devenu la loi du 16 mars 2015 'portant modification de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/50003.pdf>.

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'Électricité 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.

[...]

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 ¹⁰.

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.

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

¹⁰ Note de bas de page n° 14 de l'avis cité : 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.

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.

[...]

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 [au point]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 3bis, de la directive 'cadre'.

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

2.2.2. En substance, il résulte de cet avis qu'au regard du droit européen et de l'arrêt n°130/2010 de la Cour constitutionnelle, il est en tout cas admissible de confier à l'IBPT un pouvoir de décision individuelle, même en l'absence d'un contrôle de tutelle à l'égard des actes concernés, à tout le moins dans les hypothèses où le droit européen requiert expressément l'intervention de l'autorité de régulation agissant de manière parfaitement indépendante et où il existe un contrôle juridictionnel. Il est par contre plus délicat d'étendre ce raisonnement aux actes réglementaires, et les incertitudes à cet égard sont non négligeables.

2.2.3. Cependant, la question de savoir si un même raisonnement est effectivement transposable à l'attribution de pouvoirs réglementaires à l'IBPT peut désormais être examinée plus avant à la lumière, spécialement, de l'arrêt n° 71/2016 de la Cour constitutionnelle, rendu le 25 mai 2016, postérieurement donc à l'avis n° 50.003/4 de la section de législation.

Dans cette affaire, la Cour constitutionnelle était saisie d'un recours introduit par la Commission wallonne pour l'Energie, la CWaPE, autorité de régulation des marchés de l'électricité et du gaz en Région wallonne, indépendante du Gouvernement wallon ¹¹ et disposant de la personnalité juridique ¹², recours dirigé contre l'article 12, 2°, du décret de la Région wallonne du 11 avril 2014 'modifiant le décret du 12 avril 2001 relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité'.

Tel que modifié par l'article 12 du décret du 11 avril 2014, l'article 14 du décret du 12 avril 2001, était rédigé comme suit :

« § 1^{er}. L'article 12bis de la loi du 29 avril 1999 relative à l'organisation du marché de l'électricité et l'article 15/5ter de la loi du 12 avril 1965 relative au transport de produits gazeux et autres par canalisations, en ce qu'elles visent les droits, les obligations et les tarifs des gestionnaires de réseau de distribution, restent applicables pour la Région wallonne après l'entrée en vigueur de la loi spéciale du 6 janvier 2014 relative à la Sixième Réforme de l'État attribuant la compétence sur les tarifs de distribution de gaz et d'électricité aux régions, sous réserve des modifications suivantes :

1° les mots 'commission' sont remplacés par 'CWAPE' ;

2° les mots 'Chambre des représentants' sont remplacés par les mots 'Parlement wallon' ;

3° dans la première phrase du paragraphe 2, les mots 'Après concertation avec les régulateurs régionaux et' sont abrogés ;

¹¹ Article 47ter, § 1^{er}, spécialement l'alinéa 1^{er}, du décret du 12 avril 2001 'relatif à l'organisation du marché régional de l'électricité'.

¹² Article 43, § 1^{er}, du décret du 12 avril 2001.

4° au paragraphe 14, les mots 'cour d'appel de Bruxelles' sont remplacés par les mots 'cour d'appel de Liège'.

Par dérogation à l'alinéa 1^{er}, la méthodologie tarifaire relative à la période 2015 au plus tôt 2017 est établie selon une procédure ad hoc, en ce compris de publicité, laquelle s'inscrit dans le respect des lignes directrices applicables, et des délais raisonnables convenus par la CWaPE après concertation avec les gestionnaires de réseaux de distribution.

[...]

§ 2. La méthodologie détermine les modalités d'intégration et de contrôle des coûts non gérables constitués par les charges de pension des agents sous statut public du gestionnaire de réseau ou de la filiale ou sous-filiale ayant une activité régulée de gestion de réseau de distribution ¹³.

§ 3. Le gestionnaire de réseau publie chaque année les tarifs en vigueur sur le réseau pour lequel il a été désigné en ce compris les tarifs relatifs aux services auxiliaires, tels qu'approuvés par la CWaPE ».

Par ailleurs, l'article 43, § 2, alinéa 2, du décret du 12 avril 2001, modifié par le décret du 11 avril 2014, confie à la CWaPE, en ses 14° et 14°bis, « l'approbation des tarifs des gestionnaires des réseaux de distribution ainsi que, conformément aux articles 15bis et 15ter, les conditions de rémunération des réseaux privés et des réseaux fermés professionnels », ainsi que « l'exercice des compétences tarifaires, notamment la fixation de la méthodologie tarifaire et la surveillance et le contrôle de la mise en œuvre des plans d'adaptation des gestionnaires de réseau, conformément à l'article 15, §§4 et 5 ».

Par ces dispositions, la CWaPE s'est ainsi vu confier la compétence en matière tarifaire, spécialement la fixation de la méthodologie tarifaire à appliquer par les gestionnaires de réseau de distribution. Toutefois, l'article 14, § 2, du décret du 12 avril 2001, inséré par l'article 12, 2°, du décret du 11 avril 2014 imposait que

« [l]a méthodologie [tarifaire] détermine les modalités d'intégration et de contrôle des coûts non gérables constitués par les charges de pension des agents sous statut public du gestionnaire de réseau ou de la filiale ou sous-filiale ayant une activité régulée de gestion de réseau de distribution ».

À l'appui de son recours en annulation, la CWaPE soulevait un moyen unique « pris de la violation des articles 10 et 11 de la Constitution, lus isolément ou en combinaison avec les articles 35, §§ 4 et 5, et 37 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 » ¹⁴.

Elle soutenait

« qu'en imposant à l'autorité de régulation de considérer les charges de pension des agents sous statut public du gestionnaire de réseau comme des coûts non gérables, le législateur wallon lui impose une décision et porte atteinte à sa compétence en matière de fixation de la méthodologie tarifaire et à son indépendance par rapport à tout organe

¹³ C'est ce paragraphe qui a été inséré par l'article 12, 2°, du décret du 11 avril 2014.

¹⁴ C.C., 25 mai 2016, n° 71/2016, B.4.

public ou privé. La disposition attaquée créerait de la sorte une différence de traitement discriminatoire à son égard par rapport aux autres autorités de régulation compétentes en matière d'établissement de la méthodologie tarifaire, en l'occurrence la CREG (Commission de régulation de l'électricité et du gaz), BRUGEL (Commission de régulation pour l'énergie en Région de Bruxelles-Capitale) et la VREG (Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt), celles-ci étant soumises à des normes de droit interne conformes à la directive européenne dès lors qu'elles ne sont pas soumises à une disposition équivalente et restent dès lors libres de la qualification qu'elles entendent donner aux charges de pensions des agents sous statut public »¹⁵.

Examinant ce moyen, la Cour constitutionnelle a tout d'abord rappelé, en substance, ce qui suit :

1° d'une part, selon l'article 37, paragraphe 1, a), 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' :

« 1. L'autorité de régulation est investie des missions suivantes :

a) fixer ou approuver, selon des critères transparents, les tarifs de transport ou de distribution ou leurs méthodes de calcul » ;

2° d'autre part, la même directive

« [...] a voulu réaliser l'indépendance fonctionnelle du régulateur national de l'énergie, en l'espèce pour le marché de l'électricité.

Cette indépendance lors de l'exercice des missions du régulateur est garantie non seulement vis-à-vis des acteurs du marché, mais aussi vis-à-vis de toutes les autorités.

[...]

L'exigence d'une indépendance fonctionnelle totale du régulateur national de l'énergie en ce qu'il doit être soustrait à toute influence extérieure est un élément essentiel au regard des objectifs de la directive précitée 2009/72/CE, parmi lesquels la réalisation d'un marché intérieur de l'énergie qui soit compétitif »¹⁶.

Au regard de la compétence de l'autorité de régulation en matière d'électricité et de son indépendance, ainsi prévues par le droit européen, la Cour constitutionnelle a dit pour droit, en substance, que dès lors que l'article 14, § 2, du décret du 12 avril 2001, inséré par l'article 12, 2°, du décret du 11 avril 2014, avait pour objet d'« édicter de façon unilatérale le choix d'une qualification déterminée d'un cout préalable à la fixation du tarif à imposer et de sa méthodologie », il portait atteinte à la compétence exclusive du régulateur, prévue par le droit européen.

2.2.4. Il se déduit donc de l'arrêt n° 71/2016 de la Cour constitutionnelle que lorsque le droit européen attribue une compétence exclusive à un régulateur indépendant, il ne peut être porté atteinte à cette compétence, d'une manière ou d'une autre, même lorsqu'il s'agit d'une compétence à portée réglementaire, à savoir, s'agissant de la CWaPE, la fixation d'une méthode de calcul des tarifs.

¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶ C.C., 25 mai 2016, n° 71/2016, B.9.1 et B.9.2.

S'agissant de l'avant-projet de loi à l'examen, il peut en être déduit que le législateur peut et même doit conférer à l'IBPT un pouvoir de nature réglementaire dans les hypothèses où le droit européen attribue un tel pouvoir, et ce, à titre exclusif, aux « autorités de régulation nationales ».

Par contre, il ne peut être déduit de la jurisprudence de la Cour constitutionnelle que de tels pouvoirs pourraient être concédés à l'IBPT dans les hypothèses où le droit européen prévoit l'intervention des « États membres » ou des « autorités compétentes de celui-ci » puisqu'ainsi, aucune compétence exclusive n'est attribuée aux « autorités de régulation ». À priori, il en va aussi de même lorsque le droit européen laisse le choix aux États membres d'attribuer une mission déterminée à l'autorité de régulation ou aux autorités compétentes.

Dans ces hypothèses, les principes rappelés au point 2.1 ci-avant trouvent donc à s'appliquer.

2.3.1. De ce qui précède, il suit que, outre le fait que les dispositions énoncées au point 1 doivent faire apparaître sans ambiguïté la portée – individuelle ou réglementaire – du pouvoir conféré à l'IBPT ¹⁷, il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'être en mesure d'établir que chacune des habilitations ainsi conférées à l'IBPT :

1° soit a pour objet de transposer une disposition de droit européen qui attribue exclusivement aux autorités nationales de régulation une compétence ayant une portée identique (première catégorie) ;

2° soit, à défaut d'une telle disposition de droit européen, porte sur des aspects limités et techniques, tels que l'on puisse considérer que l'IBPT, qui doit appliquer la réglementation concernée, est également le mieux placé pour l'élaborer (seconde catégorie).

En ce qui concerne la seconde catégorie, il conviendra en outre que les habilitations visées soient revues et complétées afin de permettre qu'une autorité politiquement responsable – le Roi, ou, pour les aspects accessoires ou de détails, le Ministre – puisse endosser la responsabilité des règlements concernés, soit par une procédure impliquant que l'IBPT propose la réglementation à adopter, soit par une procédure dans laquelle le Roi devra donner son approbation au règlement établi par l'IBPT. Le cas échéant, il pourra ne pas être satisfait à cette condition dans les cas où le pouvoir réglementaire ne suppose pas l'exercice d'un véritable pouvoir d'appréciation impliquant des choix en opportunité, parce que, par exemple, le droit européen détermine déjà l'intégralité, ou presque, de la réglementation concernée ¹⁸.

¹⁷ À titre d'exemples, doivent être réexaminés, sur ce point précis, l'article 49/1, § 2, en projet, de la loi du 13 juin 2005 visé au point 1, 6°, ci-avant, l'article 105/2, § 1^{er}, alinéa 3, et § 2, alinéa 3, en projet, de la même loi visé au point 1, 11°, ci-avant, et l'article 121, § 5, en projet, de la même loi visé au point 1, 18°, c), ci-avant.

¹⁸ À titre d'exemple, les délégués de la Ministre ont exposé que tel était le cas de l'habilitation conférée à l'IBPT par l'article 41 de l'avant-projet, citée au point 1.1°, ci-avant (article 9, § 4, en projet, de la loi du 13 juin 2005), dès lors que, d'une part, les éléments de la notification sont déjà énumérés à l'article 9, § 1^{er}, en projet, de la loi du 13 juin 2005, et que, d'autre part, l'IBPT s'alignera, à cet égard, sur l'ORECE. Peut également être citée l'habilitation conférée par l'article 149 de l'avant-projet, citée au point 1. 15°, ci-avant (article 111, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, de la loi du 13 juin 2005), dans la mesure où les informations dont le contenu sera fixé par l'IBPT sont déjà énumérées avec une précision non négligeable à l'alinéa 1^{er} du même paragraphe.

2.3.2. Dans la première catégorie mentionnée au point 2.3.1 ci-avant, peut être citée, en tout cas, l'habilitation conférée à l'IBPT citée au point 1.18°, a), ci-avant (article 166 de l'avant-projet, dans la mesure où cette habilitation concerne l'identification de la ligne appelante ¹⁹).

Dans la seconde catégorie, il peut être cité, de manière non exhaustive, les habilitations confiées à l'IPBT énumérées au point 1.2° (s'agissant du processus de portage à distance – article 44 de l'avant-projet), 4° (article 68 de l'avant-projet), 6° (article 89 de l'avant-projet), 8° (article 102 de l'avant-projet), 13° (article 142 de l'avant-projet) et 14° (article 146 de l'avant-projet) ci-avant.

D'autres habilitations paraissent par contre difficilement pouvoir être considérées comme entrant dans l'une des deux catégories précitées. Pour ces dispositions, il s'impose de prévoir que les règles concernées seront adoptées par le Roi, d'initiative sur avis de l'IBPT, ou sur proposition de ce dernier ²⁰.

À titre d'exemple, la section de législation retiendra tout spécialement les pouvoirs conférés à l'IBPT par les articles 50 et 59 de l'avant-projet, qui pour rappel, habilitent l'IBPT, en substance, à fixer par voie de dispositions générales et abstraites, les conditions à respecter par les opérateurs concernés en vue d'une utilisation du spectre radioélectrique ne nécessitant pas d'autorisation individuelle. C'est également l'IBPT qui sera chargé de déterminer si, par dérogation à l'autorisation générale dont bénéficie en principe tous les opérateurs, il est nécessaire, sur la base de certains critères, énumérés à l'article 13/2, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, de la loi du 13 juin 2005 ²¹, de procéder par voie d'autorisations individuelles portant sur une partie déterminée du spectre. L'IBPT disposera également de la possibilité de combiner régime d'autorisation générale et régime d'autorisation individuelle. Enfin, lorsque l'IBPT conclura que le régime d'autorisation le plus approprié est l'octroi de droits d'utilisation – par opposition au régime dit d'« autorisation générale » –, il proposera alors au Roi, qui la fixera, la procédure visant à limiter le nombre de droits d'utilisation du spectre à octroyer.

De telles options et réglementations, si elles reposent bien évidemment sur des aspects techniques, impliquent néanmoins l'exercice d'un pouvoir d'appréciation portant sur le régime général et particulier de mise à disposition du spectre radioélectrique et, pour ces motifs, n'apparaissent pas comme pouvant relever de manière évidente d'une des deux catégories mentionnées au point 2.3.1 ci-avant.

3. Dans un ordre d'idées similaire, plusieurs dispositions de l'avant-projet attribuent différents pouvoirs, notamment réglementaires, au Roi « sur proposition de l'Institut », et non pas sur avis de l'IBPT, comme c'est souvent le cas dans les dispositions en vigueur.

¹⁹ Sur ce point, voir les observations particulières sous l'article 166, ci-après.

²⁰ Sur cette formule, voir le point 3 ci-après.

²¹ Comme les caractéristiques spécifiques du spectre radioélectrique concerné, la nécessité d'assurer la protection contre le brouillage préjudiciable, ou la nécessité de préserver l'utilisation efficiente du spectre radioélectrique.

Pour ne citer que quelques exemples, il en va ainsi des articles 13/1, § 2, 18, § 1^{er}, alinéas 2 et 3, § 1^{er}/1, § 1^{er}/2, et § 2/1, 19, § 1^{er}, alinéa 4, 20, §§ 2 et 7, 24/1, § 2, 24/2, § 2, 39, § 2, 71, § 3, de la loi du 13 juin 2005 et des articles 5 et 7 de l'annexe à cette même loi, tels qu'ils sont insérés, remplacés, ou modifiés par l'avant-projet de loi à l'examen.

À l'égard de ces différentes dispositions, il convient de rappeler que le pouvoir de celui qui dispose d'une compétence de proposition d'un acte devant être pris ensuite, sur la base de cette proposition, par l'organe habilité à adopter la réglementation est en principe interprété comme constituant un pouvoir de codécision ou de coréglementation. Il se considère en effet généralement que non seulement l'autorité compétente ne peut agir sans être saisie de la proposition mais en outre, en règle, qu'elle ne peut s'en écarter quant à son contenu, sauf à solliciter une nouvelle proposition.

Pareille confusion des rôles respectifs du Roi et de l'IBPT peut soulever des difficultés au regard des principes rappelés aux points 1 et 2 ci-avant, en ce qui concerne l'attribution d'un pouvoir réglementaire – en l'occurrence, coréglementaire – à un organisme d'intérêt public.

Aux fins d'éviter toute difficulté sur ce point, dans les hypothèses où la réglementation concernée ne porterait pas que sur des aspects limités et techniques au sens décrit au point 2.1 ci-avant, il convient de limiter les prérogatives de l'IBPT, dans les cas concernés, à l'exercice d'une compétence d'avis, l'adoption de la réglementation revenant au Roi. Pareil mécanisme classiquement consultatif rendrait parfaitement possible un avis donné, le cas échéant, d'initiative par l'IBPT, ce qui contribuerait à renforcer le rôle de ce dernier tout en respectant les prérogatives du Roi qui resterait alors en effet libre de s'écarter de cet avis et pourrait ainsi exercer la plénitude de ses compétences.

Il pourrait aussi être envisagé de prévoir que les règles concernées seront adoptées « sur proposition de l'Institut, ou, d'initiative, sur avis de celui-ci ». Un tel procédé permettrait à l'IBPT d'initier l'adoption de la réglementation envisagée, tout en conservant au Roi son pouvoir d'initiative et de modification.

Les dispositions concernées seront revues à la lumière de ces observations.

4. En ce qui concerne les pouvoirs réglementaires dont il serait admissible, aux conditions énoncées ci-avant, qu'ils soient conférés à l'IBPT à titre exclusif²², il convient d'avoir égard au fait que selon l'article 2, § 1^{er}, 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' :

« Les décisions de l'Institut belge des services postaux et des télécommunications peuvent faire l'objet d'un recours en pleine juridiction devant la Cour des marchés statuant comme en référé. L'Institut est partie adverse à la procédure.

Toute personne ayant un intérêt pour agir peut introduire le recours visé à l'alinéa 1^{er}.

²² C'est-à-dire les règlements adoptés par l'IBPT seul, en toute autonomie et indépendance, et en dehors de toute intervention du Roi.

Le Ministre qui a les Télécommunications dans ses attributions ou le Ministre qui a le Secteur postal dans ses attributions peut introduire le recours visé à l'alinéa 1^{er} ».

L'avant-projet à l'examen n'entend pas modifier cette disposition.

Dans ce contexte, il convient de prendre en considération la circonstance que, d'une part, la loi du 17 janvier 2003 ne précise pas ce qu'il faut entendre par le terme « décision », et que, d'autre part, certaines dispositions en projet peuvent être comprises comme conférant un pouvoir réglementaire à l'IBPT, que celui-ci mettrait en œuvre par le biais de « décisions »²³.

Il en résulte que dans le système ainsi mis en place, la Cour des marchés serait la juridiction compétente pour connaître, en pleine juridiction – et non en annulation – des recours qui pourraient être dirigés contre des règlements arrêtés par l'IBPT.

Interrogés sur ce point, les délégués de la Ministre ont expliqué que l'intention de l'auteur de l'avant-projet est effectivement de confier à la Cour des marchés la connaissance des recours dirigés contre les règlements adoptés par l'IBPT à titre exclusif. Par contre, l'intention n'est pas pour autant de permettre à la Cour des marchés de faire elle-même œuvre réglementaire en statuant « en pleine juridiction » ; ainsi, à l'égard des règlements de l'IBPT, l'intention est d'attribuer à la Cour des marchés un pouvoir d'annulation, comparable à celui conféré à la section du contentieux administratif du Conseil d'État par les lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973.

Sur ce point, il n'apparaît effectivement pas conforme au droit constitutionnel belge de conférer un pouvoir réglementaire, tel que celui ici visé, à une juridiction comme la Cour des marchés. Il en va de même à l'égard du droit européen lorsque celui-ci confère un pouvoir réglementaire à titre exclusif aux autorités de régulation nationales.

Par conséquent, il convient que :

1° le législateur prenne expressément position sur la juridiction qui sera compétente pour connaître des recours dirigés contre les règlements pris par l'IBPT ; sur ce point, il est rappelé que, selon l'article 14, § 1^{er}, alinéa 1^{er}, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973,

« Si le contentieux n'est pas attribué par la loi à une autre juridiction, la section statue par voie d'arrêts sur les recours en annulation pour violation des formes soit substantielles, soit prescrites à peine de nullité, excès ou détournement de pouvoir, formés contre les actes et règlements [...] des diverses autorités administratives [...] ».

²³ Voir spécialement l'article 49/1, § 2, en projet, visé au point 1, 6°, ci-avant, et l'article 121, § 5, en projet, visé au point 1, 18°, c), ci-avant : ces dispositions prévoient expressément l'intervention de l'IBPT par le biais de « décisions ».

Par conséquent, si l'intention demeure d'attribuer le contentieux considéré à la Cour des marchés, il conviendra que le législateur soit en mesure de justifier, au regard du principe d'égalité entre les justiciables, des motifs pour lesquels ce contentieux est attribué à la Cour, en dérogation à la compétence générale qui est celle du Conseil d'État ;

2° le législateur précise expressément qu'en ce qui concerne les recours dirigés contre les règlements adoptés par l'IBPT, la Cour dispose d'un pouvoir d'annulation, et ne statue pas « en pleine juridiction ».

5. L'ensemble des habilitations conférées à l'IBPT par l'avant-projet à l'examen ainsi que les dispositions pertinentes de la loi du 17 janvier 2003 seront réexaminées à la lumière des observations qui précèdent.

II. TABLEAUX DE CORRESPONDANCE ET EXPOSÉ DES MOTIFS

1. Comme il ressort de son article 1^{er}, l'avant-projet de loi a pour objet de transposer partiellement la directive 2014/61/UE du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 'relative à des mesures visant à réduire le coût du déploiement des réseaux de communications électroniques à haut débit' ainsi que la directive 2018/1972/UE du parlement européen et du Conseil du 11 décembre 2018 'établissant le code des communications électroniques européen'.

Les principes de technique législative établis par la section de législation invitent les auteurs de projets, lors d'une transposition de directive, à établir des tableaux de transposition :

« 191. Établissez deux tableaux de transposition.

191.1. Pour contrôler qu'une directive est transposée correctement et complètement, établissez un tableau de correspondance entre les (subdivisions des) articles de la directive et les (subdivisions des) articles de l'acte de transposition que vous rédigez. Mentionnez également dans ce tableau :

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.

191.2. Pour pouvoir lire chaque article de l'acte de transposition à la lumière des exigences de la directive, établissez aussi un tableau de correspondance entre les (subdivisions des) articles de l'acte de transposition et les (subdivisions des) articles de la directive »²⁴.

²⁴ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative ».

Sur ce point, il est rappelé que la confection de tels tableaux lors de la transposition d'une ou plusieurs directives est gage de la qualité de cette transposition et que leur communication à la section de législation, dès l'envoi de la demande d'avis, facilite l'examen du projet dans les délais impartis.

Par ailleurs, ces tableaux sont également très utiles pour l'assemblée législative saisie de la proposition ainsi que pour les destinataires des règles, dès lors qu'

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 du texte 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 ²⁵.

En l'espèce, il eût été préférable que ces tableaux soient communiqués à la section de législation en même temps que la demande d'avis, puisqu'ils sont d'une importance cruciale pour la bonne compréhension de l'avant-projet et son examen au regard du droit européen, surtout, compte tenu de son ampleur et des directives transposées, spécialement le Code.

Il convient toutefois de relever que ces tableaux ont été établis et transmis le 12 avril 2021, grâce à la diligence et l'excellente collaboration des délégués de la Ministre.

Ils seront revus aux fins d'y corriger les quelques erreurs qui y figurent ²⁶ et seront joints au projet transmis au Parlement.

3. Vu le très haut degré de technicité de l'avant-projet, qui, par ailleurs, procède uniquement par voie de dispositions modificatives, il est essentiel que le commentaire de chaque disposition en explique avec précision la portée et soit exempt d'erreur dans les renvois opérés aux subdivisions des dispositions commentées et des dispositions modifiées ou transposées.

Le commentaire des articles comporte, en l'espèce, quelques erreurs qui font obstacle à une compréhension complète et rapide du dispositif en projet, ou du lien qui est à opérer avec les dispositions dont la modification ou la transposition est envisagée.

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

²⁶ Par exemple, il ressort du tableau de correspondance « Directives vers le droit national » que l'article 24/2, § 2, alinéa 2, dernière phrase, en projet, (article 65 de l'avant-projet) de la loi du 13 juin 2005 aurait pour objet de transposer l'article 52, paragraphe 3, du Code, alors que cette phrase transpose en réalité l'article 52, paragraphe 2, alinéa 2, dernière phrase, du Code. En outre et par conséquent, la section de législation s'interroge sur la disposition en projet ou en vigueur qui a ou aura vocation à transposer l'article 52, paragraphe 3, du Code.

Ainsi, à titre d'exemple :

– à l'article 24, contrairement à ce que mentionne le commentaire de l'article, l'avant-projet ne réduit pas à trente jours le délai de recours de soixante jours prévu par la disposition actuellement en vigueur ²⁷ ;

– à l'article 32, le commentaire de l'article vise le point 28° de l'article, alors qu'il devrait mentionner le point 30° de celui-ci ;

– à l'article 44 de l'avant-projet, le commentaire de l'article vise l'article 11, § 1^{er}, alinéa 2, 5° et 6°, en projet, de la loi du 13 juin 2005, en lieu et place des points 8° et 9° nouveaux de cette disposition ;

– à l'article 98 de l'avant-projet, l'article 56 en projet transpose l'article 65, paragraphe 2, du Code, et non son article 68, paragraphe 3, comme le mentionne le commentaire de l'article ; par ailleurs, l'article 56 en projet n'est pas divisé en paragraphes comme l'indique le commentaire de l'article ;

– à l'article 166 de l'avant-projet, les modifications apportées à l'article 121 de la loi du 13 juin 2005 ne transposent pas l'annexe VI, partie A, a) du Code, mais l'annexe VI, partie B, a), de celui-ci.

Le commentaire des articles sera donc revu au regard du dispositif en projet, ainsi que l'inverse, aux fins de s'assurer que le dispositif en projet reflète bien l'intention de son auteur, laquelle doit être exprimée avec précision dans le commentaire des articles.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

DISPOSITIF

Article 2

La disposition à l'examen a pour objet d'étendre la mission du service de médiation pour les télécommunications, institué auprès de l'IBPT par l'article 43*bis* de la loi du 21 mars 1991 'portant réforme de certaines entreprises publiques économiques', en prévoyant que ce service collabore avec l'IBPT.

²⁷ Interrogé sur cette discordance, les délégués de la Ministre ont expliqué que l'intention est, en définitive, de ne pas réduire le délai de soixante jours à trente jours. C'est donc l'exposé des motifs qui sera corrigé.

Dès lors que le service de médiation est déjà chargé, par la même disposition (article 43*bis*, § 3, alinéa 1^{er}, 8^o, c)), de collaborer avec les régulateurs de Communautés, il apparaît cohérent d'intégrer à ses missions, une collaboration avec l'IBPT.

Toutefois, dès lors que le service de médiation est institué auprès de l'IBPT lui-même, il conviendrait, aux fins d'éviter toute confusion des missions et des rôles respectifs du service de médiation et de l'IBPT en tant que tel, de vérifier si l'organisation du service de médiation, qui résulte de l'article 43*bis* de la même loi et de la convention à conclure entre celui-ci et l'IBPT en vertu du paragraphe 2, alinéa 3, de cette disposition est suffisamment de nature à garantir l'indépendance du service à l'égard de l'IBPT.

Par ailleurs, le commentaire de l'article apporte des précisions importantes sur la portée de cette collaboration. Ainsi, il est mentionné que les données à caractère personnel transmises par le service de médiation à l'IBPT seront rendues anonymes par le service de médiation, « [a]fin de respecter la législation relative à la protection de la vie privée ». Il est également mentionné que « [l]a transmission des dossiers de plainte à l'IBPT ne devrait pas avoir d'impact sur le traitement de ces dossiers par le service de médiation. L'IBPT n'intervient d'ailleurs pas dans le traitement des plaintes individuelles, qui relèvent de la compétence du service de médiation ».

Ces précisions, qui sont essentielles pour le mécanisme de collaboration institué et qui définissent les limites de celui-ci, notamment au regard du droit à la protection de la vie privée, figureront dans le dispositif lui-même et non pas uniquement dans le commentaire de l'article.

Par ailleurs, elles devraient être étendues à la collaboration déjà prévue avec les régulateurs des Communautés, aux fins de garantir l'égalité entre tous les utilisateurs finaux ayant sollicité l'intervention du service de médiation, et des opérateurs concernés, quel que soit le régulateur compétent.

La disposition à l'examen sera revue à la lumière de ces observations.

Article 10

Dans la version française, les mots « ayant la personnalité civile » seront remplacés par les mots « doté de la personnalité juridique ».

Article 11

Le paragraphe 1^{er}, 3^o, de l'article 14 de la loi du 17 janvier 2003 ne comporte pas de point j).

Au 1^o, a), il y a dès lors lieu de remplacer la dénomination du point « k) » en « j) ».

Article 14

La question se pose de savoir comment sera calculé le « chiffre d'affaires journalier » visé à l'article 21, § 5, alinéa 1^{er}, 2^o/1, en projet, de la loi du 17 janvier 2003 notamment en comparaison avec le chiffre d'affaires – nécessairement annuel – défini à l'article 21, § 5, alinéa 1^{er}, 2^o, de la loi du 17 janvier 2003.

Le texte en projet sera complété aux fins de préciser cette notion.

Article 18

En sa version actuelle, l'article 25 de la loi du 17 janvier 2003 prévoit :

« Dans le cadre du contrôle de l'utilisation du spectre, de la lutte contre les perturbations, du contrôle du respect des normes d'émission ainsi que du contrôle du respect de la législation en matière de compatibilité électromagnétique et la conformité des équipements, les membres du personnel visés à l'article 24 peuvent, dans l'exercice de leur mission de police judiciaire : 1^o pénétrer dans tout bâtiment et dépendance, entre 5 heures et 21 heures, si l'accomplissement de leur mission le requiert, munis d'un mandat du juge d'instruction s'il s'agit d'une habitation [...] ».

L'article 18 modifie cette disposition aux fins, d'une part, d'étendre aux véhicules la possibilité de fouilles, et, d'autre part, de prévoir que les visites domiciliaires dont il est actuellement question dans ce même article pourront avoir lieu « tant d[e] jour que de nuit », et non plus uniquement « entre 5 heures et 21 heures ».

Le commentaire de l'article précise :

« en vue d'assurer des contrôles plus efficaces, les horaires de contrôle pour les visites domiciliaires sont supprimés (même si la garantie d'un mandat du juge d'instruction demeure) et les possibilités de contrôle sont étendues à tout moyen de transport. La suppression de la limite horaire vise essentiellement à pouvoir faire face à certaines perturbations en matière aéronautique où l'urgence est extrême et où l'on ne peut attendre pour intervenir étant donné que des vies peuvent être en jeu ».

Selon la Cour constitutionnelle,

« Les articles 15 et 22 de la Constitution et l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme exigent que toute ingérence des autorités dans le droit au respect de la vie privée et du domicile soit prescrite par une disposition législative suffisamment précise, qu'elle corresponde à un besoin social impérieux et qu'elle soit proportionnée à l'objectif légitime qu'elle poursuit »²⁸.

En sens convergent, la Cour européenne des droits de l'Homme, dans un arrêt *Vinks et Ribica c. Lituanie* du 30 janvier 2020²⁹, rappelle ce qui suit :

« 102. With regard to, in particular, searches of premises and seizures, the Court has consistently held that the Contracting States may consider it necessary to resort to such measures in order to obtain physical evidence of certain offences. The Court will assess whether the reasons adduced to justify such measures were 'relevant' and 'sufficient' and whether the aforementioned proportionality principle was adhered to (*ibid.*, § 44).

103. As regards the latter point, the Court must first ensure that the relevant legislation and practice afford individuals adequate and effective safeguards against abuse (see *Funke v. France*, 25 February 1993, § 56, Series A no. 256-A, and *Société Colas Est and Others v. France*, no. 37971/97, § 48, ECHR 2002-III). Secondly, the Court must consider the particular circumstances of each case in order to determine whether, in the concrete case, the interference in question was proportionate to the aim pursued. The criteria that the Court has taken into consideration in determining this latter issue includes: the severity of the offence in connection with which the search and seizure were effected; the manner and circumstances in which the order was issued – in particular whether any further evidence was available at that time; the content and scope of the order, having particular regard to the nature of the premises searched and the safeguards implemented in order to confine the impact of the measure to reasonable bounds; and the extent of possible repercussions on the reputation of the person affected by the search (see, among many other authorities, *Buck v. Germany*, no. 41604/98, § 45, ECHR 2005-IV; *Smirnov*, cited above, § 44; and *K.S. and M.S. v. Germany*, no. 33696/11, § 44, 6 October 2016).

104. Moreover, the fact that a search is based on a warrant issued by a judge does not necessarily amount to a sufficient safeguard. It also matters whether that judicial scrutiny was properly carried out: whether the judge duly examined the existence of a reasonable suspicion justifying the search, drawing up the search warrant in such a way as to keep its impact within reasonable bounds, and sought to satisfy himself or herself that a search in the place in respect of which the warrant was sought could yield relevant evidence (see *Posevini v. Bulgaria*, no. 63638/14, § 70, 19 January 2017, with further references) ».

²⁸ C.C., n° 60/2021, 22 avril 2021, B.9.1.

²⁹ Cour eur. D.H., arrêt *Vinks et Ribica c. Lituanie*, 30 janvier 2020.

La limitation *ratione temporis* de la possibilité d'effectuer une visite dans les lieux d'habitation, à laquelle l'article 25 en projet de la loi du 17 janvier 2003 entend déroger, constitue à priori, selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle³⁰ et de la section de législation³¹, un élément important de l'équilibre à réaliser entre, d'une part, le droit au respect du domicile et de la vie privée et familiale, et, d'autre part, la prévention et la poursuite des infractions. Sur ce point précis, dans son avis n°58.729/AG donné le 26 janvier 2016³², la section de législation a énoncé ce qui suit :

« 12.2. Ni la Constitution, ni la Convention européenne des droits de l'homme, ni le Pacte international relatif aux droits civils et politiques ne prévoient de dispositions spéciales concernant la perquisition nocturne. Le constituant n'a pas répondu au souhait de certains membres du Congrès national d'inscrire dans la Constitution belge les dispositions de l'article 76 de la Constitution française du 22 frimaire An VIII³³, dont l'alinéa 1^{er} disposait : 'La maison de chaque citoyen est inviolable : pendant la nuit, nul n'a le droit d'y entrer, que dans le cas d'incendie, d'inondation ou de réclamation venant de l'intérieur de la maison'. Le constituant a estimé qu'il était préférable de laisser au législateur le soin de fixer les heures pendant lesquelles il peut être procédé à des perquisitions³⁴. Ce faisant, il est évident que le législateur doit également tenir compte des conditions mises aux restrictions prévues par l'article 8, § 2, de la Convention européenne des droits de l'homme.

12.3. Il ressort de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme – qui, certes, à ce jour, ne s'est pas encore prononcée expressément sur la légitimité d'une perquisition nocturne – qu'une atteinte à l'inviolabilité du domicile ne peut être considérée comme 'nécessaire dans une société démocratique' que pour autant qu'elle soit proportionnée au but légitime recherché³⁵.

Le principe de proportionnalité implique en l'occurrence la réunion des éléments suivants.

Tout d'abord, la nécessité de procéder à une perquisition, dans un cas donné, doit être établie d'une manière convaincante³⁶. La perquisition doit répondre à un 'besoin social impérieux' (*'a pressing social need'*). Les motifs qui sont invoqués pour le démontrer doivent être pertinents et suffisants³⁷.

³⁰ Voir l'arrêt C.C., n° 60/2021, 22 avril 2021, pt. 12.5, *a contrario*.

³¹ Avis n° 48989/VR donné le 9 décembre 2010 sur un avant-projet devenu la loi du 1^{er} juillet 2011 'relative à la sécurité et la protection des infrastructures critiques', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/48989.pdf>; Avis n° 40.352/1 donné le 15 juin 2006 sur un avant-projet devenu la loi du 6 juin 2010 'introduisant le Code pénal social', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/40352.pdf>.

³² Avis n° 58.729/AG donné le 26 janvier 2016 sur un avant-projet devenu la loi du 27 avril 2016 'relative à des mesures complémentaires en matière de lutte contre le terrorisme', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/58729.pdf>.

³³ Note de bas de page n° 14 de l'avis cité : Cette disposition a été expressément abrogée par l'article 2 de la loi du 7 juin 1969.

³⁴ Note de bas de page n° 15 de l'avis cité : J.J. THONISSEN, *La Constitution belge*, Bruxelles, Bruylant-Christophe, 1876, p. 29, n° 49.

³⁵ Note de bas de page n° 16 de l'avis cité : Cour eur. D.H., 24 mars 1988, *Olsson c. Suède*, § 67.

³⁶ Note de bas de page n° 17 de l'avis cité : Cour eur. D.H., 25 février 1993, *Funke c. France*, § 55.

³⁷ Note de bas de page n° 18 de l'avis cité : Cour eur. D.H., 28 avril 2005, *Buck c. Allemagne*, §§ 44-45.

Ensuite, il importe qu'un juste équilibre (*'a fair balance'*) soit atteint entre les intérêts en cause, à savoir le droit au respect du domicile, d'une part, et la défense de l'ordre public et la prévention des infractions pénales, d'autre part ³⁸.

Par ailleurs, le principe de proportionnalité implique que l'atteinte à l'inviolabilité du domicile et l'ingérence dans la vie privée qui en résulte ne peuvent pas aller au-delà de ce qui est nécessaire, et que l'autorité veille à ce que l'impact de cette mesure sur la sphère personnelle de l'intéressé soit réduit au minimum ³⁹.

Enfin, il est important que le cadre législatif des perquisitions comporte des 'garanties adéquates et suffisantes' contre d'éventuels abus ⁴⁰ : la protection du citoyen contre des atteintes arbitraires à ses droits garantis par l'article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme 'réclame un encadrement légal et une limitation des plus strictes de tels pouvoirs' ⁴¹.

12.4. Ce qui vaut pour les perquisitions diurnes s'applique *a fortiori* aux perquisitions nocturnes. Le législateur a toujours considéré à juste titre que des règles plus strictes s'appliquent aux perquisitions nocturnes ⁴². 'La nuit, le domicile acquiert en effet un caractère encore plus intime et il se justifie d'autant plus de préserver la paix domestique contre toute perturbation' (traduction) ⁴³. Le principe de proportionnalité exige en l'occurrence que les dangers auxquels on fait face présentent une telle gravité pour la société ou pour les citoyens considérés individuellement qu'ils ne peuvent être combattus ou ne peuvent être adéquatement combattus d'une autre manière, par exemple par une perquisition diurne ».

Le même avis précise encore que :

« (point 14.2) [...] pour satisfaire au principe de proportionnalité, il ne suffit pas que la perquisition puisse être justifiée par elle-même, encore faut-il justifier que la perquisition n'a pas lieu le jour, mais la nuit ».

En l'état, la disposition en projet ne répond pas aux exigences énumérées ci-dessus. Il convient en effet d'observer qu'elle entend autoriser des visites domiciliaires, de jour comme de nuit, aux fins de prévention et de répression d'une gamme extrêmement large d'infractions, qui ne se trouvent nullement bornées aux seules hypothèses où, selon les termes du commentaire de l'article, « l'urgence est extrême et où l'on ne peut attendre pour intervenir étant donné que des vies peuvent être en jeu ».

³⁸ Note de bas de page n° 19 de l'avis cité : Cour eur. D.H., 23 septembre 1998, *Mc Leod c. Royaume Uni*, § 63.

³⁹ Note de bas de page n° 20 de l'avis cité : Cour eur. D.H. 18 juillet 1996, *Keegan c. Royaume Uni*, § 34.

⁴⁰ Note de bas de page n° 21 de l'avis cité : Cour eur. D.H., 25 février 1993, *Funke c. France*, §§ 55-57; 25 février 1997, *Z. c. Finlande*, § 94.

⁴¹ Note de bas de page n° 22 de l'avis cité : Cour eur. D.H., 16 décembre 1997, *Camenzind c. Suisse*, § 45.

⁴² Note de bas de page n° 23 de l'avis cité : Selon la loi du 7 juin 1969, actuellement en vigueur, aucune visite domiciliaire ne peut être faite avant cinq heures du matin et après neuf heures du soir, sauf : 1) lorsqu'une disposition légale particulière autorise la perquisition ou la visite domiciliaire pendant la nuit ; 2) lorsqu'un magistrat ou un officier de police judiciaire se transporte sur les lieux pour constater un crime ou délit flagrant ; 3) en cas de réquisition ou de consentement de la personne qui a la jouissance effective du lieu ; 4) en cas d'appel venant de ce lieu ; 5°) en cas d'incendie ou d'inondation.

⁴³ Note de bas de page n° 24 de l'avis cité : L. VIAENE, *Huiszoeking en beslag in strafzaken*, APR, Gand, E. Story Scientia, 1962, p. 63, n° 62.

La disposition sera revue pour encadrer, de manière beaucoup plus précise, la possibilité d'ingérence grave qu'elle autorise dans le droit au respect du domicile et de la vie privée.

Article 21

La disposition à l'examen entend compléter l'article 33 de la loi du 17 janvier 2003, de manière à prévoir que « [d]ans le cadre du recouvrement de ses créances, l'Institut bénéficie du privilège de l'exécution d'office ».

Selon le commentaire de l'article :

« Un ajout dans l'article 33 de la loi statue habilite l'IBPT à exercer le privilège de l'exécution d'office. L'objectif est de faciliter ses démarches dans le cadre du recouvrement de créances impayées. Il constitue un préalable nécessaire pour assurer l'effectivité de l'article 73 du présent projet qui insère un nouvel article 29/1 dans la LCE afin de permettre à l'Institut de confier le recouvrement forcé de ses créances impayées aux bons soins de l'administration du Service public fédéral Finances, bien que ces créances soient de nature non fiscale ».

Au regard de la justification ainsi donnée, la disposition à l'examen appelle les observations suivantes.

Tout d'abord, si l'intention est uniquement de permettre la mise en œuvre de l'article 29/1, en projet, de la loi du 13 juin 2005 (article 73 de l'avant-projet), elle est inutile dès lors que cette disposition permet précisément à l'IBPT de charger « l'Administration de la taxe sur la valeur ajoutée [...] du recouvrement, par voie de contrainte, des redevances administratives [qui n'auraient pas été payées dans les délais fixés par l'article 29 de la même loi], conformément à l'article 3 de la loi domaniale du 22 décembre 1949 ». Ainsi, la disposition à l'examen n'ajoute rien à l'article 29/1, en projet, celui-ci contenant, en lui-même, par la possibilité de recouvrement par voie de contrainte qu'il prévoit, le principe et la mise en œuvre concrète du privilège de l'exécution d'office du recouvrement des sommes concernées.

Si l'intention est de permettre de recourir à la contrainte en vue du recouvrement d'autres catégories de créances, alors la disposition à l'examen est insuffisante dès lors qu'aucune disposition de l'avant-projet n'entend organiser la mise en œuvre du privilège de l'exécution d'office par voie de contrainte. Seules des dispositions spécifiques, similaires à l'article 29/1 en projet, de la loi du 13 juin 2005, garantiraient l'effectivité du privilège de l'exécution d'office ainsi rappelé par la disposition à l'examen. Ce privilège est, en tout état de cause, un attribut des personnes morales de droit public, même dans le silence des textes législatifs qui les créent et les organisent.

Un autre biais pourrait consister à introduire dans la loi du 17 janvier 2003 une disposition générale similaire à l'article 29/1, en projet, de la loi du 13 juin 2005, qui énumérerait les catégories de créances auxquelles cette possibilité de recours à l'Administration de la TVA et à la contrainte à décerner par celle-ci, serait applicable.

L'avant-projet sera revu et le cas échéant complété à la lumière des observations qui précèdent.

Article 24

Au paragraphe 6 en projet, les mots « par voie de disposition générale » n'ont de sens qu'à l'égard d'actes réglementaires ⁴⁴.

Si l'intention est de viser également les décisions à portée individuelle de l'IBPT, ayant le cas échéant un caractère collectif, la disposition à l'examen sera complétée en ce sens.

Article 32

1. Au 6°, la définition de la notion d'« opérateur » diffère de celle-donnée par l'article 2, 29), du Code.

Interrogés sur ce point, les délégués de la Ministre ont expliqué ce qui suit :

« La définition de la notion d'opérateur, qui n'est pas modifiée par le Code des communications électroniques européen, n'est modifiée par la loi en projet que formellement, pour la raison invoquée dans le commentaire d'article de l'exposé des motifs. En substance cependant, la LCE continuera à considérer comme opérateurs les même[s] catégories d'acteurs économiques qu'actuellement, à savoir les fournisseurs de réseau public et les fournisseurs de services accessibles au public.

Tant actuellement que dans la loi en projet, la définition retenue en droit national s'écarte du droit communautaire sur deux points : elle inclut les fournisseurs de services de communications électroniques tandis qu'au contraire elle exclut les fournisseurs de ressources associées. En plus d'une quinzaine d'années d'existence, cet écart n'a pas en soi généré de contentieux ni de difficultés d'application (au contraire du caractère public du réseau, que le droit communautaire utilise sans pour autant le définir).

Soulignons tout d'abord que ce n'est pas parce que la notion d'opérateur est définie différemment en droit belge que les droits et obligations des opérateurs prévus dans le Code n'ont pas été transposés correctement. Il faut mais il suffit de moduler adéquatement le champ d'application en droit belge en fonction des catégories d'acteurs visées en droit européen. Pour le dire autrement, dans une transposition, ce n'est pas tant le libellé des définitions qui importe que la manière dont les concepts définis sont concrètement mis en œuvre par le législateur. Ceux-ci doivent en effet pouvoir s'intégrer le plus harmonieusement possible dans le droit positif. En raison des connexions existant tant avec les dispositions de la LCE que la transposition du Code laisse inchangées qu'avec les mesures d'exécution déjà prises, l'approche suivie depuis 2005 pourrait donc difficilement être brusquement remise en cause.

Relevons en outre la difficulté de distinguer en pratique la fourniture de réseaux de la fourniture des services offerts sur ces réseaux. Dans son interprétation de l'accord de coopération du 17 novembre 2006, la Cour des marchés a d'ailleurs étendu aux services l'obligation de l'État fédéral et des communautés de coopérer, alors que le texte ne l'impose pourtant qu'à propos des réseaux, mettant ainsi en exergue le caractère quelque peu artificiel de la dichotomie réseaux/services. Dans le même esprit, on constate également que le Code prévoit que les fournisseurs d'un 'service associé' (aux communications électroniques) sont également des 'opérateurs'. Il semblerait dès lors un peu paradoxal que les fournisseurs d'un service de communications électroniques

⁴⁴ Comparer avec l'article 14^{ter}, alinéa 1^{er}, des lois 'sur le Conseil d'État', coordonnées le 12 janvier 1973.

(accessible au public) proprement dit ne le soient pas. De manière générale, on s'aperçoit à la lecture du Code que la terminologie n'y est pas toujours employée de manière très rigoureuse.

L'auteur du projet a également opté pour le maintien du statu quo existant depuis 2005 pour exclure les fournisseurs de ressources associées de la catégorie des opérateurs. Ici, à nouveau, sans que cela ait suscité du contentieux ou des problèmes d'exécution ».

Ces explications gagneraient à figurer dans le commentaire de l'article.

2. Au 9°, les définitions données aux 14/1° à 14/5°, en projet, impliquent que la moyenne annuelle de travailleurs mis au travail peut atteindre, selon le cas, dix, cinquante ou deux cent cinquante travailleurs, sans dépasser celle-ci.

Le commentaire de l'article renvoie à cet égard à la recommandation 2003/361/CE de la Commission du 6 mai 2003 'concernant la définition des micro, petites et moyennes entreprises'.

Or, l'article 2 du titre I de l'annexe à cette recommandation mentionne les entreprises qui occupent respectivement moins de dix, cinquante ou deux cent cinquante travailleurs, c'est-à-dire au maximum neuf, quarante-neuf et deux cent quarante-neuf personnes.

Le texte en projet ne correspond donc pas au texte de la recommandation.

Il est d'ailleurs significatif, à cet égard, qu'au 11°, le 15/1°, en projet définisse l'« abonné comptant un maximum de 9 travailleurs » comme un « abonné ne dépassant pas la moyenne annuelle de 10 travailleurs mis au travail, calculée, selon le cas, conformément aux articles 1 :24 et 1 :28 du Code des Sociétés et Associations ».

Si la recommandation 2003/0361/CE n'a pas de force obligatoire, le commentaire de l'article n'en gagnerait pas moins à expliquer la différence entre celle-ci et le texte en projet.

3. Les articles 49/1, § 3, alinéa 1^{er}, en projet, 109, alinéa 1^{er}, en projet, 110, § 4, en projet, et 112, alinéa 2, en projet, de la loi du 13 juin 2005 (articles 89, 146, 147 et 153 de l'avant-projet) emploient les notions, selon le cas, de « clientèle résidentielle » et de « clientèle non-résidentielle », ou d' « utilisation résidentielle ».

Dans la terminologie en usage dans la matière des communications électroniques, la notion de « résidentiel » renvoie, en substance, à la notion de « particuliers » ou d' « usage privé » par opposition à une clientèle professionnelle. Ces notions gagneraient toutefois à être clairement définies dans la loi du 13 juin 2005.

La disposition à l'examen sera complétée en conséquence.

Article 33

Il ne peut être renvoyé à l'annexe I du Code. Les conditions auxquelles peut être attachée l'autorisation générale, qui s'imposeront au Roi lors de l'adoption des différents arrêtés d'exécution de la loi du 13 juin 2005 et qui participent de cette autorisation générale doivent figurer dans la loi du 13 juin 2005 elle-même, ou à tout le moins, dans l'une de ses annexes.

Article 44

1. Au 4°, b), les points i) et ii), seront complétés aux fins de préciser que les modifications envisagées sont apportées au paragraphe 7, alinéa 2, 1°, de l'article 11 de la loi du 13 juin 2005.

2. Au 4°, au point vi, ce ne sont pas cinq alinéas nouveaux qui sont ajoutés, mais quatre. L'erreur sera corrigée.

Article 54

Au 3°, d), aux fins d'assurer une transposition correcte de l'article 45, paragraphe 5, alinéa 2, du Code, il y a lieu d'énumérer les objectifs d'intérêt général susceptibles de justifier l'interdiction envisagée.

Le texte en projet sera complété en conséquence.

Article 57

L'article 19, § 1^{er}, en projet, dans sa version française, comporte des doublons. Le texte sera corrigé.

Article 60

1. L'article 21, § 1^{er}, alinéa 2, en projet, ne trouve pas son pendant dans l'article 48, § 2, du Code, qu'il a vocation à transposer, selon les tableaux de correspondance communiqués à la section de législation.

Par ailleurs, il semble faire double emploi avec la deuxième phrase de l'alinéa 3, du même paragraphe 1^{er}.

Il sera veillé à la cohérence du dispositif en projet et à sa compatibilité avec la disposition de droit européen précitée.

2. Le paragraphe 1^{er}/2 sera renuméroté § 2 et les paragraphes 2, 3 et 4, seront renumérotés 3, 4 et 5.

Article 67

Il n'appartient pas à l'autorité fédérale de déterminer les éléments qui doivent être joints ou non à une demande de permis d'urbanisme, dès lors que cette matière relève des compétences des Régions en vertu de l'article 6, § 1^{er}, I, 1^o, de la loi spéciale du 8 août 1980 'de réformes institutionnelles'.

À l'article 26, § 1^{er}, en projet, l'alinéa 4 sera dès lors omis.

Article 69

1. Le paragraphe 1^{er}, de l'article 28 en projet ne correspond pas au texte de l'article 61, paragraphe 3, alinéa 1^{er}, du Code.

La première phrase de la disposition à l'examen se terminera après les mots « par l'Institut », et le point situé après les mots « physiquement irréalisable » sera remplacé par une virgule.

2. La section de législation n'aperçoit pas en quoi la disposition en projet transposerait l'article 61, paragraphe 3, alinéa 3, du Code, comme mentionné dans les tableaux de correspondance communiqués.

À ce propos, les délégués de la Ministre ont expliqué ce qui suit :

« Il a été omis de transposer l'article 61.3, alinéas 3-4, du Code, qui vise à exempter certains réseaux locaux ou uniquement du gros de l'obligation d'accès symétrique visée à l'alinéa 2 du même article.

Cette transposition, qui était prévue dans les versions préparatoires du projet, devrait avoir lieu dans le cadre de l'article 28 de la LCE [...] ».

Dès lors, l'article 28 en projet de la loi du 13 juin 2005 sera complété aux fins d'assurer la transposition de l'article 61, paragraphe 3, alinéa 3, du Code et le tableau de correspondance sera corrigé en conséquence.

Article 71

Contrairement à l'article 3 de la directive 2014/61/UE, l'article 28/3 en projet n'impose pas d'obligation aux « opérateurs fournissant ou autorisés à fournir des réseaux de communications publics »⁴⁵, mais aux « gestionnaires d'infrastructures passives », cette deuxième notion apparaissant, à priori, différente de la première, bien qu'elle ne soit pas définie par le texte en projet.

⁴⁵ Voir les articles 2, paragraphe 1, et 3, de la directive 2014/61/UE.

La même observation vaut, *mutatis mutandis*, pour l'article 72 de l'avant-projet, qui entend transposer l'article 4 de la même directive, lequel vise également les opérateurs de réseau, et non les gestionnaires d'infrastructures physiques, dites « passives » au sens de l'avant-projet de loi.

Interrogés sur ce point, les délégués de la Ministre ont expliqué que l'utilisation de la notion de « gestionnaire d'infrastructures passives » en lieu et place de la notion d'« opérateurs fournissant ou autorisés à fournir des réseaux de communications publics » utilisée par la directive 2014/61/CE a pour objectif d'éviter toute confusion avec la notion d'« opérateur » au sens de la loi du 13 juin 2005 ⁴⁶.

Dans ce contexte, il se recommande dès lors d'introduire, dans l'article 3 de la loi du 13 juin 2005, une définition de la notion de « gestionnaires d'infrastructures passives » qui garantisse que cette notion recouvre bien les opérateurs visés par la directive 2014/61/CE.

Article 76

1. Au 8°, c), la modification envisagée est apportée à l'article 33, § 3, alinéa 2, de la loi du 13 juin 2005, et non à « l'alinéa 2, 4°, » de cette disposition.

2. Au 8°, f), en cohérence il convient également de modifier la première phrase, *in fine*, de l'article 33, § 3, alinéa 7, de la loi du 13 juin 2005, qui emploie aussi le terme « équipement ».

La disposition à l'examen sera complétée en conséquence.

3. Au 9°, au paragraphe 4, alinéa 1^{er}, 1°, en projet, le mot « calendrier » sera omis.

Article 89

Outre ce qui a été énoncé sous l'observation générale I à propos des pouvoirs conférés à l'IBPT par l'article 49/1, § 2, en projet, de la loi du 13 juin 2005, la disposition en projet est en défaut de transposer correctement et avec la précision requise l'article 22, paragraphe 1, alinéas 4, 5 et 7, du Code, spécialement en ce qui concerne les informations utiles comprises dans les prévisions et les informations que l'autorité de régulation peut demander non seulement aux fournisseurs, mais également aux autorités publiques.

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

⁴⁶ Article 3, 11°, en projet, de la loi du 13 juin 2005 (article 32 de l'avant-projet).

Article 93

Il n'appartient pas aux États membres d'imposer des obligations à la Commission européenne, fut-ce en vue de transposer une disposition d'une directive européenne, en l'occurrence, l'article 61, paragraphe 2, alinéa 2, ii), du Code.

À l'article 51/1, alinéa 2, 2°, en projet, les mots « , après consultation de l'ORECE et en tenant le plus grand compte de son avis, » seront donc omis.

La même observation vaut, *mutatis mutandis*, pour l'article 185, 4°, a), de l'avant-projet (article 143/1, § 4, alinéa 2, en projet).

Article 94

1. L'article 94 étend l'obligation de négocier un accord d'interconnexion, actuellement prévue à l'article 52 de la loi du 13 juin 2005, à l'obligation de négocier un accord d'accès.

L'attention est attirée sur le fait que l'article 60 du Code, dont la disposition à l'examen entend assurer la transposition, dispose comme suit, en son paragraphe 1 :

« Les opérateurs de réseaux de communications électroniques publics ont le droit et, lorsque d'autres entreprises titulaires d'une autorisation en ce sens conformément à l'article 15 le demandent, l'obligation de négocier entre eux une interconnexion aux fins de fournir des services de communications électroniques accessibles au public, afin de garantir la fourniture de services et leur interopérabilité dans l'ensemble de l'Union. Les opérateurs offrent l'accès et l'interconnexion à d'autres entreprises selon des conditions compatibles avec les obligations imposées par l'autorité de régulation nationale en vertu des articles 61, 62 et 68 ».

Il s'en déduit que l'obligation de négocier imposée par le droit européen ne porte que sur l'interconnexion, et non sur l'accès.

Dans la mesure où la disposition à l'examen entend étendre l'obligation de négocier une interconnexion à l'obligation, plus générale ⁴⁷, de négocier un accès, la question se pose de savoir si elle ne méconnaît pas l'article 60, paragraphe 1, reproduit ci-avant.

Interrogés sur ce point, les délégués de la Ministre ont expliqué ce qui suit :

« L'article 60.1 du Code, dans sa première phrase, impose une obligation de négocier de bonne foi les seuls accords d'interconnexion (à l'exclusion des accords d'accès). En revanche, la deuxième phrase du même paragraphe impose l'obligation d'offrir tant l'accès que l'interconnexion. Cependant, comme en droit belge tous les contrats doivent être négociés de bonne foi, la loi en projet maintient l'obligation actuelle pour la conclusion des accords d'accès ».

⁴⁷ L'interconnexion est une forme d'accès parmi d'autres (voir l'article 2, 27) et 28), du Code).

Cette justification pose question dès lors que, pour sa part, le commentaire de l'article ne fait pas état de l'accès mais uniquement de l'interconnexion. Il mentionne :

« L'article 52 de la LCE transpose l'article 60 du Code relatif à l'obligation pour les opérateurs de négocier entre eux une interconnexion aux fins de fournir des services de communications électroniques accessibles au public ».

Par ailleurs, contrairement à ce qui est expliqué dans la justification donnée par les délégués, l'article 52 de la loi du 13 juin 2005 ne vise que l'interconnexion et non l'accès. Elle dispose en effet :

« Tout opérateur fournissant un réseau public de communications électroniques a l'obligation de négocier de bonne foi, avec tout opérateur qui en fait la demande, un accord d'interconnexion en vue de la fourniture des services de communications électroniques accessibles au public.

Lorsque l'Institut, conformément à la procédure prévue à l'article 51, § 1^{er} constate que l'obligation visée à l'alinéa 1^{er}, n'est pas respectée, il peut, sans préjudice de l'application de l'article 20 ou 21 de la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges, imposer les conditions raisonnables en matière d'interconnexion qu'il juge appropriées et au sujet desquelles les parties doivent négocier de bonne foi ».

En conclusion, il convient d'assurer une transposition correcte de l'article 60, paragraphe 1, première phrase, du Code, et partant d'éviter toute contradiction avec cette disposition qui de surcroît reproduit l'article 4, paragraphe 1, de la directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 'relative l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi que leur interconnexion' (directive « accès »)⁴⁸. Dès lors, il y a lieu d'omettre l'accès dans les modifications qu'il est envisagé d'apporter à la loi du 13 juin 2005.

2. Au 3^o, la disposition à l'examen est en défaut de préciser ce qu'il y a lieu d'entendre par la notion d'« intermédiaires neutres ». De même, elle gagnerait à préciser les cas où les « conditions de la concurrence » exigent un tel intermédiaire. Sur ce point, le texte en projet ne peut se borner à reproduire l'article 60, paragraphe 3, du Code.

La disposition à l'examen sera revue à la lumière de cette observation.

Article 98

Aux fins d'assurer la transposition correcte de l'article 65, paragraphe 2, du Code, l'article 56 en projet sera complété pour préciser que, dans l'hypothèse de son alinéa 1^{er}, l'IBPT procède conjointement avec l'autre autorité de régulation nationale à la notification prévue à l'article 65, paragraphe 2, alinéa 1^{er}, seconde phrase.

⁴⁸ Cette disposition a été transposée par l'article 52, en vigueur, de la loi du 13 juin 2005, lequel n'impose pas l'obligation de négocier l'accès et ne vise que l'interconnexion.

Article 117

Aux fins d'assurer la transposition correcte de l'article 84, paragraphe 1, du Code, au paragraphe 1^{er}, en projet, le mot « raisonnable » sera omis.

Article 133

1. L'article 105/3, § 2, alinéa 2, en projet, impose qu'à la demande de l'IBPT, l'opérateur se soumette à un contrôle de sécurité effectué par l'IBPT, ou par un organisme agréé par celui-ci, ou encore, en partie par l'IBPT et par un organisme agréé par celui-ci.

2. Le texte en projet ne définit pas le régime d'agrément, spécialement ses conditions.

À cet égard l'attention de l'auteur de l'avant-projet est attirée sur l'article 41, paragraphe 2, du Code qui prévoit :

« Les États membres veillent à ce que les autorités compétentes aient le pouvoir d'imposer aux fournisseurs de réseaux de communications électroniques publics ou de services de communications électroniques accessibles au public de :

[...]

b) se soumettre à un audit de sécurité effectué par un organisme qualifié indépendant ou une autorité compétente et d'en communiquer les résultats à l'autorité compétente; [...] ».

Il résulte de cette disposition qu'il y aura lieu de veiller à ce que les conditions à prévoir garantissent que l'organisme agréé est qualifié et indépendant.

3. Par ailleurs, contrairement à l'article 114/2, § 2, alinéa 2, en vigueur de la loi du 13 juin 2005, la disposition à l'examen ne comporte aucune habilitation au Roi aux fins de fixer les conditions auxquelles doivent satisfaire les organismes concernés et les modalités du contrôle de sécurité.

Aux fins d'assurer la libre prestation des services, garantie notamment par le droit européen, spécialement la directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 'relative aux services dans le marché intérieur', ainsi que le respect du principe d'égalité, il convient que le régime d'agrément envisagé soit organisé par une norme générale et abstraite.

Ainsi, le système envisageant d'attribuer purement et simplement à l'IBPT le pouvoir d'agréer des organismes, sans autre précision, n'est pas admissible.

Pour les raisons exposées à l'observation générale I, il ne peut, aux fins de répondre à la présente observation, être envisagé d'habiliter l'IBPT à organiser ce régime par voie réglementaire, celui-ci ne relevant pas de mesures de détail ni d'aspects uniquement techniques. C'est au législateur ou au Roi qu'il convient d'organiser celui-ci.

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

Article 141

Dans la phrase liminaire, les mots « l'article 106/1, alinéa 1^{er} » seront remplacés par les mots « l'article 106/1, § 1^{er}, alinéa 1^{er} ».

Article 142

L'article 107, § 3, en projet, impose, en son alinéa 3, que les opérateurs concernés offrent l'accès visé « après consultation des opérateurs de services de communications électroniques, de l'Institut et des services d'urgence ».

Or, selon l'article 109, paragraphe 2, du Code ⁴⁹, c'est aux autorités de l'État membre qu'il revient de réaliser cette consultation préalable.

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

Article 145

À l'article 108, en projet, les paragraphes 1^{er}/1 et 1^{er}/2 seront renumérotés en paragraphes 2 et 3, et les paragraphes 2 à 5 seront renumérotés 4 à 7.

Article 149

1. Selon les tableaux de correspondance communiqués à la section de législation, l'article 111, § 2, en projet, de la loi du 13 juin 2005 a vocation à assurer la transposition de l'article 103, paragraphe 2, a), du Code.

⁴⁹ Cette disposition prévoit :

« Les États membres, après consultation des autorités de régulation nationales, des services d'urgence et des fournisseurs de services de communications électroniques, veillent à ce que les fournisseurs de services de communications électroniques interpersonnelles fondés sur la numérotation accessibles au public, lorsque ces services permettent aux utilisateurs finaux d'appeler un numéro figurant dans le plan national ou international de numérotation, offrent un accès aux services d'urgence au moyen des communications d'urgence au PSAP le plus approprié ».

Cette disposition prévoit :

« Les autorités compétentes, en coordination, le cas échéant, avec les autorités de régulation nationales, veillent à ce que les utilisateurs finaux aient accès gratuitement à au moins un outil de comparaison indépendant qui leur permette de comparer et d'évaluer les différents services d'accès à l'internet et les services de communications interpersonnelles fondés sur la numérotation accessibles au public et, le cas échéant, les services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation accessibles au public en ce qui concerne :

a) les prix et les tarifs des services fournis contre paiement direct d'une somme d'argent récurrent ou lié à la consommation ».

Le paragraphe 3 de l'article 103 du Code précise :

« L'outil de comparaison visé au paragraphe 2 :

a) est indépendant sur le plan opérationnel des fournisseurs de ces services, garantissant ainsi que ces fournisseurs bénéficient d'une égalité de traitement dans les résultats de recherche ;

b) indique clairement qui en sont les propriétaires et opérateurs ;

c) énonce des critères clairs et objectifs sur lesquels est fondée la comparaison ;

d) emploie un langage clair et univoque ;

e) fournit des informations précises et actualisées et indique la date de la dernière mise à jour ;

f) est ouvert à tout fournisseur de services d'accès à l'internet ou de services de communications interpersonnelles accessibles au public qui met l'information pertinente à disposition et inclut toute une gamme d'offres couvrant une part importante du marché et, lorsque les informations présentées n'offrent pas un aperçu complet du marché, contient une mention claire à cet égard, avant d'afficher les résultats ;

g) prévoit une procédure efficace de signalement des informations incorrectes ;

h) permet de comparer les prix, les tarifs et la qualité des services entre les offres à la disposition des consommateurs et, si les États membres l'exigent, entre ces offres et les offres standard accessibles au public faites aux autres utilisateurs finaux.

Les outils de comparaison remplissant les exigences énoncées aux points a) à h) sont, sur demande du fournisseur de l'outil, certifiés par les autorités compétentes, en coordination, le cas échéant, avec les autorités de régulation nationales

[...] ».

Ces dispositions doivent être lues à la lumière des considérants 267 et 268 du Code, ainsi rédigés :

« (267) Les outils de comparaison indépendants, tels que des sites internet, sont un moyen efficace pour les utilisateurs finaux d'évaluer les avantages des différents fournisseurs de services d'accès à l'internet et de services de communications interpersonnelles, lorsqu'ils sont fournis contre paiement direct récurrent ou lié à la consommation, et d'obtenir des informations impartiales, notamment en comparant les prix, les tarifs et les paramètres de qualité en un même endroit. Ces outils devraient être indépendants, sur le plan opérationnel, des fournisseurs de services et aucun fournisseur de services ne devrait bénéficier, dans les résultats de la recherche, d'un traitement favorable. Ces outils devraient permettre de fournir des informations à la fois claires,

concises, complètes et détaillées. Ils devraient également avoir pour but d'englober l'éventail d'offres le plus large possible, de manière à fournir une vue d'ensemble représentative et à couvrir une part importante du marché. Les informations communiquées sur ces outils devraient être fiables, impartiales et transparentes. Les utilisateurs finaux devraient être informés de la disponibilité de ces outils. Les États membres devraient veiller à ce que les utilisateurs finaux aient librement accès à au moins un de ces outils sur le territoire où ils sont respectivement établis. Lorsqu'il n'existe qu'un seul outil dans un État membre et que cet outil cesse de fonctionner ou de répondre aux critères de qualité, l'État membre devrait veiller à ce que les utilisateurs finaux aient accès dans un délai raisonnable à un autre outil de comparaison au niveau national.

(268) Les outils de comparaison indépendants peuvent être exploités par des entreprises privées, ou par les autorités compétentes ou pour le compte de ces dernières, mais ils devraient l'être conformément à des critères de qualité définis, comprenant l'exigence de fournir les coordonnées de leurs propriétaires, de fournir des informations précises et à jour, d'indiquer la date de la dernière mise à jour, de définir des critères clairs et objectifs sur lesquels reposera la comparaison et d'englober un large éventail d'offres, couvrant une grande part du marché. Les États membres devraient pouvoir déterminer la fréquence à laquelle les outils de comparaison sont tenus de réexaminer et de mettre à jour les informations qu'ils fournissent aux utilisateurs finaux, compte tenu de la fréquence à laquelle les fournisseurs de services d'accès à l'internet et de services de communications interpersonnelles accessibles au public actualisent en général leurs informations sur les tarifs et sur la qualité ».

De ce qui précède, il ressort que le ou les outils de comparaison requis par l'article 103 du Code peuvent être exploités par les « autorités compétentes » des États membres. S'il n'est dès lors pas obligatoire que ce ou ces outils soient exploités par l'autorité de régulation, à savoir l'IBPT, rien ne s'y oppose.

Toutefois, le ou les outils concernés devront répondre aux conditions fixées par l'article 103 du Code, spécialement son paragraphe 3, lequel doit faire l'objet d'une transposition.

Or, aucune disposition de l'avant-projet ne transpose cette disposition qui précise les exigences auxquelles les outils de comparaison doivent satisfaire.

Le texte en projet sera revu et complété aux fins d'assurer cette transposition.

2. La section de législation n'aperçoit pas la portée exacte de l'article 111, § 2, alinéa 2, en projet, qui prévoit :

« Dans la comparaison, il convient d'indiquer clairement, le cas échéant, que les informations présentées n'offrent pas un aperçu complet du marché. Cette mention est faite avant que les résultats de la recherche soient affichés ».

Cet alinéa 2 fait suite à un premier alinéa qui dispose que l'IBPT facilite la mise à disposition, par certains opérateurs, d'informations comparables pour permettre aux consommateurs et aux utilisateurs finaux d'effectuer une évaluation indépendante du coût de plans d'utilisation alternatifs.

L'outil de comparaison mis à disposition par l'IBPT n'est réglé, pour sa part, qu'aux alinéas 3 et 4 du paragraphe 2 en projet.

Se pose dès lors la question de savoir quelle est la « comparaison » visée à l'alinéa 2 en projet. En effet, si l'alinéa 1^{er} vise à « faciliter » la mise à disposition d'informations « comparables » par les différents opérateurs, il n'impose pas à ceux-ci d'opérer une « comparaison », celle-ci étant réalisée par le consommateur ou l'utilisateur final qui procédera à une évaluation indépendante de plans d'utilisation alternatifs.

Le texte en projet sera dès lors revu aux fins de faire apparaître clairement l'intention de son auteur et de lever toute ambiguïté sur la « comparaison » visée à l'alinéa 2 en projet.

Article 156

1. L'article 113, §§ 1^{er} à 3, en projet, de la loi du 13 juin 2005 a trait notamment aux informations à communiquer par certains opérateurs aux utilisateurs finaux sur la qualité de leurs services, informations qui doivent être complètes, comparables, fiables, faciles à exploiter et actualisées.

Sont concernés les « opérateurs fournissant des services d'accès à l'internet », les « opérateurs fournissant des services de communications interpersonnelles accessibles au public » et les « opérateurs de services de transmission utilisés pour la fourniture de la radiodiffusion »⁵⁰.

La question se pose de savoir si, s'agissant de la dernière catégorie d'opérateurs et à l'exception des opérateurs qui relèvent de la compétence de l'autorité fédérale au titre des matières biculturelles au sens de l'article 127, § 2, de la Constitution⁵¹, l'article 113 en projet ne relève pas plutôt de la compétence des Communautés au titre l'article 4, 6°, de la loi spéciale du 8 août 1980 qui attribue aux Communautés la compétence pour régler « les aspects de contenu et techniques des services de médias audiovisuels et sonores à l'exception de l'émission de communications du gouvernement fédéral ».

Interrogés à ce propos, les délégués de la Ministre ont expliqué que la mesure envisagée par le texte en projet participe de la protection générale des consommateurs et relève dès lors à ce titre de la compétence de l'autorité fédérale en la matière, au sens de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 4, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980.

⁵⁰ Dans la version française, cette notion est mentionnée de manière incomplète, à l'article 113, § 2, alinéa 1^{er}, en projet.

⁵¹ À savoir la compétence de l'autorité fédérale en matière culturelle à l'égard des institutions établies dans la Région bilingue de Bruxelles-Capitale qui, en raison de leurs activités, doivent être considérées comme n'appartenant pas exclusivement à l'une ou à l'autre communauté.

Sur ce point, il convient de relever que, dans son avis n° 40.438/VR/1 donné les 1^{er} et 22 juin 2006 sur un avant-projet devenu la loi du 15 mai 2007 'relative à la protection des consommateurs en ce qui concerne les services de radiotransmission et de radiodistribution' ⁵², la section de législation a observé :

« En vertu de l'article 6, § 1^{er}, VI, alinéa 4, 2°, de la loi spéciale du 8 août 1980 de réformes institutionnelles, la fixation de règles générales en matière de protection du consommateur ⁵³ est une compétence réservée à l'autorité fédérale. Sur la base de cette disposition, le législateur fédéral est en droit d'assurer la protection du consommateur non seulement d'une manière générale, mais aussi de manière spécifique, pour certaines conventions en particulier, sans préjudice de la faculté qu'ont les communautés de soumettre cette matière à des conditions qualitatives supplémentaires, dans le respect des aspects économiques précités, sur la base des compétences qui leur sont dévolues ⁵⁴ ».

Au regard des principes rappelés, il peut être considéré que la disposition à l'examen relève de la compétence de l'autorité fédérale.

Il reste toutefois que, comme il ressort du commentaire de l'article, ces nouvelles dispositions ont pour objet de transposer l'article 103, paragraphes 2 et 3, et l'article 104 du Code. Or, ces deux dispositions ne visent que les « fournisseurs de services d'accès à l'internet ou de services de communications interpersonnelles accessibles au public ». À priori donc, ces dispositions de droit européen ne concernent, au sens de l'article 113 en projet, que les « opérateurs fournissant des services d'accès à l'internet » et les « opérateurs fournissant des services de communications interpersonnelles accessibles au public ».

Sur ce point, il convient d'avoir égard à l'article 101 du Code qui dispose :

« Niveau d'harmonisation

1. Les États membres ne maintiennent ni n'introduisent dans leur droit national des dispositions en matière de protection des utilisateurs finaux qui s'écarterent des articles 102 à 115, y compris des dispositions plus ou moins strictes visant à garantir un niveau de protection différent, sauf dispositions contraires prévues dans le présent titre.

2. Jusqu'au 21 décembre 2021, les États membres peuvent continuer à appliquer des dispositions nationales plus strictes en matière de protection des consommateurs qui s'écarterent de celles prévues aux articles 102 à 115, à condition que ces dispositions aient été en vigueur au 20 décembre 2018 et que toute restriction au fonctionnement du marché intérieur résultant de ces dispositions soit proportionnée à l'objectif de protection des consommateurs.

Les États membres notifient à la Commission au plus tard le 21 décembre 2019 toute disposition nationale destinée à être appliquée sur la base du présent paragraphe ».

⁵² <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/40438.pdf>.

⁵³ *Note de bas de page n° 9 de l'avis cité* : En ce qui concerne la « protection du consommateur », sont visées, entre autres, les normes minimales de sécurité et de qualité des biens et des services, en vue de protéger les intérêts du consommateur (*Doc. parl.*, Chambre, S.E. 1988, n° 516/1, p. 10 et n° 516/6, p. 127-128).

⁵⁴ *Note de bas de page n° 10 de l'avis cité* : Cour d'arbitrage, n° 105/98 du 21 octobre 1998, B.3.2.

La question se pose de savoir si, au regard de l'article 101 du Code, le législateur peut étendre l'application du régime prévu par les articles 103, paragraphes 2 et 3, et 104 du Code à d'autres catégories d'opérateurs que celles qui y sont visées expressément.

À propos de l'objectif d'harmonisation des droits des utilisateurs finaux, deux des considérants de la directive 2018/1972/UE précisent notamment ce qui suit :

« (257) Les divergences dans la mise en œuvre des règles de protection des utilisateurs finaux ont créé d'importantes entraves au marché unique touchant aussi bien les fournisseurs de services de communications électroniques que les utilisateurs finaux. L'applicabilité de règles identiques assurant un niveau commun élevé de protection dans l'ensemble de l'Union devrait réduire ces entraves. Une harmonisation complète et graduée des droits des utilisateurs finaux prévus par la présente directive devrait renforcer considérablement la sécurité juridique tant pour les utilisateurs finaux et que pour les fournisseurs de services de communications électroniques et devrait réduire sensiblement les obstacles à l'entrée et la charge inutile de mise en conformité résultant de la fragmentation des règles. Une harmonisation complète contribue à la suppression des entraves au fonctionnement du marché intérieur résultant de dispositions nationales relatives aux droits des utilisateurs finaux qui protègent en même temps les fournisseurs nationaux contre la concurrence des autres États membres. Pour atteindre un niveau commun élevé de protection, il convient de renforcer raisonnablement dans la présente directive plusieurs dispositions relatives aux droits des utilisateurs finaux en tenant compte des meilleures pratiques dans les États membres. L'harmonisation complète de leurs droits renforce la confiance des utilisateurs finaux dans le marché intérieur puisqu'ils bénéficient d'un niveau de protection élevé équivalent lorsqu'ils utilisent des services de communications électroniques, non seulement dans leur État membre mais également lorsqu'ils séjournent, travaillent ou voyagent dans d'autres États membres. L'harmonisation complète ne devrait porter que sur les sujets relevant des dispositions de la présente directive relatives aux droits des utilisateurs finaux. Elle ne devrait dès lors avoir aucune incidence sur le droit national en ce qui concerne les aspects de la protection des utilisateurs finaux, notamment certains aspects des mesures en faveur de la transparence, qui ne relèvent pas desdites dispositions. Par exemple, les mesures concernant les obligations de transparence qui ne relèvent pas de la présente directive devraient être considérées comme compatibles avec le principe d'harmonisation complète tandis que les exigences supplémentaires concernant des questions de transparence relevant de la présente directive, telles que la publication d'informations, devraient être considérées comme incompatibles. En outre, les États membres devraient pouvoir maintenir ou adopter des dispositions nationales portant sur des aspects qui ne sont pas régis spécifiquement par la présente directive, en particulier pour réagir à des situations nouvelles.

[...]

(265) La disponibilité d'informations transparentes, actualisées et comparables sur les offres et les services est un élément clé pour les consommateurs sur des marchés concurrentiels où plusieurs fournisseurs offrent leurs services. Les utilisateurs finaux devraient être à même de comparer les prix des différents services offerts sur le marché facilement en s'appuyant sur des informations publiées sous une forme aisément accessible. Pour leur permettre de comparer facilement les prix et les services, les autorités compétentes, en coordination, le cas échéant, avec les autorités de régulation nationales, devraient être en mesure d'exiger que les fournisseurs de services d'accès à l'internet ou de services de communications interpersonnelles accessibles au public améliorent la transparence concernant les informations, y compris les tarifs, la qualité de

service, les conditions appliquées aux équipements terminaux fournis, et d'autres données statistiques pertinentes. Ces exigences devraient tenir dûment compte des caractéristiques de ces réseaux ou services. Elles devraient également faire en sorte que les tiers aient le droit d'utiliser gratuitement les informations accessibles au public publiées par ces entreprises, en vue de mettre à disposition des outils de comparaison ».

Il appartient à l'auteur de l'avant-projet d'être en mesure de démontrer que l'extension du champ d'application des régimes prévus par les articles 103, paragraphes 2 et 3, et 104 du Code aux « opérateurs de services de transmission utilisés pour la fourniture de la radiodiffusion » – à savoir une catégorie d'opérateurs qui n'est pas visée expressément par ces articles – se concilie avec le régime d'harmonisation consacré par l'article 101 du Code, tel qu'il doit être compris et transposé, à la lumière notamment des considérants précités.

La disposition à l'examen sera réexaminée en conséquence.

2. Le paragraphe 4 de l'article 113 en projet a, pour sa part, vocation à transposer spécifiquement l'article 103, paragraphe 2, du Code qui dispose:

« Les autorités compétentes, en coordination, le cas échéant, avec les autorités de régulation nationales, veillent à ce que les utilisateurs finaux aient accès gratuitement à au moins un outil de comparaison indépendant qui leur permette de comparer et d'évaluer les différents services d'accès à l'internet et les services de communications interpersonnelles fondés sur la numérotation accessibles au public et, le cas échéant, les services de communications interpersonnelles non fondés sur la numérotation accessibles au public en ce qui concerne :

[...]

b) lorsqu'une qualité de service minimale est proposée ou que l'entreprise est tenue de publier de telles informations en vertu de l'article 104, la qualité des services ».

Dans cette mesure, et dès lors que la disposition en projet ne transpose que très partiellement, en son alinéa 3, le paragraphe 2 de l'article 103 du Code, le paragraphe en projet appelle une observation similaire à l'observation 1 sous l'article 149.

Article 160

Selon le commentaire de l'article,

« Lorsque le temps d'attente pour obtenir la communication avec le service clientèle dépasse les 2,5 minutes pour des raisons indépendantes de la volonté de l'opérateur, les dispositions de cet article, comme c'est le cas à l'heure actuelle dans la charte en faveur de la clientèle, sont à appliquer avec bon sens ».

La section de législation n'aperçoit pas la portée exacte de cette précision, qui n'est pas traduite, au demeurant, dans le dispositif. Si l'intention est ainsi de prévoir une règle dérogatoire à celle prévue par la disposition à l'examen, celle-ci sera complétée en conséquence, en précisant la portée de l'exception envisagée.

Article 161

Selon le commentaire de l'article, les modifications apportées à l'article 117 de la loi du 13 juin 2005 assurent la transposition de l'annexe VI, partie A, point c), du Code, qui dispose :

« c) Systèmes de prépaiement

Les États membres veillent à ce que les autorités compétentes, en coordination, le cas échéant, avec les autorités de régulation nationales, puissent exiger des fournisseurs qu'ils proposent aux consommateurs des moyens d'accéder au réseau de communications électroniques public et d'utiliser les services de communications vocales, les services d'accès à l'internet ou les services de communications interpersonnelles fondés sur la numérotation dans le cas de l'article 115, en recourant à un système de prépaiement ».

Cette disposition de droit européen vise non seulement les services de communications vocales ainsi que les services de communications interpersonnelles fondés sur la numérotation, mais également les services d'accès à l'internet.

La disposition à l'examen ne mentionne pas les services d'accès à l'internet. Elle sera revue et complétée en conséquence.

Article 163

La disposition à l'examen entend modifier l'article 119, § 1^{er}, de la loi du 13 juin 2005.

Cet article, qui, en ses paragraphes 2 à 11, règle les mesures que l'opérateur peut prendre en cas de facture impayée, a été remplacé par l'article 25 de la loi du 31 juillet 2017 'portant des dispositions diverses en matière de communications électroniques'. Cet article 25 est entré en vigueur le 1^{er} juillet 2018, en vertu de l'article 34 de la loi du 31 juillet 2017⁵⁵, qui prévoit par ailleurs l'application immédiate de l'article 25 aux contrats en cours à cette date.

L'article 163 de l'avant-projet entend ajouter un alinéa 3 au paragraphe 1^{er} de l'article 119, de sorte que ce paragraphe disposerait désormais comme suit :

« La liste exhaustive des mesures que peuvent prendre les opérateurs en cas de facture impayée figure au contrat visé à l'article 108.

Les règles prévues aux paragraphes 2 à 8 sont valables nonobstant l'application de l'article 70, § 1^{er}, 2^o, d).

Ces règles s'appliquent par dérogation aux dispositions légales contraires ».

Selon le commentaire de l'article, l'auteur de l'avant-projet entend ainsi prévoir que « les règles spécifiques au secteur conçues de manière à s'adapter à la loi relative aux communications électroniques, qui sont mises en œuvre par les opérateurs depuis le 1^{er} juillet 2018, priment sur les règles existantes et futures qui sont intersectorielles ».

⁵⁵ La loi du 31 juillet 2017 a été publiée au *Moniteur belge* le 12 septembre 2017. Son article 34 prévoit que son article 25 entre en vigueur le premier jour du dixième mois qui suit celui de sa publication au *Moniteur belge*.

L'intention de l'auteur de l'avant-projet apparaît ainsi comme étant de préciser le caractère dérogatoire des règles prévues aux paragraphes 2 à 8 de l'article 119 de la loi du 13 juin 2005, par rapport à toute autre disposition légale ayant une portée plus générale, et s'appliquant à tous les secteurs économiques, et non exclusivement au secteur des communications électroniques.

Un tel rappel apparaît à priori inutile, en raison de l'application de la règle générale d'interprétation et de résolution des conflits entre normes juridiques « *lex specialis derogat generali* ».

Toutefois, si l'intention est de garantir plus de transparence et de sécurité juridique en rappelant la teneur de cet adage, la disposition en projet serait mieux rédigée comme suit :

« Ces règles sont d'application nonobstant toute disposition légale contraire ».

Article 164

Selon le commentaire de l'article, les modifications apportées à l'article 120 de la loi du 13 juin 2005 assurent la transposition de l'annexe VI, partie A, point b), du Code qui dispose comme suit :

« b) Interdiction sélective des appels sortants ou des SMS ou MMS à taux majoré, ou, lorsque cela est techniquement possible, d'autres applications de nature similaire, à titre gratuit.

C'est-à-dire la ressource permettant à l'utilisateur final qui en fait la demande au fournisseur de services de communications vocales, ou de services de communications interpersonnelles fondés sur la numérotation dans le cas de l'article 115, de filtrer gratuitement les appels sortants ou les SMS ou MMS à taux majoré ou d'autres applications de nature similaire, d'un type particulier ou destinés à certaines catégories de numéros d'appel ».

La disposition à l'examen ne vise que les messages, applications similaires et appels « destinés à certaines catégories de numéros d'appel », et non pas ceux qui sont « d'un type particulier », tels que mentionnés à la disposition de droit européen transposée.

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

Article 166

1. L'article 166 de l'avant-projet entend modifier l'article 121 de la loi du 13 juin 2005.

Tel qu'en vigueur, cet article 121 dispose comme suit :

« § 1^{er}. Le Roi fixe, après avis du Comité consultatif pour les télécommunications et de l'Institut, les conditions selon lesquelles l'Institut peut exiger, en utilisant les normes internationales et nationales ou les bonnes pratiques acceptées et utilisées au niveau international par des organisations internationales ou nationales au niveau de la

standardisation ou de l'harmonisation dans le secteur des communications électroniques, des opérateurs qui exploitent des réseaux publics de communications électroniques ou des services téléphoniques accessibles au public, qu'ils mettent à la disposition des utilisateurs finals les compléments de service suivants :

- 1° l'identification de la ligne appelante ;
- 2° la numérotation au clavier.

§ 2. Le Roi peut ne pas exiger la mise à disposition des compléments de service visés au § 1^{er} sur une partie du territoire s'il estime après avis du Comité consultatif pour les télécommunications et de l'Institut que l'accès à ces compléments de service est suffisant.

§ 3. Les opérateurs mettent à disposition les données et signaux nécessaires pour permettre la fourniture des compléments de service visés au paragraphe 1^{er} sur tout ou partie du territoire et, dans la mesure où cela est techniquement possible, pour que ces compléments de service puissent être plus facilement proposés par-delà les frontières des États membres ».

L'article 166 de l'avant-projet entend, d'une part, compléter le paragraphe 1^{er} de l'article 121 par un alinéa permettant à l'IBPT de « demander aux opérateurs de fournir gratuitement l'identification de la ligne appelante ou le message SMS/MMS » et, d'autre part, régler des aspects plus techniques, relatifs à cette identification.

L'alinéa ainsi ajouté au paragraphe 1^{er} de l'article 121 a pour objet, en partie, de transposer l'annexe VI, partie A, point a), alinéa 5, du Code qui dispose :

« Les autorités de régulation nationales peuvent demander aux opérateurs de fournir gratuitement un service d'identification de la ligne d'appel ».

Dans la mesure où le Code attribue cette compétence aux autorités de régulation, au regard des principes rappelés sous l'observation générale I, les pouvoirs, de nature réglementaire conférés par l'alinéa en projet à l'IBPT ne suscitent pas de difficulté, à tout le moins s'agissant de l'identification de la ligne appelante.

Par contre, ils posent question s'agissant de l'identification de la ligne d'envoi des SMS/MMS.

En effet, l'« appel » est défini par l'article 2, 31), du Code comme étant « une connexion établie au moyen d'un service de communications interpersonnelles accessible au public permettant une communication vocale bidirectionnelle ». Il s'ensuit que l'identification de la ligne d'appel, au sens du Code, ne porte pas sur l'identification de la ligne d'envoi d'un SMS ou d'un MMS.

La question se pose donc de savoir si le texte en projet peut prévoir également un mécanisme d'imposition d'identification de la ligne d'envoi d'un SMS ou d'un MMS et s'il peut confier à l'IBPT le pouvoir d'imposer cette identification.

À cet égard, il y a lieu de prendre en considération que, selon l'annexe VI, partie A, du Code,

« Lorsqu'elle est appliquée sur la base de l'article 88, la partie A est applicable aux consommateurs ainsi qu'à d'autres catégories d'utilisateurs finaux lorsque les États membres ont élargi les bénéficiaires de l'article 88, paragraphe 2.

Lorsqu'elle est appliquée sur la base de l'article 115, la partie A est applicable aux catégories d'utilisateurs finaux déterminées par les États membres, sauf en ce qui concerne les points c), d) et g) de la présente partie qui ne sont applicables qu'aux consommateurs ».

Par ailleurs, selon l'article 88, paragraphe 2, du Code,

« Les États membres veillent à ce que les fournisseurs d'un service d'accès adéquat à l'internet à haut débit et de services de communications vocales visés à l'article 84 qui fournissent des services en vertu de l'article 85 offrent les ressources et les services spécifiques énoncés à l'annexe VI, partie A, selon le cas, afin que les consommateurs puissent surveiller et maîtriser leurs dépenses. Les États membres veillent à ce que ces fournisseurs mettent en place un système pour éviter une interruption injustifiée des services de communications vocales ou du service d'accès adéquat à l'internet à haut débit en ce qui concerne les consommateurs visés à l'article 85, y compris un mécanisme approprié permettant de vérifier si l'intérêt à utiliser ce service perdure.

Les États membres peuvent étendre le champ d'application du présent paragraphe aux utilisateurs finaux qui sont des microentreprises, des petites et moyennes entreprises et des organisations à but non lucratif ».

Quant à l'article 115, du Code, relatif aux droit des utilisateurs finaux, il dispose :

« 1. Sans préjudice de l'article 88, paragraphe 2, les États membres veillent à ce que les autorités compétentes, en coordination, le cas échéant, avec les autorités de régulation nationales, soient à même d'exiger que tous les fournisseurs de services d'accès à l'internet ou de services de communications interpersonnelles fondés sur la numérotation accessibles au public mettent gratuitement à disposition tout ou partie des ressources complémentaires énumérées à l'annexe VI, partie B, sous réserve de faisabilité technique, ainsi que tout ou partie des ressources complémentaires énumérées à l'annexe VI, partie A.

2. Lorsqu'ils appliquent le paragraphe 1, les États membres peuvent compléter la liste des services complémentaires figurant à l'annexe VI, parties A et B, afin d'assurer un niveau plus élevé de protection des consommateurs.

3. Un État membre peut décider de renoncer à appliquer le paragraphe 1 sur tout ou partie de son territoire s'il estime, après avoir tenu compte des avis des parties intéressées, que l'accès à ces services complémentaires est suffisant ».

Il suit de ces dispositions, spécialement de l'article 115, paragraphe 2, du Code, que le législateur peut étendre la liste des services énumérés à l'annexe VI, partie A, du Code, « afin d'assurer un niveau plus élevé de protection des consommateurs ».

L'extension de l'identification de la ligne aux SMS et MMS peut, à priori, être considérée comme participant de cet objectif.

Sur ce point, interrogés sur l'extension envisagée, les délégués de la Ministre ont d'ailleurs répondu ce qui suit :

« L'extension de l'identification de la ligne appelante aux SMS/MMS s'inscrit dans le cadre de l'accessibilité des services de communications électroniques aux personnes souffrant d'un handicap en réduisant l'écart avec la communication vocale classique.

Les services d'urgences sont accessibles aux sourds et malentendants ainsi qu'aux personnes à déficience vocale par le biais de messages textuels (LCE, art. 107, § 6, nouveau). Il est d'une importance fondamentale que, lorsque les services d'urgence communiquent avec ces personnes, ils puissent les identifier pour pouvoir rapidement et efficacement envoyer sur place l'aide nécessaire. En outre, pour les services d'urgence, une communication bidirectionnelle doit pouvoir être établie avec l'appelant en cas de nécessité d'informations complémentaires, ce qui n'est possible que si la ligne appelante a pu être préalablement identifiée.

Les messages SMS/MMS connaissent en outre une évolution vers le RTT ('Real Time Texting'), qui ne fait plus seulement recours au texte mais également aux images (photos, graphiques, ...). Cette nouvelle forme de communication estompe donc les différences avec la communication vocale classique que, de surcroît, elle 'enrichit' d'images. Elle offre un intérêt tout particulier aux personnes sourdes ou malentendantes ainsi qu'aux les personnes à déficience vocale.

Outre son utilité sociétale, l'extension aux SMS/MMS peut juridiquement se justifier par une lecture combinée de l'article 115. 2 du Code et du dernier alinéa de son annexe VI, partie A, point a), l'intention du législateur étant d'accroître la protection des consommateurs souffrant d'une déficience auditive ou vocale ».

Par contre, il est plus délicat de trancher positivement la question de savoir si l'IBPT pourrait lui-même imposer aux opérateurs d'identifier la ligne d'envoi des SMS ou MMS.

Une lecture combinée conciliante de l'article 115, paragraphe 2 du Code et de son annexe VI, partie A, point a), alinéa 5, pourrait fonder une telle compétence de l'IBPT.

Toutefois, dès lors que le Code, spécialement son article 115, paragraphe 2, n'impose pas l'intervention de l'autorité de régulation pour prévoir des compléments à la liste des services énumérés à l'annexe VI, partie A, du Code, mais vise uniquement « les États membres », il n'est pas établi que l'on puisse considérer, au regard des principes rappelés dans l'observation générale I, que le droit européen pourrait justifier de l'octroi d'un tel pouvoir à l'IBPT, pouvoir, qui, par ailleurs, ne participe pas d'une règle de détail ou purement technique.

Il se recommande donc de permettre non pas à l'IBPT, mais au Roi, de prévoir cette extension, le cas échéant, d'initiative et sur avis de l'IBPT ou sur proposition de celui-ci.

2. L'avis 44/2021 donné par l'Autorité de protection des données le 2 avril 2021 sur l'avant-projet à l'examen observe ce qui suit, à propos de l'article 166, 2°, de l'avant-projet :

« 24. L'article 166, 2° du projet complète l'article 121 de la LCE par les paragraphes 4 -6, rédigés comme suit :

‘§ 4. Il est interdit de modifier l'identification de la ligne appelante ou l'expéditeur dans le cas d'un message SMS/MMS dans l'intention de causer un préjudice à l'appelé ou au destinataire de ce message SMS/MMS ou de le tromper.

L'identification de la ligne appelante ou de l'expéditeur dans le cas d'un message SMS/MMS, qui est fournie dans le cadre d'une communication électronique fondée sur la numérotation, doit :

1° être transmise sans altération à l'appelé ou au destinataire dans le cas d'un message SMS/MMS ;

2° comprendre un numéro de téléphone valide qui identifie de manière unique la connexion ou la personne appelante ou l'expéditeur dans le cas d'un message SMS/MMS.

§ 5. L'Institut précise les modalités en matière de présentation, de format et de transmission de l'identification de la ligne appelante ou de l'expéditeur dans le cas d'un message SMS/MMS aux fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques impliqués dans l'acheminement de communications électroniques fondées sur la numérotation en vue d'atteindre le plus haut niveau de fiabilité possible.

Pour les appels ou messages SMS/MMS émis en dehors du territoire belge, si le numéro de téléphone ne peut pas être considéré comme fiable, l'Institut doit imposer des mesures aux opérateurs de réseaux et de services de communications électroniques par le biais d'une décision, et ce, pour autant qu'il soit techniquement possible d'en informer l'appelé ou le destinataire dans le cas d'un message SMS/MMS ou d'empêcher la présentation du numéro de téléphone.

§ 6. L'Institut détermine quels numéros de téléphone ne peuvent jamais être montrés comme identification de la ligne appelante ou de l'expéditeur dans le cas d'un message SMS/MMS’.

25. À cet effet, l'Exposé des motifs du projet précise que ‘Les données d'identification de la ligne appelante (Calling Line Identification (CLI)) sont composées d'un numéro de téléphone identifiant la connexion de l'appelant ainsi que d'un marquage de confidentialité qui indique si le numéro peut être montré au destinataire de l'appel. Elles peuvent donner au destinataire de l'appel des informations sur la personne qui effectue l'appel. Elles peuvent également être utilisées pour faciliter le rappel, identifier les sources d'appels malveillants ou comme référence afin d'identifier l'appelant lors d'une situation d'urgence. Cette fonctionnalité a été introduite depuis longtemps en Belgique par les fournisseurs de réseaux et de services de communications électroniques’.

Le demandeur poursuit : ‘Afin d'exploiter pleinement les avantages de cette fonctionnalité, les données d'identification de la ligne appelante doivent être valides et transmises sans altération à l'appelé. En outre, l'on constate de plus en plus que des parties modifient volontairement l'identification de la ligne appelante afin de faciliter la fraude et les abus. Raison pour laquelle il convient d'empêcher que des appels dotés d'une identification de la ligne appelante non valide ou non accessible soient connectés à l'appelé’.

26. Concernant l'identification de la ligne d'appel, le point a) de la partie B de l'annexe VI du Code dispose ce qui suit : 'Ce service est fourni conformément au droit applicable en matière de protection des données à caractère personnel et de la vie privée, en particulier la directive 2002/58/CE [ci-après : la Directive e-Privacy]'.

27. Conformément à l'article 8, 1^{er} alinéa de la Directive e-Privacy, 'le fournisseur du service doit offrir à l'utilisateur appelant, par un moyen simple et gratuit, la possibilité d'empêcher la présentation de l'identification de la ligne appelante, et ce, appel par appel'. L'article 10, point a) de la Directive e-Privacy dispose ensuite que la suppression de la présentation de l'identification de la ligne appelante n'est possible qu'à titre temporaire, lorsqu'un abonné demande l'identification d'appels malveillants ou dérangeants ; dans ce cas, conformément au droit interne, les données permettant d'identifier l'abonné appelant seront conservées et mises à disposition par le fournisseur d'un réseau public de communications et/ou d'un service de communications électroniques accessible au public⁵⁶.

28. Dans la mesure où le projet d'article 121, § 4 de la LCE introduit une interdiction générale de la suppression de la présentation de l'identification de la ligne appelante, il viole les articles 8, 1^{er} alinéa *juncto* l'article 10, point a) de la Directive e-Privacy et doit dès lors soit être supprimé, soit réécrit ».

Sous réserve de l'observation 1 ci-avant en ce qui concerne les SMS et MMS, la disposition sera revue en conséquence.

Article 174

Dans la modification qui serait apportée à l'article 133/1 de la loi du 13 juin 2005, n'y serait plus visé l'article 113 de cette loi, et ce alors que l'article 113 en projet (article 156 de l'avant-projet) a un contenu similaire à l'article 113 en vigueur.

Le commentaire de l'article ne donne pas de justification à cette omission.

La question se pose dès lors de savoir si celle-ci ne procède pas d'une erreur.

La disposition à l'examen sera réexaminée à la lumière de cette observation.

Article 179

1. Tel qu'il est modifié par la disposition à l'examen, le paragraphe 1^{er} de l'article 137 de la loi du 13 juin 2005 s'avérera trop général et ne reflètera pas l'article 20, paragraphe 1, du Code, notamment dans les limites qu'il instaure, spécialement le fait que la disposition de droit européen ne permet de demander des informations « à d'autres entreprises actives dans le secteur des communications électroniques ou dans des secteurs étroitement liés à

⁵⁶ Note de bas de page n° 11 de l'avis cité : « Voir également à cet égard le considérant (34) de la Directive e-Privacy : 'Il est nécessaire, en ce qui concerne l'identification de la ligne appelante, de protéger le droit qu'a l'auteur d'un appel d'empêcher la présentation de l'identification de la ligne à partir de laquelle l'appel est effectué, ainsi que le droit de la personne appelée de refuser les appels provenant de lignes non identifiées. Dans des cas spécifiques, il est justifié d'empêcher que la présentation de l'identification de la ligne appelante soit supprimée' [...] ».

celui-ci », que si les informations demandées aux entreprises fournissant des réseaux et des services de communications électroniques, des ressources associées ou des services associés s'avèrent insuffisante.

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

2. Le paragraphe 3, alinéa 1^{er}, 2^o et 8^o, ne transpose pas correctement l'article 21, paragraphe 1, b) et h), du Code.

Ces dispositions seront revues et complétées aux fins de remédier à cette difficulté.

Article 189

Au 2^o, dans la version française, deuxième ligne, l'un des deux termes « service » sera omis.

De même au 2^o, le mot « finals » sera remplacé par le mot « finaux ».

Article 192

Au 1^o, au paragraphe 1^{er}, alinéa 1^{er}, en projet, les mots « a été constaté » seront remplacés par les mots « peut être constaté ».

Article 216

L'article 25, § 2, de la loi du 1^{er} juillet 2011 'relative à la sécurité et à la protection des infrastructures critiques' :

« Le Roi peut, pour un secteur ou un sous-secteur déterminé, autoriser le service d'inspection à se faire remettre une copie du P.S.E. et des actes, documents ou autres sources d'informations que ce service estime nécessaires à l'exercice de sa mission. Le Roi peut également fixer les modalités selon lesquelles la copie est remise à ce service ».

L'article 216 de l'avant-projet entend ajouter un alinéa 2 à cette disposition, qui prévoit que son alinéa 1^{er} n'est pas applicable aux secteurs des communications électroniques et des infrastructures numériques.

Le commentaire de l'article s'en explique comme suit :

« Cette disposition rend l'article 25, § 2, de la loi EPCIP inapplicable dans le secteur des communications électroniques et des infrastructures numériques car cette disposition n'a pas d'utilité dans ce secteur.

En effet, l'article 9 de l'arrêté royal du 27 mai 2014 portant exécution dans le secteur des communications électroniques de l'article 13 de la loi EPCIP, impose déjà l'envoi d'une copie du plan de sécurité de l'exploitant (P.S.E.) et de ses modifications. L'IBPT ne doit dès lors plus demander ce P.S.E. pour exercer sa fonction de service d'inspection.

En outre, pour les autres documents que le P.S.E., l'article 25, § 2, de la loi ECPIP risque d'entrer en conflit avec l'article 14, § 2, de la loi statut, en vertu duquel l'IBPT 'peut exiger, par demande motivée, de toute personne concernée toute information utile', sans qu'il ne soit nécessaire d'adopter un arrêté royal ».

Au regard de ces justifications, la disposition à l'examen appelle les observations suivantes.

Tout d'abord, il convient de relever que l'article 9 de l'arrêté royal du 27 mai 2014 'portant exécution dans le secteur des communications électroniques de l'article 13 de la loi du 1^{er} juillet 2011 relative à la sécurité et la protection des infrastructures critiques' ne prévoit pas de communication du PSE à l'autorité sectorielle. Il prévoit uniquement la communication à cette autorité des modifications apportées au PSE.

Ensuite, c'est à l'autorité sectorielle que ces modifications doivent être transmises, et non au service d'inspection. Certes, en vertu de l'article 3, 3^o, e), de la loi du 1^{er} juillet 2011, l'autorité sectorielle en la matière est l'IBPT, qui sera aussi le service d'inspection, en vertu de l'article 24, § 2, alinéa 2, en projet de la loi du 1^{er} juillet 2011 (article 215 de l'avant-projet). Il reste toutefois que ces différents titres d'intervention de l'IBPT peuvent prêter à confusion, et que la non-applicabilité pure et simple de l'article 25, § 2, en vigueur, de la loi du 1^{er} juillet 2011, au secteur des communications électroniques et des infrastructures, telle que prévue par la disposition à l'examen pourrait avoir pour conséquence, dans une interprétation stricte, que l'IBPT, en sa qualité de service d'inspection, ne pourrait plus exiger la communication du PSE.

Pour remédier à cette difficulté, il serait plus approprié de modifier l'article 14, § 2, de la loi du 17 janvier 2003 aux fins d'y prévoir que l'IBPT peut, en sa qualité de service d'inspection, exiger la communication du PSE à tout moment, en dérogation à l'article 25, § 2, de la loi du 1^{er} juillet 2011.

En tout état de cause, l'auteur de l'avant-projet doit être en mesure de justifier raisonnablement le régime différencié qui serait ainsi instauré dans le secteur concerné.

La disposition à l'examen sera revue à la lumière de ces observations.

Article 235

La disposition à l'examen envisage de remplacer l'article 48 de la loi du 5 mai 2017 'relative aux services de médias audiovisuels en région bilingue de Bruxelles-Capitale'.

Le commentaire de l'article renvoie au commentaire de l'article 102 de l'avant-projet (article 59, en projet, de la loi du 13 juin 2005).

Ces deux dispositions, qui visent à transposer l'article 69 du Code, sont en effet similaires.

Toutefois, l'article 59, en projet, de la loi du 13 juin 2005, comporte six paragraphes, dont les deux derniers, qui sont relatifs à la modification des offres de référence par leurs auteurs et à la mise à disposition des offres de référence par le biais de sites internet, correspondent aux paragraphes 6 et 7 de l'article 59, en vigueur, ainsi qu'aux paragraphes 6 à 8 de l'article 48, en vigueur, de la loi du 5 mai 2017.

La question se pose donc de savoir quelle est la raison pour laquelle l'article 48, en projet, de la loi du 5 mai 2017, ne comporte pas de paragraphes 5 et 6, similaires à ceux qui figurent à l'article 59, en projet, de la loi du 13 juin 2005, paragraphes 5 et 6 qui, au demeurant, n'apparaissent pas indispensables à la transposition de l'article 69 du Code.

Les deux dispositions seront revues à la lumière de l'observation qui précède.

Article 242

1. Aux fins d'assurer la transposition correcte de l'article 77, paragraphe 2, du Code, à l'article 53, § 2, phrase introductive, en projet, de la loi du 5 mai 2017, il y a lieu de remplacer le mot « proposition » par le mot « demande »⁵⁷.

La disposition à l'examen sera complétée en conséquence.

2. Dans la version française, dans la modification que l'article 242, 2°, b), envisage d'apporter à l'article 53 de la loi du 5 mai 2017, les mots « , notamment en ce qui concerne » seront omis.

*

⁵⁷ Comparez avec la modification apportée par l'article 110, 2°, a), de l'avant-projet à l'article 65/1 de la loi du 13 juin 2005.

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 voorontwerp,[‡] de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

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

VOORAFGAANDE OPMERKING

Voorliggend voorontwerp strekt onder meer tot omzetting van richtlijn (EU) 2018/1972 van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ‘tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie’ (hierna “het Wetboek”), dat 126 artikelen en 11 bijlagen telt.

Het dispositief van het voorontwerp zelf telt 261 artikelen, waarvan er 256 wijzigingsbepalingen zijn, en beslaat 205 pagina's.

Gelet op de omvang en de complexiteit van dit dossier, op het feit dat het in bepaalde opzichten zeer technische aspecten vertoont en op de korte termijn waarover de afdeling Wetgeving, in het licht van die elementen, beschikte om het dossier te onderzoeken, is het niet mogelijk geweest het voorontwerp exhaustief te onderzoeken, ook al beperkt dat onderzoek zich tot de drie punten die in artikel 84, § 3, eerste lid, van de gecoördineerde wetten ‘op de Raad van State’ worden vermeld.

In dit advies worden dan ook alleen enkele bijzonder belangrijke kwesties onderzocht. Zo bevat dit advies een aantal algemene opmerkingen in verband met bepaalde bevoegdheden die bij de ontworpen tekst aan het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (afgekort als “BIPT”) verleend worden. Het omvat ook opmerkingen in verband met kwesties van algemene of bijzondere aard betreffende bepalingen van het voorontwerp die inhoudelijk echt nieuw zijn¹ ten opzichte van het bestaande recht of die problemen doen rijzen ten aanzien van de evolutie van het internationale, Europese of interne rechtskader, inzonderheid de omzetting van het Wetboek.

[‡] Aangezien het om een voorontwerp van wet gaat, wordt onder “rechtsgrond” de overeenstemming met de hogere rechtsnormen verstaan.

¹ Om die reden worden in principe geen opmerkingen gemaakt bij bepalingen van het voorontwerp die identiek zijn aan het geldend recht of die daarop in ruime mate gebaseerd zijn.

Voor het overige is het niet de bedoeling om in dit advies stellige uitspraken te doen over kwesties die verband houden met zeer technische aspecten die buiten de juridische sfeer vallen, aangezien de afdeling Wetgeving niet goed genoeg op de hoogte is van de feitelijke situaties en van de uitermate technische gegevens die in aanmerking genomen moeten worden en ze niet over de juridische mogelijkheid beschikt om in dat verband een debat op tegenspraak te houden.²

Het spreekt vanzelf dat in de genoemde omstandigheden niets afgeleid mag worden uit het feit dat in dit advies over een aantal bepalingen of kwesties niets gezegd wordt.³

ALGEMENE OPMERKINGEN

I. DE BEVOEGDHEDEN DIE AAN HET BIPT VERLEEND WORDEN

1. Het voorontwerp bevat een aantal bepalingen die ertoe strekken aan het BIPT nieuwe bevoegdheden te verlenen.

Onder die bepalingen zijn er veel waarbij aan het BIPT blijkbaar een verordenende bevoegdheid⁴ verleend wordt of waarbij niet uit te maken valt of de bedoelde nieuwe bevoegdheden betrekking hebben op handelingen met individuele of verordenende strekking.

Wat dat betreft, wijst de afdeling Wetgeving in hoofdzaak op de volgende bepalingen:

² Zie in die zin bij wijze van voorbeeld advies 43.663/4, dat op 22 oktober 2007 gegeven is over een voorstel dat geleid heeft tot het decreet van 22 november 2007 'houdende wijziging van het decreet van 23 juni 1994 betreffende de oprichting en de uitbating van de onder het Waalse Gewest ressorterende luchthavens', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/43663.pdf>, advies 59.763/2/V, dat op 18 augustus 2016 gegeven is over een ontwerp dat geleid heeft tot het besluit van de Waalse Regering van 22 september 2016 'tot wijziging van Boek II van het Milieuwetboek, dat het Waterwetboek inhoudt, betreffende de bescherming van de watervoorraad', www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/59763.pdf en advies 65.115/4, dat op 18 februari 2019 gegeven is over een voorontwerp dat geleid heeft tot het Waals decreet van 2 mei 2019 'tot wijziging van het decreet van 12 april 2001 betreffende de organisatie van de gewestelijke elektriciteitsmarkt', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/65115.pdf>.

³ Zie voor een soortgelijke voorafgaande opmerking, onder meer advies 64.927/4, dat op 30 januari 2019 gegeven is over een voorontwerp van decreet van het Waalse Gewest 'instituant le Code de la gestion des ressources du sous-sol', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/64927.pdf>, en advies 67.724/2/V, dat op 9 september 2020 gegeven is over een voorontwerp dat geleid heeft tot het decreet van de Franse Gemeenschap van 4 februari 2021 'betreffende audiovisuele mediadiensten en videoplatformdiensten', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/67724.pdf>.

⁴ In verband met het feit dat aan het BIPT een bevoegdheid tot het nemen van individuele beslissingen verleend wordt, zie onder meer advies 33.255/4, dat op 5 juni 2002 gegeven is over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 17 januari 2003 'met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector' en 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 telecommunicatiesector', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/33255.pdf>, en advies 50.003/4, dat op 26 september 2011 gegeven is over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 16 maart 2015 'tot wijziging van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/50003.pdf>.

1° Artikel 41 van het voorontwerp:

Bij het ontworpen artikel 9, § 4, van de wet van 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’ wordt het BIPT ertoe gemachtigd de nadere regels vast te stellen voor de kennisgevingen bedoeld in de ontworpen paragraaf 1 en in paragraaf 3, namelijk respectievelijk de kennisgevingen met het oog op het aanbieden van openbare elektronische-communicatienetwerken of van voor het publiek beschikbare elektronische-communicatiediensten, en de kennisgevingen bij wijziging van de elementen die in de eerstgenoemde kennisgeving staan, en wanneer de operator zijn activiteiten stopzet.

2° Artikel 44 van het voorontwerp:

Op het stuk van de overdracht, inzonderheid voor de gevallen waarin het overdrachtsproces mislukt, of in geval van overdracht op afstand, overdracht van vooruitbetaalde diensten en de terugbetaling door de overdragende operator, wordt het BIPT bij het ontworpen artikel 11, § 7, derde, vijfde en zesde lid, van de wet van 13 juni 2005, gemachtigd om “de modaliteiten en de regels voor samenwerking tussen de operatoren”, de “processen” voor de overdracht op afstand en de nadere modaliteiten voor de uitvoering van de terugbetaling vast te leggen.

3° Artikelen 50 en 59 van het voorontwerp:

Uit de ontworpen artikelen 13/2 en 20 van de wet van 13 juni 2005 volgt in hoofdzaak dat het BIPT ermee belast wordt om bij wege van een “algemene machtiging” zelf de voorwaarden te bepalen voor het gebruik van het radiospectrum. Wat het gebruik van het spectrum betreft, wordt het BIPT aldus gemachtigd tot het vaststellen van de “regelgeving waarbij rechten worden verleend voor het aanbieden van elektronische-communicatienetwerken of -diensten en specifieke sectorgebonden verplichtingen worden vastgesteld die kunnen gelden voor alle of voor specifieke soorten elektronische-communicatienetwerken en -diensten”.⁵

De voorwaarden die door de betrokken operatoren in acht genomen moeten worden met het oog op het gebruik van het radiospectrum waarvoor geen individuele machtiging nodig is, zullen met andere woorden door het BIPT vastgelegd worden via algemene en abstracte bepalingen.

Het bepalen, op basis van een aantal criteria, die opgesomd worden in het ontworpen artikel 13/2, § 1, tweede lid, van de wet van 13 juni 2005,⁶ of het nodig is om, in afwijking van de algemene machtiging, die in principe voor alle operatoren geldt, te werken met individuele machtigingen die betrekking hebben op een welbepaald gedeelte van het spectrum, is een taak waarmee het BIPT eveneens belast zal zijn.

Het BIPT zal ook over de mogelijkheid beschikken om het systeem van algemene machtiging en het systeem van individuele machtiging te combineren.

⁵ Definitie van het begrip “algemene machtiging” in de zin van het ontworpen artikel 2, 11/1°, van de wet van 13 juni 2005 (artikel 32, 7°, van het voorontwerp).

⁶ Zoals de specifieke kenmerken van het betrokken radiospectrum, de noodzaak van bescherming tegen schadelijke storing of de noodzaak om een efficiënt radiospectrumgebruik te waarborgen.

Indien het BIPT, ten slotte, met inachtneming van de inhoudelijke en procedurele voorwaarden bepaald in het ontworpen artikel 20 van de wet van 13 juni 2005, tot de conclusie komt dat de meest geschikte regeling bestaat in het verlenen van gebruiksrechten – in tegenstelling tot het systeem van “algemene machtiging” – zal het de procedure ter beperking van het aantal te verlenen gebruiksrechten betreffende het spectrum voorstellen aan de Koning, door wie die procedure vastgesteld zal worden.

Zodra de procedure vastgesteld is, zal ze vooral gevoerd worden door het BIPT, dat uiteindelijk de gebruiksrechten zal toekennen.

4° Artikel 68 van het voorontwerp:

Het ontworpen artikel 26/1, van de wet van 13 juni luidt als volgt:

“In het kader van een gedeeld gebruik van antennesites kan het Instituut de nadere technische bepalingen van de verplichtingen beoogd in de artikelen 25 en 26 preciseren en indien nodig voor een periode van ten hoogste 18 maanden verplichtingen van organisatorische en technische aard vastleggen die bijkomend van toepassing zijn teneinde het algemeen belang te vrijwaren of een snel systeem voor informatie-uitwisseling mogelijk te maken.”

5° Artikel 80 van het voorontwerp:

Luidens het ontworpen artikel 40 van de wet van 13 juni 2005 kan het BIPT voor het gebruik van radioapparatuur extra eisen stellen bovenop de essentiële eisen bedoeld in artikel 32 van dezelfde wet. Die extra eisen moeten op de website van het BIPT bekendgemaakt worden en moeten bij vermelding bekendgemaakt worden in het *Belgisch Staatsblad*.

6° Artikel 89 van het voorontwerp:

Bij het ontworpen artikel 49/1, § 2, van de wet van 13 juni 2005 wordt aan het BIPT de bevoegdheid verleend om “bij besluit [te bepalen] welke informatie met welk niveau van detail (...) en in welk formaat [aangeleverd dient te worden], alsook de periodiciteit van de (...) geografische onderzoeken” die krachtens paragraaf 1 van hetzelfde artikel van de operatoren worden verwacht. Volgens die bepaling moet het BIPT daarbij rekening houden met de technologische evolutie en de overige ontwikkelingen.

7° Artikel 90 van het voorontwerp:

Met betrekking tot het gebied dat gedekt wordt en de verklaringen die de operatoren in dat verband bij het BIPT moeten afleggen, wordt in het ontworpen artikel 49/2, § 2, derde lid, van de wet van 13 juni 2005 het volgende bepaald:

“Het Instituut specificeert de informatie die in dergelijke verklaringen moet worden opgenomen, om ten minste een soortgelijke mate van detail te garanderen als die waarmee rekening is gehouden in een eventuele prognose op grond van artikel 49/1, § 1. Het deelt ook elke onderneming of overheid die blijk geeft van belangstelling, mee of het aangewezen gebied wordt gedekt of waarschijnlijk zal worden gedekt door een netwerk van de volgende generatie dat downloadsnelheden biedt van minder dan 100 Mbps, op basis van de informatie die op grond van artikel 49/1, § 1, is verzameld.”

8° Artikel 102 van het voorontwerp:

Bij het ontworpen artikel 59, § 6, van de wet van 13 juni 2005 wordt het BIPT ertoe gemachtigd de nadere regels vast te leggen voor de publicatie van het referentieaanbod en van de inlichtingen die aan de begunstigen van het referentieaanbod verstrekt moeten worden.

9° Artikel 115 van het voorontwerp:

Bij artikel 115 van het voorontwerp wordt artikel 66, § 3, van de wet van 13 juni 2005 aldus gewijzigd dat voortaan niet meer door de Koning, na advies van het BIPT, maar door het BIPT zelf bepaald wordt welk model en welke boekhoudkundige methodologie gehanteerd moeten worden door de operatoren die in andere sectoren dan die van de elektronische communicatie over uitsluitende of bijzondere rechten beschikken.

10° Artikel 131 van het voorontwerp:

a) Luidens het ontworpen artikel 105/1, § 1, eerste lid, van de wet van 13 juni 2005 kan het BIPT de nadere regels vaststellen voor de risicoanalyse die de operatoren voor de veiligheid van hun netwerken en diensten moeten uitvoeren.

b) Het tweede lid van dezelfde paragraaf bepaalt het volgende:

“De operatoren nemen de passende en evenredige technische en organisatorische maatregelen, waaronder in voorkomend geval versleuteling, om deze risico's goed te beheersen, alsook om de impact van beveiligingsincidenten op gebruikers en op andere netwerken en diensten zo laag mogelijk te houden.”

Luidens het vierde lid van dezelfde bepaling kan het BIPT “de in het tweede lid bedoelde maatregelen preciseren, wanneer het in dat lid bedoelde risico voortvloeit uit de organisatie van de operatoren”. Luidens het vijfde lid van diezelfde paragraaf kan de Koning, onverminderd die machtiging en na advies van het BIPT, die maatregelen verduidelijken.

c) Het ontworpen artikel 105/1, § 3, eerste lid, van de wet van 13 juni 2005 luidt als volgt:

“De operatoren nemen alle noodzakelijke maatregelen, inclusief preventieve, om de beschikbaarheid van de spraakcommunicatiediensten en van de internettoegangsdiensten zo volledig mogelijk te waarborgen in geval van uitzonderlijke netwerkuitval of in geval van overmacht.”

Luidens het tweede lid van dezelfde bepaling kan het BIPT “deze maatregelen preciseren wanneer het risico [op] uitval of (...) overmacht voortvloeit uit de organisatie van de operatoren”. Luidens het derde lid van diezelfde paragraaf kan de Koning, onverminderd die machtiging en na advies van het BIPT, die maatregelen verduidelijken.

11° Artikel 132 van het voorontwerp:

In verband met de informatie betreffende de beschermingsmaatregelen of de oplossingen die aangewend kunnen worden door de gebruikers die met een specifieke dreiging te maken kunnen krijgen, kan het BIPT, luidens het ontworpen artikel 105/2, § 1, derde lid, van de wet van 13 juni 2005, “de gevallen preciseren waarin informatie moet worden verstrekt alsook de praktische regels voor die notificatie”.

b) Paragraaf 2, derde lid, van hetzelfde artikel luidt als volgt: “Het Instituut preciseert in welke gevallen het beveiligingsincident [in kwestie] een belangrijke impact heeft in de zin van het eerste lid, alsook de nadere regels voor de kennisgeving”.

12° Artikel 133 van het voorontwerp:

Luidens het ontworpen artikel 105/3, § 2, eerste lid, van de wet van 13 juni 2005 kan het BIPT de nadere bepalingen vastleggen die de operatoren in acht moeten nemen voor het verstrekken van alle informatie die nodig is om de veiligheid van hun netwerken en diensten te beoordelen.

13° Artikel 142 van het voorontwerp:

Het ontworpen artikel 107, § 4, zevende lid, van de wet van 13 juni 2005 luidt als volgt:

“Het Instituut stelt in overleg met de betrokken nooddiensten, en indien nodig na overleg met Berec, de criteria vast voor de nauwkeurigheid en betrouwbaarheid van de verstrekte informatie over de locatie van de oproeper.”

14° Artikel 146 van het voorontwerp:

a) Bij het ontworpen artikel 109, eerste lid, *in fine*, van de wet van 13 juni 2005 wordt het BIPT ertoe gemachtigd de nadere regels vast te stellen volgens welke de operator aan de abonnee met een tariefplan bestemd voor residentieel gebruik op een duurzame gegevensdrager, naast het meest gunstige tariefplan, ook de gegevens van het gebruiksprofiel dient te verstrekken.

b) Luidens het vierde lid van hetzelfde artikel kan het BIPT de nadere regels vaststellen met betrekking tot de verplichtingen opgelegd in artikel 109, waarbij het evenwel moet voorzien in een termijn van minstens zes maanden te rekenen vanaf de publicatie van die nadere regels voor de implementatie van de betreffende verplichtingen.

15° Artikel 149 van het voorontwerp:

Het ontworpen artikel 111, § 1, tweede lid, van de wet van 13 juni 2005 bepaalt dat “[h]et Instituut (...) de nauwkeurige inhoud van de te publiceren inlichtingen [kan] vaststellen, alsook de nadere regels voor hun publicatie (...)”; in het eerste lid van dezelfde paragraaf wordt al behoorlijk nauwkeurig vermeld welke inlichtingen bedoeld worden.

16° Artikel 153 van het voorontwerp:

Luidens het ontworpen artikel 112, vierde lid, van de wet van 13 juni 2005, moeten de operatoren de mogelijkheid bieden om kosteloos een financiële bovengrens of een bovengrens uitgedrukt in volume te laten bepalen, te kiezen “uit een lijst vastgesteld door het Instituut”. Nog volgens dat vierde lid wordt door het BIPT standaard een bovengrens bepaald.

17° Artikel 156 van het voorontwerp:

a) Luidens het ontworpen artikel 113, § 3, van de wet van 13 juni 2005 bepaalt “[h]et Instituut (...) de te hanteren parameters voor de kwaliteit van het netwerk en van de dienst en de daartoe te hanteren meetmethoden” en “tevens de inhoud, periodiciteit, vorm en wijze van bekendmaking van de te publiceren informatie, met inbegrip van mogelijke kwaliteitscertificeringsregelingen”.

b) Het ontworpen artikel 113, § 4, tweede lid, van de wet van 13 juni 2005 bepaalt zijnerzijds dat “[t]er vergelijking en beoordeling van de kwaliteit van de dienstverlening en met inachtneming van de beginselen van non-discriminatie en proportionaliteit, (...) het Instituut [bepaalt] wie deze resultaten verplicht moet aanleveren, alsook in welk formaat dit gebeurt en met welke frequentie”.

18° Artikel 166 van het voorontwerp:

a) Het ontworpen artikel 121, § 1, tweede lid, van de wet van 13 juni 2005 machtigt het BIPT om “van de operatoren [te] verlangen dat zij identificatie van de oproepende lijn of van het sms-/mms-bericht kosteloos ter beschikking stellen”.

b) Het ontworpen artikel 121, § 5, eerste lid, van dezelfde wet bepaalt zijnerzijds dat het BIPT “de nadere regels [vaststelt] inzake de presentatie, het formaat en het doorgeven van de identificatie van de oproepende lijn of van de afzender in geval van een sms-/mms-bericht aan de aanbieders van elektronische-communicatienetwerken en -diensten betrokken in het afwikkelen van nummergebaseerde elektronische communicatie met als doel een zo hoog mogelijke betrouwbaarheid”.

In het tweede lid van dezelfde paragraaf staat dat “[v]oor oproepen of sms-/mms-berichten die buiten het Belgische grondgebied vertrekken (...) het Instituut, indien het telefoonnummer niet kan worden [vertrouwd], maatregelen [moet] opleggen aan de operatoren van elektronische-communicatienetwerken en -diensten via een besluit en dit zover technisch haalbaar om de opgeroepene of ontvanger in geval van een sms-/mms-bericht hiervan te informeren of de presentatie van het telefoonnummer te verhinderen”.

c) De ontworpen paragraaf 6, zijnerzijds, machtigt het BIPT te bepalen “welke telefoonnummers nooit mogen worden getoond als identificatie van de oproepende lijn of afzender in geval van een sms-/mms-bericht”.

2. In verband met het feit dat een verordenende bevoegdheid verleend wordt aan het BIPT, dat een onafhankelijke administratieve overheid is ten aanzien waarvan in geen enkel toezicht voorzien is, dient op het volgende gewezen te worden.

2.1. Met betrekking tot het toekennen van een bevoegdheid van verordenende aard aan een overheid die geen politieke verantwoording hoeft af te leggen aan de betrokken wetgevende vergaderingen - dat wil zeggen aan een andere overheid dan de Koning die optreedt met medeondertekening van een minister of een minister - heeft de afdeling Wetgeving er in het verleden al meermaals op gewezen dat het toekennen van een verordeningsbevoegdheid aan overheidsinstanties of aan organen ervan moeilijk verenigbaar is met de algemene beginselen van het Belgisch publiekrecht (artikelen 33 en 108 van de Grondwet), aangezien daardoor geraakt wordt aan het beginsel van de eenheid van de verordenende macht en ter zake iedere rechtstreekse parlementaire controle ontbreekt. Verordeningen van die aard ontberen daarenboven de waarborgen waarmee de klassieke regelgeving gepaard gaat, zoals die inzake de bekendmaking en de preventieve controle van de afdeling Wetgeving.

In het verleden heeft de afdeling Wetgeving weliswaar reeds bepaalde uitzonderingen op het verbod om aan overheidsinstanties een verordeningsbevoegdheid te delegeren aanvaardbaar geacht, maar daarbij ging het doorgaans om delegaties met een beperkte draagwijdte en van een zodanig technische aard dat ervan uitgegaan kon worden dat de instanties die de betrokken regelgeving moesten toepassen, eveneens de meest aangewezen instanties waren om ze uit te werken.⁷

De afdeling Wetgeving heeft er echter reeds op gewezen dat het, zelfs in die gevallen, belangrijk is dat die verordeningen tot stand komen ten gevolge van een beslissing van de Koning op voorstel van de instantie of dat ze op zijn minst goedgekeurd worden door de Koning en, zodoende, bekendgemaakt worden in het Belgisch Staatsblad.⁸ Op die manier wordt de verantwoordelijkheid voor de betrokken verordening opgenomen door een instantie die aan de wetgevende kamers politieke verantwoording verschuldigd is.

Gelet op de aldus in herinnering gebrachte beginselen, kan aan het BIPT, dat een onafhankelijke administratieve overheid is, in principe geen verordeningsbevoegdheid verleend worden tenzij voor technische nevenaspecten waarvoor ervan uitgegaan kan worden dat het BIPT, dat de regelgeving in kwestie moet toepassen, eveneens de meest aangewezen instantie is om ze uit te werken. Daarenboven moet de verantwoordelijkheid voor die verordeningen opgenomen kunnen worden door een politiek verantwoordelijke overheid, ofwel doordat die overheid – *in casu* de Koning – optreedt op voorstel van het BIPT, ofwel doordat diezelfde overheid de verordeningsmaatregelen moet goedkeuren. Die laatste voorwaarde hoeft in voorkomend geval niet vervuld te worden voor uiterst technische maatregelen die slechts genomen worden in gevallen waarbij de verordeningsbevoegdheid niet impliceert dat een echte beoordelingsbevoegdheid uitgeoefend moet worden waarbij opportuiniteitskeuzes gemaakt moeten worden, bijvoorbeeld wanneer de betrokken regelgeving al volledig of bijna volledig vastgelegd is in het Europees recht.

⁷ Zie bijvoorbeeld advies 42.387/VR, dat op 27 maart 2007 gegeven is over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 15 mei 2007 'houdende instemming met het samenwerkingsakkoord tussen de Federale Overheid, het Vlaamse Gewest, het Waalse Gewest en het Brussels Hoofdstedelijk Gewest inzake de uitvoering van sommige bepalingen van het Protocol van Kyoto', afgesloten te Brussel, op 19 februari 2007, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/42387.pdf> en advies 63.288/4, dat op 30 april 2018 gegeven is over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 19 juli 2018 'inzake toegankelijkheid van de websites en mobiele applicaties van overheidsinstanties', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/63288.pdf>.

⁸ Zie advies 63.288/4.

2.2. Wat de “nationale regelgevende instanties” in de zin van het Europees recht, in verschillende sectoren, betreft, moeten de bovengenoemde beginselen evenwel genuanceerd worden.

2.2.1. Zo heeft de afdeling Wetgeving onder meer het volgende opgemerkt tijdens het onderzoek van het voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 16 maart 2015 ‘tot wijziging van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector’, waarvan artikel 2 geleid heeft tot 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’, welk artikel ertoe strekte het toezicht op het BIPT te regelen:⁹

“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

⁹ Advies 50.003/4, dat op 26 september 2011 gegeven is over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 16 maart 2015 ‘tot wijziging van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector’, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/50003.pdf>.

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 gebruiker, 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.

(...)

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 overheden¹⁰.

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’ ”.

¹⁰ Voetnoot 14 van het geciteerde advies: 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.

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.

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 3bis, 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.

(...)

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 [eveneens] 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.”

2.2.2. In hoofdzaak volgt uit dat advies dat het ten aanzien van het Europees recht en van arrest nr. 130/2010 van het Grondwettelijk Hof hoe dan ook aanvaardbaar is het BIPT een bevoegdheid tot het nemen van individuele beslissingen te verlenen, zelfs wanneer er geen toezicht is op de handelingen in kwestie, op zijn minst in de gevallen waarin het Europees recht uitdrukkelijk vereist dat de volledig onafhankelijk handelende regelgevende instantie optreedt en waarin er een rechterlijke toetsing bestaat. Daarentegen is het veel minder evident die redenering uit te breiden tot verordenende handelingen. Wat dat betreft zijn er grote onzekerheden.

2.2.3. Meer bepaald in het licht van arrest nr. 71/2016 van het Grondwettelijk Hof, dat dateert van 25 mei 2016 en dus recenter is dan advies 50.003/4 van de afdeling Wetgeving, kan nu echter nader worden onderzocht of eenzelfde redenering inderdaad ook opgaat voor de toekenning van verordenende bevoegdheden aan het BIPT.

Het Grondwettelijk Hof was in de bovenvermelde zaak geadieerd omtrent een beroep ingesteld door de Waalse Commissie voor Energieregulering, de CWaPE, de regelgevende instantie voor de elektriciteits- en gasmarkt in het Waals Gewest, die onafhankelijk is van de Waalse regering¹¹ en rechtspersoonlijkheid heeft.¹² Het beroep was gericht tegen artikel 12, 2°, van het Waals decreet van 11 april 2014 ‘tot wijziging van het decreet van 12 april 2001 betreffende de organisatie van de gewestelijke elektriciteitsmarkt’.

Artikel 14 van het decreet van 12 april 2001, zoals het was gewijzigd bij artikel 12 van het decreet van 11 april 2014, luidde als volgt:

“§ 1. Artikel 12bis van de wet van 29 april 1999 betreffende de organisatie van de elektriciteitsmarkt en artikel 15/5ter van de wet van 12 april 1965 betreffende het vervoer van gasachtige producten en andere door middel van leidingen, waar zij de rechten, verplichtingen en tarieven van de distributienetbeheerders beogen, blijven toepasselijk op het Waalse Gewest na de inwerkingtreding van de bijzondere wet van 6 januari 2014 met betrekking tot de Zesde Staatshervorming die de bevoegdheid betreffende de distributietarieven voor gas en elektriciteit aan de gewesten toewijst, onder voorbehoud van de volgende wijzigingen:

1° het woord ‘commissie’ wordt vervangen door ‘CWAPE’;

2° de woorden ‘Kamer van volksvertegenwoordigers’ word[en] vervangen door de woorden ‘Waals Parlement’;

3° in de eerste zin van paragraaf 2 worden de woorden ‘Na overleg met de regionale regulatoren en’ opgeheven;

4° in paragraaf 14 worden de woorden ‘het hof van beroep te Brussel’ vervangen door de woorden ‘het hof van beroep te Luik’.

In afwijking van het eerste lid wordt de tariefmethodologie betreffende de periode 2015-2016 opgesteld volgens een ad hoc procedure, met inbegrip van de openbaarheid, die de toepasselijke richtlijnen in acht neemt en de redelijke termijn vastgesteld door de CWaPE na overleg met de distributienetbeheerders.

(...)

§ 2. De methodologie bepaalt de nadere regels voor de integratie en controle van de niet-beheersbare kosten bestaande uit de pensioenlasten van de personeelsleden onder openbaar statuut van de beheerder van het net of van de dochteronderneming of kleindochteronderneming die een gereguleerde activiteit van distributienetbeheer hebben verricht.¹³

§ 3. De netbeheerder maakt elk jaar de tarieven bekend die geldig zijn op het net waarvoor hij aangewezen is, met inbegrip van de tarieven betreffende de ondersteunende diensten, zoals goedgekeurd door de CWaPE”.

¹¹ Artikel 47ter, § 1, in het bijzonder het eerste lid, van het decreet van 12 april 2001 ‘betreffende de organisatie van de gewestelijke elektriciteitsmarkt’.

¹² Artikel 43, § 1, van het decreet van 12 april 2001.

¹³ Dat is de paragraaf die bij artikel 12, 2°, van het decreet van 11 april 2014 is ingevoegd.

Voorts draagt artikel 43, § 2, tweede lid, 14° en 14°bis, van het decreet van 12 april 2001, gewijzigd bij het decreet van 11 april 2014, de CWaPE de volgende taken op: “de goedkeuring van de tarieven van de distributienetbeheerders alsook overeenkomstig de artikelen 15bis en 15ter, de bezoldigingsvoorwaarden van de privénetten en de gesloten beroepsnetten” en “de uitoefening van tarifaire bevoegdheden, met name de bepaling van de tariefmethodologie en het toezicht op en de controle van de uitvoering van de aanpassingsplannen van de netbeheerders, overeenkomstig artikel 15, §§ 4 en 5”.

Bij die bepalingen is aan de CWaPE dus de bevoegdheid voor de tarieven toegekend, in het bijzonder de vaststelling van de tariefmethodologie die de netbeheerders dienen toe te passen. Artikel 14, § 2, van het decreet van 12 april 2001, ingevoegd bij artikel 12, 2°, van het decreet van 11 april 2014, schreef nochtans het volgende voor:

“De [tarief]methodologie bepaalt de nadere regels voor de integratie en controle van de niet-beheersbare kosten bestaande uit de pensioenlasten van de personeelsleden onder openbaar statuut van de beheerder van het net of van de dochteronderneming of kleindochteronderneming die een gereguleerde activiteit van distributienetbeheer hebben verricht”.

Ter ondersteuning van haar beroep tot nietigverklaring heeft de CWaPE een enig middel aangevoerd, “afgeleid uit de schending van de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, al dan niet in samenhang gelezen met de artikelen 35, leden 4 en 5, en 37 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”.¹⁴

Ze heeft aangevoerd

“dat de Waalse decreetgever, door de regulerende instantie de verplichting op te leggen de pensioenlasten van de personeelsleden onder openbaar statuut van de netbeheerder als niet-beheersbare kosten te beschouwen, haar een beslissing oplegt en afbreuk doet aan haar bevoegdheid inzake de vaststelling van de tariefmethodologie en aan haar onafhankelijkheid ten opzichte van elke publieke of particuliere instelling. De bestreden bepaling zou aldus te haren aanzien een discriminerend verschil in behandeling doen ontstaan ten opzichte van de andere regulerende instanties die inzake de vaststelling van de tariefmethodologie bevoegd zijn, *in casu* de CREG (Commissie voor de Regulering van de Elektriciteit en het Gas), BRUGEL (Reguleringscommissie voor Energie in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest) en de VREG (Vlaamse Reguleringsinstantie voor de Elektriciteits- en Gasmarkt), die aan internrechtelijke normen worden onderworpen die in overeenstemming zijn met de Europese richtlijn, aangezien zij niet aan een gelijkwaardige bepaling worden onderworpen en bijgevolg vrij blijven in de kwalificatie die zij aan de pensioenlasten van de personeelsleden onder openbaar statuut willen geven”.¹⁵

¹⁴ GwH 25 mei 2016, nr. 71/2016, B.4.

¹⁵ *Ibidem*.

Bij het onderzoek van dat middel heeft het Grondwettelijk Hof vooreerst en in hoofdzaak op het volgende gewezen:

1° enerzijds luidt artikel 37, lid 1, a), van 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’ als volgt:

“1. De regulerende instantie heeft de volgende taken:

a) vaststellen of goedkeuren, volgens transparante criteria, van transmissie- of distributietarieven of de berekeningsmethodes hiervoor”;

2° anderzijds heeft die richtlijn

“de functionele onafhankelijkheid van de nationale energieregulator, *in casu* voor de elektriciteitsmarkt, (...) willen bewerkstelligen.

Die onafhankelijkheid bij de uitvoering van de taken van de regulator wordt niet alleen ten opzichte van de marktspelers, maar ook ten aanzien van alle overheden gewaarborgd.

(...)

De vereiste van volledige functionele onafhankelijkheid van de nationale energieregulator in de zin dat hij niet onderhevig mag zijn aan enige beïnvloeding van buitenaf, is van wezenlijk belang voor het bereiken van de doelstellingen van de voormelde richtlijn 2009/72/EG waaronder de verwezenlijking van een competitieve interne energiemarkt”.¹⁶

Ten aanzien van de bevoegdheid van de regelgevende instantie inzake elektriciteit en ten aanzien van haar onafhankelijkheid, zoals die in het Europees recht zijn vastgelegd, heeft het Grondwettelijk Hof in hoofdzaak voor recht verklaard dat artikel 14, § 2, van het decreet van 12 april 2001, ingevoegd bij artikel 12, 2°, van het decreet van 11 april 2014, afbreuk deed aan de exclusieve bevoegdheid van de regulator waarin het Europees recht voorziet, doordat het ertoe strekte “de keuze voor een bepaalde kwalificatie van kosten voorafgaand aan de bepaling van het op te leggen tarief en de methodologie ervan (...) eenzijdig [vast te stellen]”.

2.2.4. Uit arrest nr. 71/2016 van het Grondwettelijk Hof valt dus af te leiden dat op geen enkele manier afbreuk mag worden gedaan aan een exclusieve bevoegdheid die in het Europees recht aan een onafhankelijke regulator is verleend, zelfs niet wanneer die bevoegdheid een verordenende strekking heeft, namelijk, in het geval van de CWaPE, het vaststellen van een methode voor de berekening van de tarieven.

Voor het voorliggende voorontwerp van wet is de consequentie daarvan dat de wetgever aan het BIPT een verordenende bevoegdheid kan en zelfs moet geven in de gevallen waarin het Europees recht een dergelijke bevoegdheid exclusief aan de “nationale regelgevende instanties” verleent.

¹⁶ GwH 25 mei 2016, nr. 71/2016, B.9.1 en B.9.2.

Daarentegen valt uit de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof niet af te leiden dat dergelijke bevoegdheden aan het BIPT kunnen worden toegewezen in de gevallen waarin het Europees recht voorziet in het optreden van de “lidstaten” of van de “bevoegde instanties van de lidstaten”, aangezien aldus geen enkele bevoegdheid exclusief aan de “regelgevende instanties” wordt verleend. Dat geldt *a priori* ook wanneer het Europees recht de lidstaten de keuze laat om een bepaalde opdracht aan de regelgevende instantie dan wel aan de bevoegde instanties te geven.

In die gevallen gelden dus de principes die hierboven in punt 2.1 zijn aangehaald.

2.3.1. Behalve het feit dat de individuele of verordenende strekking van de bevoegdheid die aan het BIPT wordt verleend, ondubbelzinnig moet blijken uit de bepalingen die in punt 1 zijn vermeld,¹⁷ volgt uit het voorgaande ook dat de steller van het voorontwerp moet kunnen aantonen dat elk van de aldus aan het BIPT verleende machtigingen:

1° hetzij strekt tot omzetting van een Europeesrechtelijke bepaling die de nationale regelgevende instanties exclusief een bevoegdheid met een identieke strekking verleent (eerste categorie);

2° hetzij, indien een dergelijke Europeesrechtelijke bepaling niet voorhanden is, op technische nevenaspecten betrekking heeft, waarvoor ervan uitgegaan kan worden dat het BIPT, dat de regelgeving in kwestie moet toepassen, eveneens de meest aangewezen instantie is om ze uit te werken (tweede categorie).

Wat de tweede categorie betreft, dienen de bedoelde machtigingen voorts te worden herzien en aangevuld zodat een politiek verantwoordelijke overheid – de Koning, of voor bijkomstige of detailkwesties de minister – de verantwoordelijkheid voor de betreffende verordeningen op zich kan nemen, hetzij via een procedure waarbij het BIPT de vast te stellen regeling voorstelt, hetzij via een procedure waarin de Koning Zijn goedkeuring moet hechten aan de verordening die het BIPT vaststelt. In voorkomend geval hoeft die voorwaarde niet vervuld te worden wanneer de verordnungsbevoegdheid niet impliceert dat een echte beoordelingsbevoegdheid uitgeoefend moet worden waarbij opportuiniteitskeuzes gemaakt moeten worden, bijvoorbeeld wanneer de betrokken regelgeving al volledig, of bijna volledig, vastgelegd is in het Europees recht.¹⁸

¹⁷ Specifiek op dat punt moeten bijvoorbeeld de volgende bepalingen opnieuw worden onderzocht: het ontworpen artikel 49/1, § 2, van de wet van 13 juni 2005, hierboven vermeld in punt 1, 6°; het ontworpen artikel 105/2, § 1, derde lid, en § 2, derde lid, van dezelfde wet, hierboven vermeld in punt 1, 11°; en het ontworpen artikel 121, § 5, van dezelfde wet, hierboven vermeld in punt 1, 18°, c).

¹⁸ De gemachtigden van de minister hebben bij wijze van voorbeeld uiteengezet dat dat het geval was met de machtiging die bij artikel 41 van het voorontwerp aan het BIPT wordt verleend, waarnaar hierboven in punt 1.1° wordt verwezen (ontworpen artikel 9, § 4, van de wet van 13 juni 2005), aangezien enerzijds de elementen van de kennisgeving reeds worden opgesomd in het ontworpen artikel 9, § 1, van de wet van 13 juni 2005, en anderzijds het BIPT zich in dat verband zal afstemmen op Berec. Ook kan de machtiging worden genoemd die bij artikel 149 van het voorontwerp wordt verleend, waarnaar hierboven in punt 1.15° wordt verwezen (ontworpen artikel 111, § 1, tweede lid, van de wet van 13 juni 2005), in zoverre de inlichtingen waarvan het BIPT de inhoud moet vaststellen, reeds behoorlijk nauwkeurig worden opgesomd in het eerste lid van dezelfde paragraaf.

2.3.2. Onder de eerste categorie die hierboven in punt 3.1 wordt vermeld, valt alleszins de machtiging verleend aan het BIPT die hierboven in punt 1.18°, a), wordt genoemd (artikel 166 van het voorontwerp, in zoverre die machtiging betrekking heeft op de identificatie van de oproepende lijn).¹⁹

Onder de tweede categorie vallen onder meer – de opsomming is niet exhaustief – de aan het BIPT verleende machtigingen die hierboven worden opgesomd in punt 1.2° (in verband met de procedure voor overdracht op afstand – artikel 44 van het voorontwerp), 4° (artikel 68 van het voorontwerp), 6° (artikel 89 van het voorontwerp), 8° (artikel 102 van het voorontwerp), 13° (artikel 142 van het voorontwerp) en 14° (artikel 146 van het voorontwerp).

Andere machtigingen lijken daarentegen moeilijker in een van beide voormelde categorieën te kunnen worden ondergebracht. Voor die bepalingen moet worden bepaald dat de regels in kwestie vastgesteld worden door de Koning, hetzij op eigen initiatief na advies van het BIPT, hetzij op voorstel van het BIPT.²⁰

De afdeling Wetgeving neemt bij wijze van voorbeeld heel in het bijzonder de bevoegdheden in aanmerking die aan het BIPT worden verleend bij de artikelen 50 en 59 van het voorontwerp. *Pro memorie*, die artikelen machtigen het BIPT in hoofdzaak ertoe om via algemene en abstracte bepalingen de voorwaarden vast te leggen die de betrokken operatoren in acht moeten nemen met het oog op het gebruik van het radiospectrum waarvoor geen individuele machtiging nodig is. Het bepalen, op basis van een aantal criteria, die opgesomd worden in het ontworpen artikel 13/2, § 1, tweede lid, van de wet van 13 juni 2005,²¹ of het nodig is om, in afwijking van de algemene machtiging, die in principe voor alle operatoren geldt, te werken met individuele machtigingen die betrekking hebben op een welbepaald gedeelte van het spectrum, is een taak waarmee het BIPT eveneens belast zal zijn. Het BIPT zal ook over de mogelijkheid beschikken om het systeem van algemene machtiging en het systeem van individuele machtiging te combineren. Indien het BIPT, ten slotte, tot de conclusie komt dat de meest geschikte regeling bestaat in het verlenen van gebruiksrechten – in tegenstelling tot het systeem van “algemene machtiging” – zal het de procedure ter beperking van het aantal te verlenen gebruiksrechten betreffende het spectrum voorstellen aan de Koning, door wie die procedure vastgesteld zal worden.

Weliswaar berusten dergelijke keuzes en regelingen uiteraard op technische aspecten, maar ze impliceren toch ook de uitoefening van een beoordelingsbevoegdheid betreffende het algemene en het bijzondere systeem van terbeschikkingstelling van het radiospectrum. Om die reden lijken ze niet zo maar onder een van beide categorieën te kunnen vallen die hierboven in punt 2.3.1 zijn vermeld.

¹⁹ Zie dienaangaande de bijzondere opmerkingen bij artikel 166, *infra*.

²⁰ Zie in verband met die formule punt 3 *infra*.

²¹ Zoals de specifieke kenmerken van het betrokken radiospectrum, de noodzaak van bescherming tegen schadelijke storing of de noodzaak om een efficiënt radiospectrumgebruik te waarborgen.

3. Zo ook verleent een aantal bepalingen van het voorontwerp aan de Koning verschillende, met name verordenende, bevoegdheden “op voorstel van het Instituut”, en niet op advies van het BIPT zoals in de geldende bepalingen vaak het geval is.

Slechts bij wijze van voorbeeld wordt hier verwezen naar de artikelen 13/1, § 2, 18, § 1, tweede en derde lid, § 1/1, § 1/2, en § 2/1, 19, § 1, vierde lid, 20, §§ 2 en 7, 24/1, § 2, 24/2, § 2, 39, § 2, en 71, § 3, van de wet van 13 juni 2005 en de artikelen 5 en 7 van de bijlage bij diezelfde wet, zoals ze bij het voorliggende voorontwerp van wet worden ingevoegd, vervangen of gewijzigd.

Over die verschillende bepalingen dient te worden opgemerkt dat de bevoegdheid van diegene die bevoegd is om een handeling voor te stellen die vervolgens op grond van dat voorstel moet worden vastgesteld door het orgaan dat daartoe bevoegd is, in beginsel wordt uitgelegd als een medebeslissingsbevoegdheid of een coreglementeringsbevoegdheid. Er wordt immers algemeen aangenomen, niet alleen dat de bevoegde overheid enkel kan handelen indien haar een voorstel is bezorgd, maar ook dat ze in beginsel niet van de inhoud daarvan kan afwijken, tenzij ze om een nieuw voorstel verzoekt.

Het feit dat de respectieve taken van de Koning en van het BIPT aldus door elkaar worden gehaald, kan, wat betreft het verlenen van een verordenende bevoegdheid – *in casu* een coreglementeringsbevoegdheid – aan een instelling van openbaar nut, problemen geven ten aanzien van de principes waarop hierboven in de punten 1 en 2 is gewezen.

Om alle problemen dienaangaande te voorkomen, moeten in de gevallen waarin de betreffende regeling niet slechts slaat op technische nevenaspecten zoals beschreven in punt 2.1 *supra*, de prerogatieven van het BIPT worden beperkt tot de uitoefening van een adviesbevoegdheid en dient het vaststellen van de regeling een zaak van de Koning te zijn. Een dergelijke traditioneel geregelde adviesverlening zou het perfect mogelijk maken dat het BIPT in voorkomend geval uit eigen beweging een advies geeft, wat zou bijdragen tot het versterken van zijn rol, zonder daarbij evenwel te raken aan de prerogatieven van de Koning, die dan immers de vrijheid zou hebben dat advies niet te volgen en Zijn bevoegdheden aldus ten volle zou kunnen uitoefenen.

Ook zou men kunnen bepalen dat de regels in kwestie worden vastgesteld “op voorstel van het Instituut, of op eigen initiatief na advies van het Instituut”. Op die manier zou het BIPT de eerste stappen kunnen zetten om de beoogde regeling vast te stellen en zou de Koning Zijn initiatief- en wijzigingsbevoegdheid behouden.

De bepalingen in kwestie moeten in het licht van deze opmerkingen worden herzien.

4. Wat betreft de verordenende bevoegdheden die onder de hierboven vermelde voorwaarden,²² exclusief aan het BIPT kunnen worden verleend, dient men rekening te houden met artikel 2, § 1, van 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 telecommunicatiesector’, dat als volgt luidt:

“Tegen de besluiten van het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie kan beroep met volle rechtsmacht worden ingesteld bij het Marktenhof, rechtsprekend zoals in kort geding. Het Instituut is verweerder in de procedure.

Iedere persoon die een belang heeft om op te treden, mag het in het eerste lid bedoelde beroep indienen.

De Minister die bevoegd is voor Telecommunicatie of de minister die bevoegd is voor de postsector kan een beroep zoals vermeld in het eerste lid instellen”.

Die bepaling wordt bij het voorliggende voorontwerp niet gewijzigd.

In die context dient men in aanmerking te nemen dat enerzijds de wet van 17 januari 2003 de term “besluit” niet nader omschrijft, en anderzijds sommige ontworpen bepalingen kunnen worden begrepen als zouden ze het BIPT een verordenende bevoegdheid verlenen, die het BIPT middels “besluiten” ten uitvoer zou leggen.²³

Daaruit volgt dat het Marktenhof volgens de aldus ingevoerde regeling het rechtscollege zou zijn dat bevoegd is om met volle rechtsmacht – en niet in beroepen tot nietigverklaring – kennis te nemen van de beroepen ingesteld tegen verordeningen van het BIPT.

Naar aanleiding van een vraag daarover hebben de gemachtigden van de minister uitgelegd dat het inderdaad de bedoeling is van de steller van het voorontwerp dat het Marktenhof kennis kan nemen van de beroepen tegen verordeningen die het BIPT alleen heeft vastgesteld. Het is daarentegen niet de bedoeling dat het Marktenhof zelf verordenend zou kunnen optreden door “met volle rechtsmacht” te oordelen. Het is dus de bedoeling dat het Marktenhof ten aanzien van de verordeningen van het BIPT een vernietigingsbevoegdheid krijgt, vergelijkbaar met die welke aan de afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State is verleend bij de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973.

Wat dat betreft, lijkt het inderdaad niet in overeenstemming te zijn met het Belgisch grondwettelijk recht dat een verordenende bevoegdheid zoals die welke hier aan de orde is, wordt verleend aan een rechtscollege zoals het Marktenhof. Dat geldt ook ten aanzien van het Europees recht wanneer dat een verordenende bevoegdheid exclusief aan de nationale regelgevende instanties verleent.

²² Namelijk de verordeningen die het BIPT alleen, volledig autonoom, volledig onafhankelijk en zonder enige inmenging van de Koning vaststelt.

²³ Zie in het bijzonder het ontworpen artikel 49/1, § 2, hierboven vermeld in punt 1, 6°, en het ontworpen artikel 121, § 5, hierboven vermeld in punt 1, 18°, c): in die bepalingen staat uitdrukkelijk dat het BIPT via een “besluit” handelt.

Dat betekent het volgende:

1° De wetgever dient uitdrukkelijk een standpunt in te nemen over de vraag welk rechtscollege bevoegd is om kennis te nemen van de beroepen tegen de verordeningen van het BIPT; dienaangaande wordt gewezen op artikel 14, § 1, eerste lid, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, dat als volgt luidt:

“Indien het geschil niet door de wet aan een ander rechtscollege wordt toegekend, doet de afdeling uitspraak, bij wijze van arresten, over de beroepen tot nietigverklaring wegens overtreding van hetzij substantiële, hetzij op straffe van nietigheid voorgeschreven vormen, overschrijding of afwending van macht, ingesteld tegen de akten en reglementen (...) van de onderscheiden administratieve overheden (...)”.

Indien het nog steeds de bedoeling is dat de beslechting van die geschillen aan het Marktenhof wordt opgedragen, dient de wetgever bijgevolg ten aanzien van het beginsel van gelijke behandeling van de rechtszoekenden te kunnen motiveren waarom aldus wordt afgeweken van de algemene bevoegdheid van de Raad van State;

2° De wetgever dient uitdrukkelijk te bepalen dat het Hof in verband met de beroepen tegen de verordeningen van het BIPT over een vernietigingsbevoegdheid beschikt en niet “met volle rechtsmacht” oordeelt.

5. Alle machtigingen die bij het voorliggende voorontwerp aan het BIPT worden verleend, alsook de bepalingen van de wet van 17 januari 2003 ter zake, moeten in het licht van de voorgaande opmerkingen opnieuw worden onderzocht.

II. CONCORDANTIETABELLEN EN MEMORIE VAN TOELICHTING

1. Het voorontwerp strekt, zoals uit artikel 1 blijkt, tot gedeeltelijke omzetting van richtlijn 2014/61/EU van het Europees Parlement en de Raad van 15 mei 2014 ‘inzake maatregelen ter verlaging van de kosten van de aanleg van elektronische communicatienetwerken met hoge snelheid’ en van richtlijn 2018/1972/EU van het Europees Parlement en de Raad van 11 december 2018 ‘tot vaststelling van het Europees wetboek voor elektronische communicatie’.

Volgens de beginselen van de wetgevingstechniek die de afdeling Wetgeving heeft opgesteld, wordt de stellers van ontwerpen verzocht om bij de omzetting van richtlijnen omzettingstabellen op te maken:

“191. Maak twee omzettingstabellen op.

191.1. Om te controleren of een richtlijn correct en volledig wordt omgezet, maak een concordantietabel op met de (onderdelen van de) artikelen van de richtlijn en van de er mee overeenstemmende (onderdelen van de) artikelen van de door u opgestelde tekst die in de omzetting voorziet. Vermeld eveneens in deze tabel:

a) de [onderdelen van de] artikelen van de richtlijn die eventueel reeds zijn omgezet, alsmede de overeenstemmende teksten van intern recht en de artikelen waarbij de richtlijn is omgezet;

b) de [onderdelen van de] artikelen van de richtlijn die door een andere instantie nog moeten worden omgezet.

191.2. Om ieder artikel van de tekst die in de omzetting voorziet te kunnen lezen in het licht van de vereisten van de richtlijn, maak eveneens een concordantietabel op met de (onderdelen van de) artikelen van de tekst die in de omzetting voorziet en de (onderdelen van de) artikelen van de richtlijn”.²⁴

Dienaangaande wordt eraan herinnerd dat het opmaken van dergelijke tabellen tijdens de omzetting van een of meerdere richtlijnen een waarborg is voor de kwaliteit van die omzetting en dat het onderzoek van het ontwerp binnen de gestelde termijnen wordt vergemakkelijkt indien die tabellen samen met de adviesaanvraag aan de afdeling Wetgeving worden toegezonden.

Die tabellen zijn voorts ook heel nuttig voor de wetgevende vergadering die het voorstel behandelt, alsook voor de adressaten van de regels, aangezien:

a) de wetgevende vergadering zich met kennis van zaken kan uitspreken over de keuze van de middelen die de steller van de tekst wenst aan te wenden om het door de richtlijn vereiste resultaat te verkrijgen;

b) die tabellen ervoor kunnen zorgen dat de uitoefening van het amenderingsrecht de grenzen van de beoordelingsbevoegdheid die het Europees recht aan de lidstaten toekent, niet te buiten gaat;

c) ze eveneens kunnen 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 zijn, aldus de oorsprong ervan kan nagaan.²⁵

In casu zou het beter geweest zijn dat die tabellen samen met de adviesaanvraag aan de afdeling Wetgeving waren bezorgd, aangezien ze van cruciaal belang zijn voor een goed begrip van het voorontwerp en voor het onderzoek ervan in het licht van het Europees recht, vooral gelet op de omvang ervan en op de richtlijnen die worden omgezet, in het bijzonder het Wetboek.

Er zij echter opgemerkt dat die tabellen zijn opgesteld en overgezonden op 12 april 2021, dankzij de inzet en de uitstekende medewerking van de gemachtigden van de minister.

²⁴ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”.

²⁵ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbeveling 193.

De tabellen moeten worden herzien zodat de weinige vergissingen die erin voorkomen, worden verbeterd,²⁶ en moeten bij het ontwerp worden gevoegd dat aan het Parlement wordt overgezonden.

3. Gelet op de hoge mate van techniciteit van het voorontwerp, dat overigens enkel via wijzigingsbepalingen te werk gaat, is het essentieel dat in de artikelsgewijze toelichting nauwkeurig de strekking van elke bepaling wordt toegelicht en deze toelichting geen fouten bevat in de verwijzingen naar de onderverdelingen van de besproken bepalingen en van de bepalingen die worden gewijzigd of omgezet.

De artikelsgewijze toelichting bevat *in casu* enkele vergissingen die een volledig en snel begrip van het ontworpen dispositief of van het verband met de bepalingen die men beoogt te wijzigen of om te zetten, in de weg staan.

Bij wijze van voorbeeld wordt op het volgende gewezen:

- in artikel 24 van het voorontwerp wordt de beroepstermijn van zestig dagen waarin de thans geldende bepaling voorziet, niet verminderd tot dertig dagen, in tegenstelling tot wat in de toelichting bij artikel 24 te lezen staat;²⁷

- in de toelichting bij artikel 32 wordt naar punt 28° van het artikel verwezen, terwijl het om punt 30° moet gaan;

- in de toelichting bij artikel 44 van het voorontwerp wordt verwezen naar het ontworpen artikel 11, § 1, tweede lid, 5° en 6°, van de wet van 13 juni 2005, in plaats van naar de nieuwe punten 8° en 9° van die bepaling;

- in artikel 98 van het voorontwerp staat dat het ontworpen artikel 56 strekt tot omzetting van artikel 65, lid 2, van het Wetboek, en niet tot omzetting van artikel 68, lid 3, van het Wetboek zoals de toelichting bij het artikel stelt. Voorts is het ontworpen artikel 56 niet in paragrafen onderverdeeld zoals in de toelichting bij dat artikel te lezen staat;

- de wijzigingen die bij artikel 166 van het voorontwerp worden aangebracht in artikel 121 van de wet van 13 juni 2005, strekken niet tot omzetting van bijlage VI, deel A, a), van het Wetboek, maar tot omzetting van bijlage VI, deel B, a), van dat Wetboek.

De artikelsgewijze toelichting moet dus worden herzien in het licht van het ontworpen dispositief, en ook omgekeerd, om er zeker van te zijn dat het ontworpen dispositief de bedoeling van de steller goed weergeeft, die duidelijk naar voren moet komen uit de artikelsgewijze toelichting.

²⁶ Uit de concordantietabel “Richtlijnen naar het nationale recht” blijkt bijvoorbeeld dat het ontworpen artikel 24/2, § 2, tweede lid, laatste zin (artikel 65 van het voorontwerp) van de wet van 13 juni 2005 zou strekken tot omzetting van artikel 52, lid 3, van het Wetboek, terwijl die zin eigenlijk artikel 52, lid 2, tweede alinea, laatste zin, van het Wetboek omzet. Bijgevolg vraagt de afdeling Wetgeving zich ook af welke ontworpen of geldende bepaling strekt of moet strekken tot omzetting van artikel 52, lid 3, van het Wetboek.

²⁷ Naar aanleiding van een vraag over dat gebrek aan overeenstemming hebben de gemachtigden van de minister uitgelegd dat het uiteindelijk de bedoeling is die termijn niet van zestig dagen op dertig dagen te brengen. In dezen is het dus de memorie van toelichting die moet worden verbeterd.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

DISPOSITIEF

Artikel 2

De voorliggende bepaling wil de opdracht van de ombudsdienst voor telecommunicatie, opgericht bij het BIPT bij artikel 43*bis* van de wet van 21 maart 1991 ‘betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven’, verruimen door te bepalen dat die dienst samenwerkt met het BIPT.

Diezelfde bepaling (artikel 43*bis*, § 3, eerste lid, 8°, c)) draagt de ombudsdienst reeds op samen te werken met de gemeenschapsregulators, dus lijkt het coherent dat die dienst ook de opdracht krijgt samen te werken met het BIPT.

Aangezien de ombudsdienst bij het BIPT zelf is opgericht, zou men echter, om alle onduidelijkheid over de respectieve opdrachten en taken van de ombudsdienst en het BIPT als dusdanig te voorkomen, moeten nagaan of de organisatie van de ombudsdienst, die resulteert uit artikel 43*bis* van dezelfde wet en uit de overeenkomst die de ombudsdienst en het BIPT krachtens paragraaf 2, derde lid, van die bepaling moeten sluiten, de onafhankelijkheid van de dienst ten aanzien van het BIPT voldoende kan garanderen.

De toelichting bij het artikel brengt voorts belangrijke preciseringen aan over de strekking van die samenwerking. Zo wordt gesteld dat de ombudsdienst de persoonsgegevens die hij aan het BIPT meedeelt, anoniem maakt “[o]m de wetgeving in verband met de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in acht te nemen”. Ook wordt het volgende gesteld: “De overdracht van de klachtendossiers aan het BIPT zou geen impact mogen hebben op de behandeling van deze dossiers door de ombudsdienst. Het BIPT komt overigens niet tussenbeide in de behandeling van de individuele klachten die onder de bevoegdheid van de ombudsdienst valt”.

Die preciseringen zijn essentieel voor de ingevoerde samenwerkingsregeling en bakenen die regeling af, met name ten aanzien van het recht op eerbiediging van het privéleven. Ze moeten dan ook in het dispositief zelf worden opgenomen, en niet enkel in de toelichting bij het artikel.

Ze zouden voorts ook moeten slaan op de samenwerking met de gemeenschapsregulators waarin reeds wordt voorzien, zodat wordt gegarandeerd dat alle eindgebruikers die om het optreden van de ombudsdienst hebben verzocht en de betrokken operatoren gelijk worden behandeld, ongeacht wie de bevoegde regulator is.

De voorliggende bepaling moet in het licht van deze opmerkingen worden herzien.

Artikel 10

In de Franse tekst moeten de woorden “ayant la personnalité civile” worden vervangen door de woorden “doté de la personnalité juridique”.

Artikel 11

Paragraaf 1, 3°, van artikel 14 van de wet van 17 januari 2003 bevat geen bepaling onder j).

In artikel 11, 1°, a) dient de aanduiding van de ontworpen bepaling dan ook gewijzigd te worden van “k)” in “j)”.

Artikel 14

De vraag rijst hoe de “dagomzet” bedoeld in het ontworpen artikel 21, § 5, eerste lid, 2°/1, van de wet van 17 januari 2003, berekend zal worden, inzonderheid in vergelijking met de – noodzakelijkerwijs jaarlijkse – omzet zoals bepaald in artikel 21, § 5, eerste lid, 2°, van de wet van 17 januari 2003.

De ontworpen tekst moet aldus aangevuld worden dat dit begrip verduidelijkt wordt.

Artikel 18

In zijn huidige versie luidt artikel 25 van de wet van 17 januari 2003 als volgt:

“In het kader van de controle op het gebruik van het spectrum, de bestrijding van storingen, de controle op de naleving van emissienormen, alsook de controle op de naleving van de wetgeving inzake elektromagnetische compatibiliteit en de conformiteit van apparatuur, kunnen de personeelsleden vermeld in artikel 24 in hun hoedanigheid van officier van gerechtelijke politie: 1° ieder gebouw en aanhorigheid betreden tussen 5 uur ‘s morgens en 9 uur ‘s avonds, wanneer zulks voor de uitoefening van hun opdracht noodzakelijk is en met machtiging van de onderzoeksrechter indien het gaat om een woning (...)”.

Die bepaling wordt bij artikel 18 gewijzigd teneinde, enerzijds, eveneens te voorzien in de mogelijkheid om vervoermiddelen te doorzoeken en, anderzijds, te bepalen dat de huiszoeken waarvan in datzelfde artikel thans sprake is, “zowel overdag als ‘s nachts” kunnen plaatsvinden, en niet alleen meer “tussen 5 uur ‘s morgens en 9 uur ‘s avonds”.

In de toelichting bij dat artikel staat het volgende:

“(…) teneinde doeltreffendere controles te garanderen, worden de tijdschema’s voor controles voor huiszoeken geschrapt (ook als de garantie van een mandaat van de onderzoeksrechter blijft) en de mogelijkheden tot controle worden uitgebreid tot elk transportmiddel. De afschaffing van de tijdslimiet is hoofdzakelijk bedoeld om bepaalde storingen in de luchtvaart te kunnen aanpakken waarbij er sprake is van uiterst dringende noodzakelijkheid en waarbij niet gewacht kan worden om in te grijpen aangezien levens op het spel kunnen staan”.

Het Grondwettelijk Hof heeft in dat verband het volgende gesteld:

“De artikelen 15 en 22 van de Grondwet en artikel 8 van het Europees Verdrag voor de rechten van de mens vereisen dat elke overheidsinmenging in het recht op eerbiediging van het privéleven en de woning wordt voorgeschreven in een voldoende precieze wettelijke bepaling, beantwoordt aan een dwingende maatschappelijke behoefte en evenredig is met de daarin nagestreefde wettige doelstelling”.²⁸

In gelijklopende zin, heeft het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, in arrest *Vinks en Ribica v. Litouwen* van 30 januari 2020,²⁹ het volgende geoordeeld:

“102. With regard to, in particular, searches of premises and seizures, the Court has consistently held that the Contracting States may consider it necessary to resort to such measures in order to obtain physical evidence of certain offences. The Court will assess whether the reasons adduced to justify such measures were ‘relevant’ and ‘sufficient’ and whether the aforementioned proportionality principle was adhered to (*ibid.*, § 44).

103. As regards the latter point, the Court must first ensure that the relevant legislation and practice afford individuals adequate and effective safeguards against abuse (see *Funke v. France*, 25 February 1993, § 56, Series A no. 256-A, and *Société Colas Est and Others v. France*, no. 37971/97, § 48, ECHR 2002-III). Secondly, the Court must consider the particular circumstances of each case in order to determine whether, in the concrete case, the interference in question was proportionate to the aim pursued. The criteria that the Court has taken into consideration in determining this latter issue includes: the severity of the offence in connection with which the search and seizure were effected; the manner and circumstances in which the order was issued – in particular whether any further evidence was available at that time; the content and scope of the order, having particular regard to the nature of the premises searched and the safeguards implemented in order to confine the impact of the measure to reasonable bounds; and the extent of possible repercussions on the reputation of the person affected by the search (see, among many other authorities, *Buck v. Germany*, no. 41604/98, § 45, ECHR 2005-IV; *Smirnov*, cited above, § 44; and *K.S. and M.S. v. Germany*, no. 33696/11, § 44, 6 October 2016).

104. Moreover, the fact that a search is based on a warrant issued by a judge does not necessarily amount to a sufficient safeguard. It also matters whether that judicial scrutiny was properly carried out: whether the judge duly examined the existence of a reasonable suspicion justifying the search, drawing up the search warrant in such a way as to keep its impact within reasonable bounds, and sought to satisfy himself or herself that a search in the place in respect of which the warrant was sought could yield relevant evidence (see *Posevini v. Bulgaria*, no. 63638/14, § 70, 19 January 2017, with further references)”.³⁰

²⁸ GwH 22 april 2021, nr. 60/2021, B.9.1.

²⁹ Zie EHRM 30 januari 2020, arrest *Vinks en Ribica v. Litouwen*.

De beperking *ratione temporis* van de mogelijkheid om een huiszoeking te verrichten, waarvan bij het ontworpen artikel 25 van de wet van 17 januari 2003 afgeweken zou worden, is *a priori*, volgens de rechtspraak van het Grondwettelijk Hof³⁰ en van de afdeling Wetgeving³¹, een belangrijk element in het evenwicht dat tot stand moet worden gebracht tussen, enerzijds, het recht op eerbiediging van de woning en van het privéleven en het gezinsleven, en, anderzijds, het voorkomen en vervolgen van strafbare feiten. Op dat welbepaalde punt heeft de afdeling Wetgeving, in haar advies 58.729/AV van 26 januari 2016³², het volgende gesteld:

“12.2. Noch de Grondwet, noch het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens of het Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten houden bijzondere bepalingen in over de huiszoeking bij nacht. De grondwetgever ging niet in op de wens van een aantal leden van het Nationaal Congres om de bepalingen van artikel 76 van de Franse Grondwet van 22 frimaire van het jaar VIII³³ in de Belgische Grondwet op te nemen, waarvan het eerste lid bepaalde: ‘La maison de chaque citoyen est inviolable: pendant la nuit, nul n’a le droit d’y entrer, que dans le cas d’incendie, d’inondation ou de réclamation venant de l’intérieur de la maison’. De grondwetgever achtte het verkieselijker om de wetgever vrij te laten in het bepalen van de tijdstippen waarop tot huiszoeking kan worden overgegaan.³⁴ De wetgever dient daarbij uiteraard ook de beperkingsvoorwaarden van artikel 8, lid 2, van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens te eerbiedigen.

12.3. Uit de rechtspraak van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens – dat zich tot op heden weliswaar nog niet uitdrukkelijk over de legitimiteit van een nachtelijke huiszoeking heeft uitgesproken – blijkt dat een aantasting van de onschendbaarheid van de woning slechts als ‘noodzakelijk in een democratische samenleving’ kan worden beschouwd voor zover ze evenredig is met het nagestreefde legitieme doel.³⁵

Het evenredigheidsbeginsel houdt *in casu* volgende elementen in.

In de eerste plaats moet de noodzaak om in een bepaald geval tot huiszoeking over te gaan, op overtuigende wijze zijn aangetoond.³⁶ De huiszoeking moet beantwoorden aan een ‘besoin social impérieux’ (‘a pressing social need’), een dwingende maatschappelijke behoefte. De redenen die worden aangevoerd om dit aan te tonen moeten pertinent en toereikend zijn.³⁷

³⁰ Zie GwH 22 april 021, nr. 60/2021, punt 12.5, *a contrario*.

³¹ Advies 48.989/VR, dat op 9 december 2010 gegeven is over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 1 juli 2011 ‘betreffende de beveiliging en de bescherming van de kritieke infrastructuren’, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/48989.pdf>; advies 40.352/1, dat op 15 juni 2006 gegeven is over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 6 juni 2010 ‘tot invoering van het Sociaal Strafwetboek’, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/40352.pdf>.

³² Advies 58.729/AV, dat op 26 januari 2016 gegeven is over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 27 april 2016 ‘inzake aanvullende maatregelen ter bestrijding van terrorisme’ <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/58729.pdf>.

³³ Voetnoot 14 van het geciteerde advies: Die bepaling is uitdrukkelijk opgeheven bij artikel 2 van de wet van 7 juni 1969.

³⁴ Voetnoot 15 van het geciteerde advies: J.J. Thonissen, *La Constitution belge*, Brussel, Bruylant-Christophe, 1876, p. 29, nr. 49.

³⁵ Voetnoot 16 van het geciteerde advies: EHRM 24 maart 1988, *Olsson t. Zweden*, § 67.

³⁶ Voetnoot 17 van het geciteerde advies: EHRM 25 februari 1993, *Funke t. Frankrijk*, § 55.

³⁷ Voetnoot 18 van het geciteerde advies: EHRM 28 april 2005, *Buck t. Duitsland*, §§ 44-45.

Vervolgens is het belangrijk dat er een redelijk evenwicht ('a fair balance') wordt bereikt tussen de in het geding zijnde belangen, met name het recht op eerbiediging van de woning enerzijds en bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten anderzijds.³⁸

Het evenredigheidsbeginsel impliceert daarbij dat de aantasting van de onschendbaarheid van de woning en de inmenging in het privéleven die deze met zich brengt, niet verder mogen gaan dan vereist, en dat de overheid erover moet waken om de impact van deze maatregel op de persoonlijke levenssfeer van de betrokkene zo beperkt mogelijk te houden.³⁹

Ten slotte is het belangrijk dat de wet waarbij het kader voor de huiszoeken wordt gecreëerd, adequate en toereikende waarborgen ('garanties adéquates et suffisantes') inhoudt tegen mogelijke misbruiken:⁴⁰ de bescherming van de burger tegen willekeurige aantastingen van zijn in artikel 8 van het Europees Verdrag over de Rechten van de Mens gewaarborgde rechten 'réclame un encadrement légal et une limitation des plus strictes de tels pouvoirs'.⁴¹

12.4. Wat geldt voor huiszoeken bij dag, geldt *a fortiori* voor huiszoeken bij nacht. Terecht is de wetgever er steeds van uitgegaan dat voor de huiszoeking bij nacht strengere regels gelden.⁴² 's Nachts neemt de woning immers een nog intiemer karakter aan en behoort de huiselijke rust met des te meer reden tegen elke verstoring te worden gevrijwaard'.⁴³ Het evenredigheidsbeginsel vergt hier dat er uitermate zwaarwichtige gevaren voor de samenleving of individuele burgers in het geding zijn, die niet of niet afdoende anderszins – bijvoorbeeld door een huiszoeking tijdens de dag – kunnen worden tegengegaan".

In hetzelfde advies wordt ook nog op het volgende gewezen:

"(randnummer 14.2) (...) Om te voldoen aan het evenredigheidsbeginsel volstaat het (...) niet dat de huiszoeking *an sich* kan worden verantwoord; er moet ook verantwoord worden dat de huiszoeking niet bij dag, maar bij nacht gebeurt".

³⁸ Voetnoot 19 van het geciteerde advies: EHRM 23 september 1998, *Mc Leod t. Verenigd Koninkrijk*, § 63.

³⁹ Voetnoot 20 van het geciteerde advies: EHRM 18 juli 1996, *Keegan t. Verenigd Koninkrijk*, § 34.

⁴⁰ Voetnoot 21 van het geciteerde advies: EHRM 25 februari 1993, *Funke t. Frankrijk*, §§ 55-57; 25 februari 1997, *Z. t. Finland*, § 94.

⁴¹ Voetnoot 22 van het geciteerde advies: EHRM 16 december 1997, *Camenzind t. Zwitserland*, § 45.

⁴² Voetnoot 23 van het geciteerde advies: Volgens de thans geldende wet van 7 juni 1969 mag geen huiszoeking worden verricht voor vijf uur 's morgens en na negen uur 's avonds, tenzij: 1) wanneer een bijzondere wetsbepaling de opsporing of de huiszoeking 's nachts toelaat; 2) wanneer een magistraat of een officier van gerechtelijke politie zich tot vaststelling op heterdaad van een misdaad of wanbedrijf ter plaatse begeeft; 3) in geval van verzoek of toestemming van de persoon die het werkelijke genot heeft van de plaats; 4) in geval van oproep vanuit die plaats; 5) in geval van brand of overstroming.

⁴³ Voetnoot 24 van het geciteerde advies: *L. Viaene, Huiszoeking en beslag in strafzaken*, APR, Gent, E. Story Scientia, 1962, p. 63, nr. 62.

Zoals de ontworpen bepaling gesteld is, voldoet ze niet aan de hiervoor opgesomde vereisten. Er dient immers opgemerkt te worden dat die bepaling ertoe strekt het mogelijk te maken dat zowel overdag als 's nachts huiszoekingen verricht worden ter voorkoming en bestraffing van een zeer breed scala aan strafbare feiten die geenszins beperkt blijven tot louter de gevallen waarbij er, volgens de bewoordingen van de toelichting bij het artikel, “sprake is van uiterst dringende noodzakelijkheid en waarbij niet gewacht kan worden om in te grijpen aangezien levens op het spel kunnen staan”.

Deze bepaling moet herzien worden teneinde de mogelijkheid van een ernstige inmenging in het recht op eerbiediging van de woning en van het privéleven die daardoor opengelaten wordt veel nauwkeuriger af te bakenen.

Artikel 21

Voorliggend artikel strekt ertoe artikel 33 van de wet van 17 januari 2003 aan te vullen met de volgende bepaling: “In het kader van de inning van zijn schulden geniet het Instituut het voorrecht van ambtshalve uitvoering”.

In de toelichting bij het artikel staat daarover het volgende:

“Een toevoeging in artikel 33 van de statuutwet machtigt het BIPT om het voorrecht van ambtshalve [uitvoering] uit te [oefenen]. Dat heeft als doel zijn stappen in het kader van de inning van onbetaalde schulden te vergemakkelijken. Het vormt een noodzakelijke voorvereiste om de doeltreffendheid van artikel 73 van dit ontwerp te kunnen garanderen, dat een nieuw artikel 29/1 invoegt in de WEC teneinde het Instituut in staat te stellen om de gedwongen invordering van zijn onbetaalde schulden toe te vertrouwen aan de goede zorgen van de administratie van de federale overheidsdienst Financiën, hoewel deze van niet-fiscale aard zijn.”

In het licht van de aldus geformuleerde verantwoording geeft de voorliggende bepaling aanleiding tot de volgende opmerkingen.

In de eerste plaats is die bepaling overbodig indien het louter de bedoeling is om uitvoering te kunnen geven aan het ontworpen artikel 29/1 van de wet van 13 juni 2005 (artikel 73 van het voorontwerp), aangezien die bepaling het BIPT net de mogelijkheid biedt om “de Administratie van de belasting over de toegevoegde waarde (...) [te] [b]elasten met de invordering bij dwangbevel van de administratieve bijdragen [die niet binnen de termijnen vastgesteld in uitvoering van artikel 29 van dezelfde wet betaald zijn], overeenkomstig artikel 3 van de domaniale wet van 22 december 1949”. De voorliggende bepaling voegt bijgevolg niets toe aan het ontworpen artikel 29/1, dat op zich reeds, door de daarin vervatte mogelijkheid van invordering bij dwangbevel, het beginsel en de concrete toepassing van het voorrecht van ambtshalve uitvoering van de invordering van de betrokken bedragen bevat.

Indien het de bedoeling is de mogelijkheid te bieden om gebruik te maken van dwang met het oog op de invordering van andere categorieën van schulden, is de voorliggende bepaling ontoereikend, aangezien geen enkele bepaling van het voorontwerp ertoe strekt de uitoefening van het voorrecht van ambtshalve uitvoering bij dwangbevel te organiseren. Alleen specifieke bepalingen zoals het ontworpen artikel 29/1 van de wet van 13 juni 2005, zouden de

werkzaamheid waarborgen van het voorrecht van ambtshalve uitvoering waarnaar aldus in de voorliggende bepaling verwezen wordt. Dat voorrecht komt hoe dan ook toe aan publiekrechtelijke rechtspersonen, zelfs indien ter zake niets bepaald wordt in de wetteksten waarbij ze opgericht en georganiseerd worden.

Een andere mogelijkheid zou erin kunnen bestaan om in de wet van 17 januari 2003 een algemene bepaling in de zin van het ontworpen artikel 29/1 van de wet van 13 juni 2005 op te nemen, met daarin een opsomming van de categorieën van schulden waarvoor de mogelijkheid zou gelden om een beroep te doen op de Administratie van de BTW en op het door die administratie uit te vaardigen dwangbevel.

Het voorontwerp moet herzien worden en in het licht van de voorgaande opmerkingen in voorkomend geval aangevuld worden.

Artikel 24

In de ontworpen paragraaf 6 hebben de woorden “via algemene bepaling” alleen zin voor verordeningen.⁴⁴

Indien het de bedoeling is om eveneens te verwijzen naar de beslissingen met individuele strekking van het BIPT, die in voorkomend geval van collectieve aard zijn, moet de voorliggende bepaling in die zin aangevuld worden.

Artikel 32

1. In de bepaling onder 6° verschilt de definitie van het begrip “operator” van de definitie die daarvan in artikel 2, 29), van het Wetboek gegeven wordt.

Naar aanleiding van een vraag in dat verband hebben de gemachtigden van de minister de volgende uitleg gegeven:

“La définition de la notion d’opérateur, qui n’est pas modifiée par le Code des communications électroniques européen, n’est modifiée par la loi en projet que formellement, pour la raison invoquée dans le commentaire d’article de l’exposé des motifs. En substance cependant, la LCE continuera à considérer comme opérateurs les même[s] catégories d’acteurs économiques qu’actuellement, à savoir les fournisseurs de réseau public et les fournisseurs de services accessibles au public.

Tant actuellement que dans la loi en projet, la définition retenue en droit national s’écarte du droit communautaire sur deux points : elle inclut les fournisseurs de services de communications électroniques tandis qu’au contraire elle exclut les fournisseurs de ressources associées. En plus d’une quinzaine d’années d’existence, cet écart n’a pas en soi généré de contentieux ni de difficultés d’application (au contraire du caractère public du réseau, que le droit communautaire utilise sans pour autant le définir).

⁴⁴ Vergelijk met artikel 14ter, eerste lid, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973.

Soulignons tout d'abord que ce n'est pas parce que la notion d'opérateur est définie différemment en droit belge que les droits et obligations des opérateurs prévus dans le Code n'ont pas été transposés correctement. Il faut mais il suffit de moduler adéquatement le champ d'application en droit belge en fonction des catégories d'acteurs visées en droit européen. Pour le dire autrement, dans une transposition, ce n'est pas tant le libellé des définitions qui importe que la manière dont les concepts définis sont concrètement mis en œuvre par le législateur. Ceux-ci doivent en effet pouvoir s'intégrer le plus harmonieusement possible dans le droit positif. En raison des connexions existant tant avec les dispositions de la LCE que la transposition du Code laisse inchangées qu'avec les mesures d'exécution déjà prises, l'approche suivie depuis 2005 pourrait donc difficilement être brusquement remise en cause.

Relevons en outre la difficulté de distinguer en pratique la fourniture de réseaux de la fourniture des services offerts sur ces réseaux. Dans son interprétation de l'accord de coopération du 17 novembre 2006, la Cour des marchés a d'ailleurs étendu aux services l'obligation de l'État fédéral et des communautés de coopérer, alors que le texte ne l'impose pourtant qu'à propos des réseaux, mettant ainsi en exergue le caractère quelque peu artificiel de la dichotomie réseaux/services. Dans le même esprit, on constate également que le Code prévoit que les fournisseurs d'un 'service associé' (aux communications électroniques) sont également des 'opérateurs'. Il semblerait dès lors un peu paradoxal que les fournisseurs d'un service de communications électroniques (accessible au public) proprement dit ne le soient pas. De manière générale, on s'aperçoit à la lecture du Code que la terminologie n'y est pas toujours employée de manière très rigoureuse.

L'auteur du projet a également opté pour le maintien du statu quo existant depuis 2005 pour exclure les fournisseurs de ressources associées de la catégorie des opérateurs. Ici, à nouveau, sans que cela ait suscité du contentieux ou des problèmes d'exécution".

Het zou goed zijn die uitleg op te nemen in de toelichting bij het artikel.

2. In artikel 32, 9°, houden de definities in de ontworpen bepalingen onder 14/1° tot 14/5° in dat het jaargemiddelde aan tewerkgestelde werknemers, naargelang van het geval, kan oplopen tot tien, vijftig of tweehonderdvijftig werknemers, zonder dat het gemiddeld aantal in kwestie overschreden mag worden.

In de toelichting bij dit artikel wordt in dat verband verwezen naar aanbeveling 2003/361/EG van de Commissie van 6 mei 2003 'betreffende de definitie van kleine, middelgrote en micro-ondernemingen'.

In artikel 2 van titel I van de bijlage bij die aanbeveling gaat het evenwel om ondernemingen waar minder dan 10, 50 of 250 personen werkzaam zijn, d.w.z. maximaal negen, negenenveertig en tweehonderdnegenenveertig personen.

De ontworpen tekst stemt dus niet overeen met de tekst van die aanbeveling.

Het is in dat verband overigens veelzeggend dat in artikel 32, 11°, de ontworpen bepaling onder 15/1°, de "abonnee met maximum 9 werknemers" definieert als een "abonnee die het jaargemiddelde van 10 tewerkgestelde werknemers, berekend overeenkomstig, naar gelang het geval, artikel 1:24 en 1:28 van het Wetboek van Vennootschappen en Verenigingen, niet overschrijdt".

Aanbeveling 2003/0361/EG heeft weliswaar geen bindende kracht, maar het zou niettemin een goede zaak zijn als in de toelichting bij dit artikel het verschil tussen die aanbeveling en de ontworpen tekst verklaard zou worden.

3. In de ontworpen artikelen 49/1, § 3, eerste lid, 109, eerste lid, 110, § 4, en 112, tweede lid, van de wet van 13 juni 2005 (artikelen 89, 146, 147 en 153 van het voorontwerp) worden, naargelang het geval, de begrippen “particulier cliënteel” en “niet-particulier cliënteel” of “residentieel gebruik” gehanteerd.

In de op het gebied van de elektronische communicatie gangbare terminologie verwijst het begrip “residentieel” in wezen naar het begrip “particulieren” of “particulier gebruik” in tegenstelling met een professioneel cliënteel. Het zou evenwel een goede zaak zijn als die begrippen in de wet van 13 juni 2005 duidelijk gedefinieerd zouden worden.

De voorliggende bepaling moet dienovereenkomstig aangevuld worden.

Artikel 33

Er mag niet verwezen worden naar bijlage I bij het Wetboek. De voorwaarden waaraan de algemene machtiging verbonden kan worden en die voor de Koning zullen gelden bij het vaststellen van alle besluiten tot uitvoering van de wet van 13 juni 2005 en die van die algemene machtiging deel uitmaken, moeten opgenomen worden in de wet van 13 juni 2005 zelf of, op zijn minst, in één van de bijlagen ervan.

Artikel 44

1. In artikel 44, 4°, b), moeten de bepalingen onder i) en ii), aldus aangevuld worden dat daarin gepreciseerd wordt dat de voorgenomen wijzigingen aangebracht worden in paragraaf 7, tweede lid, 1°, van artikel 11 van de wet van 13 juni 2005.

2. In artikel 44, 4°, worden bij de bepaling onder vi geen vijf, maar vier nieuwe leden toegevoegd. Deze fout moet gecorrigeerd worden.

Artikel 54

In de bepaling onder 3°, d), dient met het oog op een correcte omzetting van artikel 45, lid 5, tweede alinea, van het Wetboek een opsomming gegeven te worden van de doelstellingen van algemeen belang waarmee het voorgenomen verbod verantwoord kan worden.

De ontworpen tekst moet dienovereenkomstig aangevuld worden.

Artikel 57

In de Franse versie van het ontworpen artikel 19, § 1, komt een stuk tekst twee keer voor. De tekst moet gecorrigeerd worden.

Artikel 60

1. Voor het ontworpen artikel 21, § 1, tweede lid, is geen tegenhanger te vinden in artikel 48, § 2, van het Wetboek, tot de omzetting waarvan die bepaling strekt volgens de concordantietabellen die aan de afdeling Wetgeving bezorgd zijn.

Bovendien komt blijkbaar een overbodige herhaling van die ontworpen bepaling voor in de tweede zin van het derde lid van dezelfde paragraaf 1.

Er moet op toegezien worden dat het ontworpen dispositief interne samenhang vertoont en dat het verenigbaar is met de voornoemde Europeesrechtelijke bepaling.

2. Paragraaf 1/2 moet paragraaf 2 worden en de paragrafen 2, 3 en 4 moeten de paragrafen 3, 4 en 5 worden.

Artikel 67

De federale overheid is niet gerechtigd om te bepalen welke elementen al dan niet bij een aanvraag om stedenbouwkundige vergunning gevoegd moeten worden, aangezien die aangelegenheid krachtens artikel 6, § 1, I, 1°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 ‘tot hervorming der instellingen’ tot de bevoegdheden van de gewesten behoort.

In het ontworpen artikel 26, § 1, moet het vierde lid dan ook weggelaten worden.

Artikel 69

1. Paragraaf 1 van het ontworpen artikel 28 stemt niet overeen met de tekst van artikel 61, lid 3, eerste alinea, van het Wetboek.

De eerste zin van de voorliggende bepaling moet eindigen na de woorden “zich buiten het gebouw bevindt” en het punt dat volgt op de woorden “fysiek onuitvoerbaar zou zijn” moet vervangen worden door een komma die op zijn beurt gevolgd moet worden door de woorden “kunnen dergelijke verplichtingen” in plaats van “Dergelijke verplichtingen kunnen”.

2. Het is de afdeling Wetgeving niet duidelijk in welk opzicht deze ontworpen bepaling artikel 61, lid 3, derde alinea, van het Wetboek zou omzetten, zoals vermeld in de overgezonden concordantietabellen.

De gemachtigden van de minister hebben daaromtrent de volgende toelichting gegeven:

“Il a été omis de transposer l'article 61.3, alinéas 3-4, du Code, qui vise à exempter certains réseaux locaux ou uniquement de gros de l'obligation d'accès symétrique visée à l'alinéa 2 du même article.

Cette transposition, qui était prévue dans les versions préparatoires du projet, devrait avoir lieu dans le cadre de l'article 28 de la LCE [...]”.

Het ontworpen artikel 28 van de wet van 13 juni 2005 moet bijgevolg aangevuld worden met het oog op de omzetting van artikel 61, lid 3, derde alinea, van het Wetboek en de concordantietabel moet dienovereenkomstig verbeterd worden.

Artikel 71

Anders dan bij artikel 3 van richtlijn 2014/61/EU, wordt bij het ontworpen artikel 28/3 geen verplichting opgelegd aan de “ondernemingen die elektronische communicatienetwerken aanbieden of waaraan een vergunning voor het aanbieden ervan is verleend”⁴⁵, maar aan de “beheerders van passieve infrastructuur”, terwijl dit tweede begrip *a priori* blijkbaar verschilt van het eerste, hoewel het in de ontworpen tekst niet gedefinieerd wordt.

Dezelfde opmerking geldt, *mutatis mutandis*, voor artikel 72 van het voorontwerp, dat strekt tot omzetting van artikel 4 van dezelfde richtlijn, dat eveneens betrekking heeft op de netwerkoperatoren, en niet op de beheerders van zogenaamde “passieve” fysieke infrastructuur in de zin van het voorontwerp van wet.

Op een vraag om uitleg daaromtrent hebben de gemachtigden van de minister uitgelegd dat het gebruik van het begrip “beheerder van passieve infrastructuur” in plaats van het begrip “operatoren die openbare communicatienetwerken aanbieden of waaraan een vergunning is verleend om openbare communicatienetwerken aan te bieden” dat in richtlijn 2014/61/EG gebruikt wordt, tot doel heeft elke verwarring met het begrip “operator” in de zin van de wet van 13 juni 2005 te voorkomen.⁴⁶

In die context verdient het dan ook aanbeveling om in artikel 3 van de wet van 13 juni 2005 een definitie op te nemen van het begrip “beheerder van passieve infrastructuur”, die waarborgt dat dit begrip wel degelijk betrekking heeft op de in richtlijn 2014/61/EG bedoelde operatoren.

⁴⁵ Zie de artikelen 2, eerste lid, en 3 van richtlijn 2014/61/EG.

⁴⁶ Ontworpen artikel 3, 11°, van de wet van 13 juni 2005 (artikel 32 van het voorontwerp).

Artikel 76

1. In artikel 76, 8°, c), wordt de voorgenomen wijziging aangebracht in artikel 33, § 3, tweede lid, van de wet van 13 juni 2005, en niet in “het tweede lid, de bepaling onder 4°,” van die bepaling.

2. In artikel 76, 8°, f), dient, ter wille van de samenhang, eveneens een wijziging aangebracht te worden in de eerste zin, *in fine*, van artikel 33, § 3, zevende lid, van de wet van 13 juni 2005, waarin het begrip “apparatuur” eveneens gebruikt wordt.

De voorliggende bepaling moet dienovereenkomstig aangevuld worden.

3. In artikel 76, 9°, moet, in de ontworpen paragraaf 4, eerste lid, 1°, het woord “kalenderdag” vervangen worden door het woord “dag”.

Artikel 89

Bovenop hetgeen in algemene opmerking I vermeld is over de bevoegdheden die bij het ontworpen artikel 49/1, § 2, van de wet van 13 juni 2005 aan het BIPT toegekend worden, dient te worden opgemerkt dat men er met de ontworpen bepaling niet in slaagt om artikel 22, lid 1, vierde, vijfde en zevende alinea, van het Wetboek correct en met de vereiste nauwkeurigheid om te zetten, inzonderheid wat betreft de nuttige informatie vervat in de prognoses en de informatie die de regelgevende instantie niet alleen bij de leveranciers, maar ook bij de overheid kan opvragen.

De voorliggende bepaling moet dienovereenkomstig herzien en aangevuld worden.

Artikel 93

De lidstaten zijn niet gerechtigd om aan de Europese Commissie verplichtingen op te leggen, zelfs niet met het oog op de omzetting van een bepaling van een Europese richtlijn, *in casu* artikel 61, lid 2, tweede alinea, onder ii), van het Wetboek.

In het ontworpen artikel 51/1, tweede lid, 2°, moeten de woorden “, na raadpleging van Berec en zoveel mogelijk rekening houdend met zijn advies,” dus weggelaten worden.

Dezelfde opmerking geldt, *mutatis mutandis*, voor artikel 185, 4°, a), van het voorontwerp (ontworpen artikel 143/1, § 4, tweede lid).

Artikel 94

1. Bij artikel 94 wordt de verplichting om te onderhandelen over een interconnectieovereenkomst, waarin momenteel voorzien is in artikel 52 van de wet van 13 juni 2005, uitgebreid tot de verplichting om te onderhandelen over een toegangsovereenkomst.

De aandacht wordt gevestigd op het feit dat lid 1 van artikel 60 van het Wetboek, dat bij de voorliggende bepaling omgezet wordt, het volgende bepaalt:

“Exploitanten van openbare elektronischecommunicatienetwerken zijn gerechtigd en, wanneer hun daarom wordt verzocht door daartoe overeenkomstig artikel 15 gemachtigde ondernemingen, verplicht met elkaar te onderhandelen over interconnectie met het doel voor het publiek beschikbare elektronischecommunicatiediensten aan te bieden, teneinde de verlening en de interoperabiliteit van de diensten in de gehele Unie te waarborgen. Exploitanten verlenen andere ondernemingen toegang en interconnectie onder voorwaarden die verenigbaar zijn met de verplichtingen die door de nationale regelgevende instantie worden opgelegd op grond van de artikelen 61, 62 en 68”.

Daaruit volgt dat de bij het Europees recht opgelegde verplichting om te onderhandelen alleen betrekking heeft op de interconnectie en niet op de toegang.

In zoverre de voorliggende bepaling ertoe strekt de verplichting om te onderhandelen over een interconnectieovereenkomst uit te breiden tot de, meer algemene,⁴⁷ verplichting om te onderhandelen over een toegang, rijst de vraag of ze het hierboven weergegeven artikel 60, lid 1, niet schendt.

Op een vraag in dat verband hebben de gemachtigden van de minister de volgende uitleg gegeven:

“L'article 60.1 du Code, dans sa première phrase, impose une obligation de négocier de bonne foi les seuls accords d'interconnexion (à l'exclusion des accords d'accès). En revanche, la deuxième phrase du même paragraphe impose l'obligation d'offrir tant l'accès que l'interconnexion. Cependant, comme en droit belge tous les contrats doivent être négociés de bonne foi, la loi en projet maintient l'obligation actuelle pour la conclusion des accords d'accès.”

Die verantwoording roept vragen op aangezien in de toelichting bij het artikel alleen gewag gemaakt wordt van de interconnectie en niet van de toegang. De toelichting luidt als volgt:

“Artikel 52 zet artikel 60 van het Wetboek om, wat de verplichting voor de operatoren om met elkaar te onderhandelen over interconnectie met het doel voor het publiek beschikbare elektronische communicatiediensten aan te bieden.”

⁴⁷ Interconnectie is één van de toegangsvormen (zie artikel 2, 27) en 28), van het Wetboek).

In tegenstelling tot wat de gemachtigden uitleggen in hun verantwoording, wordt in artikel 52 van de wet van 13 juni 2005 bovendien alleen de interconnectie beoogd en niet de toegang. Die bepaling luidt immers als volgt:

“Elke operator die een openbaar elektronische-communicatienetwerk levert, is verplicht met elke operator die daarom verzoekt, te goeder trouw te onderhandelen over een interconnectieovereenkomst met het doel elektronische-communicatiediensten aan te bieden die voor het publiek beschikbaar zijn.

Wanneer het Instituut, overeenkomstig de procedure van artikel 51, § 1, vaststelt dat de in het eerste lid bedoelde verplichting niet nagekomen is, kan het, onverminderd de toepassing van artikel 20 of 21 van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector, de redelijke voorwaarden inzake interconnectie voorschrijven die het passend acht, waarover partijen te goeder trouw moeten onderhandelen.”

De conclusie is dan ook dat artikel 60, lid 1, eerste zin, van het Wetboek correct omgezet dient te worden en dus ook elke tegenstrijdigheid voorkomen dient te worden met die bepaling, die bovendien een weergave is van artikel 4, lid 1, van 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).⁴⁸ Bijgevolg dient de toegang weggelaten te worden uit de wijzigingen die in de wet van 13 juni 2005 aangebracht worden.

2. In punt 3° van de voorliggende bepaling wordt niet gepreciseerd wat verstaan dient te worden onder het begrip “neutrale tussenpersonen”. Het verdient ook aanbeveling dat daarin de gevallen opgegeven worden waarin de “concurrentievoorwaarden” een dergelijke tussenpersoon vereisen. Op dat punt kan er niet mee worden volstaan in de ontworpen tekst artikel 60, lid 3, van het Wetboek over te nemen.

De voorliggende bepaling moet herzien worden in het licht van die opmerking.

Artikel 98

Om te zorgen voor een correcte omzetting van artikel 65, lid 2, van het Wetboek, moet het ontworpen artikel 56 aldus aangevuld worden dat daarin gepreciseerd wordt dat, in het geval geschetst in het eerste lid ervan, het BIPT samen met de andere nationale regelgevende instantie de kennisgeving uitvoert zoals bedoeld in artikel 65, lid 2, eerste alinea, tweede zin.

Artikel 117

Om te zorgen voor de correcte omzetting van artikel 84, lid 1, van het Wetboek, moet het woord “redelijk” weggelaten worden uit de ontworpen paragraaf 1.

⁴⁸ Die bepaling is omgezet bij het, van kracht zijnde, artikel 52 van de wet van 13 juni 2005, waarbij geen verplichting wordt opgelegd om over de toegang te onderhandelen, en dat enkel betrekking heeft op de interconnectie.

Artikel 133

1. Bij het ontworpen artikel 105/3, § 2, tweede lid, wordt de operator verplicht zich, op verzoek van het BIPT, te onderwerpen aan een veiligheidscontrole uitgevoerd door het BIPT, door een door het BIPT erkende instantie, of deels door het BIPT en deels door een door het BIPT erkende instantie.

2. In de ontworpen tekst wordt geen regeling vastgelegd voor die erkenning, in het bijzonder de voorwaarden ervoor.

In dat verband wordt de aandacht van de steller van het voorontwerp gevestigd op artikel 41, lid 2, van het Wetboek, dat het volgende bepaalt:

“De lidstaten zorgen ervoor dat de bevoegde instanties de bevoegdheid hebben om van aanbieders van openbare elektronische communicatienetwerken of voor het publiek beschikbare elektronische communicatiediensten te verlangen dat zij:

(...)

b) een veiligheidscontrole laten uitvoeren door een gekwalificeerde onafhankelijke instantie of een bevoegde instantie en de resultaten ervan beschikbaar stellen aan de bevoegde instantie; (...).”

Uit die bepaling volgt dat erop toegezien zal moeten worden dat de vast te stellen voorwaarden er garant voor staan dat de erkende instantie gekwalificeerd en onafhankelijk is.

3. In tegenstelling tot het van kracht zijnde artikel 114/2, § 2, tweede lid, van de wet van 13 juni 2005, verleent de voorliggende bepaling bovendien geen machtiging aan de Koning voor het vaststellen van de voorwaarden waaraan de betrokken instanties moeten voldoen of van de nadere regels met betrekking tot de veiligheidscontrole.

Met het oog op het vrijwaren van het vrij verrichten van diensten, dat meer bepaald gewaarborgd wordt bij het Europees recht, inzonderheid bij richtlijn 2006/123/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 december 2006 ‘betreffende diensten op de interne markt’, en ervoor te zorgen dat het gelijkheidsbeginsel in acht wordt genomen, dient de genoemde erkenningsregeling vastgelegd te worden in een algemene en abstracte norm.

Zo is de werkwijze waarbij het BIPT eenvoudigweg gemachtigd wordt om instanties te erkennen, zonder nadere precisering, niet toelaatbaar.

Vanwege de in algemene opmerking I uiteengezette redenen mag, om tegemoet te komen aan deze opmerking, niet overwogen worden het BIPT te machtigen die regeling bij een verordening vast te leggen, aangezien het noch om een detailkwestie, noch om een louter technische aangelegenheid gaat. Het staat aan de wetgever of aan de Koning om die regeling vast te leggen.

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

Artikel 141

In de inleidende zin moeten de woorden “artikel 106/1, eerste lid” vervangen worden door de woorden “artikel 106/1, § 1, eerste lid”.

Artikel 142

Bij het ontworpen artikel 107, § 3, derde lid, worden de betrokken operatoren verplicht de beoogde toegang te verschaffen “na overleg met de operatoren van elektronische communicatiediensten, het Instituut en de nooddiensten”.

Luidens artikel 109, lid 2, van het Wetboek,⁴⁹ staat het evenwel aan de instanties van de lidstaat om dat voorafgaand overleg te plegen.

De ontworpen tekst moet herzien worden in het licht van die opmerking.

Artikel 145

In het ontworpen artikel 108 moeten de paragrafen 1/1 en 1/2 de paragrafen 2 en 3 worden en moeten de paragrafen 2 tot 5 vernummerd worden van 4 tot 7.

Artikel 149

1. Volgens de concordantietabellen die aan de afdeling Wetgeving bezorgd zijn, strekt het ontworpen artikel 111, § 2, van de wet van 13 juni 2005 tot omzetting van artikel 103, lid 2, a), van het Wetboek.

Die bepaling luidt als volgt:

“De bevoegde instanties, indien relevant samen met de nationale instanties, zorgen ervoor dat eindgebruikers gratis toegang hebben tot ten minste één onafhankelijke vergelijkingstool waarmee zij verschillende internettoegangsdiensten en voor het publiek beschikbare nummergebaseerde interpersoonlijke communicatiediensten en, indien van toepassing, voor het publiek beschikbare nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiediensten kunnen vergelijken en beoordelen, met betrekking tot:

a) de prijzen en tarieven van diensten die worden verleend tegen terugkerende of op verbruik gebaseerde directe betalingen”.

⁴⁹ Die bepaling luidt als volgt:

“De lidstaten zorgen er na overleg met de nationale regelgevende instanties, de noodhulpdiensten en de aanbieders van elektronischecomunicatiediensten voor dat aanbieders van voor het publiek beschikbare nummergebaseerde interpersoonlijke communicatiediensten, ingeval die diensten eindgebruikers in staat stellen uitgaande gesprekken tot stand te brengen naar een nummer in een nationaal of internationaal nummerplan, via de meest geschikte PSAP toegang verschaffen tot noodhulpdiensten.”

Lid 3 van artikel 103 van het Wetboek luidt als volgt:

“De in lid 2 bedoelde vergelijkingstool:

- a) is operationeel onafhankelijk van de aanbieders van dergelijke diensten, en waarborgt dat die aanbieders in de zoekresultaten gelijk worden behandeld;
- b) vermeldt wie de eigenaar van de vergelijkingstool is en wie die tool beheert;
- c) vermeldt de duidelijke en objectieve criteria waarop de vergelijking moet worden gebaseerd;
- d) maakt gebruik van duidelijke en ondubbelzinnige taal;
- e) geeft nauwkeurige en actuele informatie, met vermelding van het tijdstip van de meest recente actualisering;
- f) staat open voor iedere aanbieder van internettoegangsdiensten of voor het publiek beschikbare interpersoonlijke communicatiediensten, die de relevante informatie beschikbaar maakt en omvat een breed scala aan aanbiedingen die een significant deel van de markt beslaan en vermeldt in voorkomend geval duidelijk dat de gepresenteerde informatie geen volledig overzicht van de markt biedt, voordat de zoekresultaten worden getoond;
- g) voorziet in een effectieve procedure om foute informatie te melden;
- h) voorziet in de mogelijkheid tot vergelijking van de prijzen, tarieven en kwaliteit van de dienstverlening van de aanbiedingen waartussen de consument kan kiezen, en, indien vereist door de lidstaten, tussen die aanbiedingen en de voor het publiek beschikbare standaardaanbiedingen aan andere eindgebruikers.

De vergelijkingsinstrumenten die aan de eisen in de punten a) tot en met h) voldoen, worden op verzoek van de aanbieder van het instrument in kwestie gecertificeerd door bevoegde instanties, indien relevant samen met nationale regelgevende instanties.

(...).”

Die bepalingen moeten gelezen worden in het licht van overweging 267 en 268 van het Wetboek, die luiden als volgt:

“(267) Onafhankelijke vergelijkingsinstrumenten, zoals websites, zijn een effectief middel voor eindgebruikers om de merites van verschillende aanbieders van internettoegangsdiensten en openbare interpersoonlijke communicatiediensten te beoordelen, voor zover de dienst wordt verleend tegen terugkerende of verbruikgerelateerde rechtstreekse betaling, en om onpartijdige informatie te verkrijgen, met name door op één plaats prijzen, tarieven en kwaliteitsparameters te vergelijken. Dergelijke instrumenten moeten onafhankelijk van de aanbieders werken, mogen geen enkele aanbieder een voorkeursbehandeling geven wat de zoekresultaten betreft. Dergelijke instrumenten moeten als doel hebben informatie te verstrekken die zowel duidelijk en beknopt als volledig en alomvattend is. Zij moeten ook trachten een zo breed mogelijk scala aan aanbiedingen te presenteren, zodat een representatief overzicht wordt gegeven, en een significant deel van de markt bestrijken. De informatie die over dergelijke instrumenten wordt verstrekt, moet betrouwbaar, onpartijdig en transparant zijn. Eindgebruikers moeten ervan op de hoogte worden gebracht dat dergelijke instrumenten beschikbaar zijn. De lidstaten moeten ervoor zorgen dat eindgebruikers op hun eigen grondgebied kosteloos toegang hebben tot ten minste één dergelijk instrument.

Indien er in een lidstaat slechts één vergelijkingsinstrument bestaat en dit instrument niet meer operationeel is of niet langer aan de kwaliteitscriteria voldoet, dient de lidstaat erop toe te zien dat eindgebruikers binnen een redelijke termijn op nationaal niveau toegang hebben tot een andere vergelijkingswebsite.

(268) Onafhankelijke vergelijkingsinstrumenten kunnen worden toegepast door particuliere ondernemingen of door of namens bevoegde instanties, maar zij moeten voldoen aan bepaalde kwaliteitscriteria, daaronder begrepen het vereiste dat de gegevens betreffende de eigenaars worden meegedeeld, dat er nauwkeurige en actuele informatie wordt verstrekt, dat het meest recente tijdstip van de actualisering wordt vermeld, en dat er duidelijke, objectieve criteria voor de vergelijking worden gehanteerd; ook moet het instrument een breed scala aan aanbiedingen presenteren, dat een significant deel van de markt bestrijkt. De lidstaten moeten kunnen bepalen hoe vaak de informatie die door vergelijkingsinstrumenten aan eindgebruikers wordt verstrekt, moet worden herzien en geactualiseerd, rekening houdend met de frequentie waarmee aanbieders van internettoegangsdiensten en voor het publiek beschikbare interpersoonlijke communicatiediensten, hun tarief- en kwaliteitsinformatie in het algemeen actualiseren.”

Uit wat voorafgaat, volgt dat het of de vergelijkingsinstrumenten, vereist bij artikel 103 van het Wetboek, geëxploiteerd mogen worden door de “bevoegde instanties” van de lidstaten. Hoewel het niet verplicht is dat dat of die instrumenten geëxploiteerd worden door de regelgevende instantie, te weten het BIPT, staat bijgevolg niets daaraan in de weg.

Het of de instrumenten in kwestie zullen evenwel moeten beantwoorden aan de voorwaarden vastgesteld bij artikel 103 van het Wetboek, in het bijzonder bij lid 3 ervan, welk artikel omgezet moet worden.

Geen enkele bepaling van het voorontwerp strekt evenwel tot omzetting van die bepaling waarin de voorwaarden uiteengezet worden waaraan de vergelijkingsinstrumenten moeten voldoen.

De ontworpen tekst moet aldus herzien en aangevuld worden dat die bepaling wordt omgezet.

2. Het is de afdeling Wetgeving niet duidelijk wat juist de strekking is van het ontworpen artikel 111, § 2, tweede lid, dat het volgende bepaalt:

“Bij de vergelijking wordt in voorkomend geval duidelijk vermeld dat de gepresenteerde informatie geen volledig overzicht van de markt biedt. Deze vermelding gebeurt voordat de zoekresultaten worden getoond.”

Dat tweede lid volgt op een eerste lid waarin bepaald wordt dat het BIPT het verstrekken van vergelijkbare informatie door sommige operatoren vergemakkelijkt, opdat consumenten en eindgebruikers een onafhankelijk oordeel kunnen vormen over de kosten van alternatieve gebruiksplannen.

Het vergelijkingsinstrument dat door het BIPT ter beschikking gesteld wordt, wordt dan weer pas geregeld in het derde en het vierde lid van de ontworpen paragraaf 2.

Rijst dus de vraag welke “vergelijking” bedoeld wordt in het ontworpen tweede lid. Het eerste lid strekt immers tot het vergemakkelijken van het verstrekken van “vergelijkbare informatie” door de verschillende operatoren, maar verplicht die operatoren niet om een “vergelijking” te maken; die vergelijking wordt gemaakt door de consument of de eindgebruiker, die een onafhankelijk oordeel zal vormen over alternatieve gebruiksplannen.

De ontworpen tekst moet bijgevolg aldus herzien worden dat de bedoeling van de steller ervan daaruit duidelijk naar voren komt en dat elke dubbelzinnigheid in verband met de in het ontworpen tweede lid beoogde “vergelijking” weggenomen wordt.

Artikel 156

1. Het ontworpen artikel 113, § 1 tot § 3, van de wet van 13 juni 2005 houdt inzonderheid verband met de informatie die sommige operatoren moeten meedelen aan de eindgebruikers over de kwaliteit van hun dienstverlening, welke informatie volledig, vergelijkbaar, betrouwbaar, gebruiksvriendelijk en actueel moet zijn.

Het gaat om de “operatoren die internettoegangsdiensten aanbieden”, de “operatoren die voor het publiek beschikbare interpersoonlijke communicatiediensten verstrekken” en de “operatoren van transmissiediensten voor het verlenen van omroep”.⁵⁰

Wat de laatste categorie van operatoren betreft, en met uitzondering van de operatoren die vallen onder de bevoegdheid van de federale overheid inzake biculturele aangelegenheden in de zin van artikel 127, § 2, van de Grondwet,⁵¹ rijst de vraag of het ontworpen artikel 113 niet eerder valt onder de bevoegdheid van de Gemeenschappen krachtens artikel 4, 6°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980 waarbij aan de Gemeenschappen de bevoegdheid verleend wordt de “inhoudelijke en technische aspecten [te regelen] van de audiovisuele en de auditieve mediadiensten met uitzondering van het uitzenden van mededelingen van de federale regering”.

Op een vraag in dat verband hebben de gemachtigden van de minister uitgelegd dat de in de ontworpen tekst beoogde maatregel deel uitmaakt van de algemene bescherming van de verbruiker en dientengevolge onder de bevoegdheid valt van de federale overheid ter zake, in de zin van artikel 6, § 1, VI, vierde lid, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980.

⁵⁰ In de Franse tekst wordt dat begrip onvolledig vermeld in het ontworpen artikel 113, § 2, eerste lid.

⁵¹ Te weten de bevoegdheid van de federale overheid inzake cultuur ten aanzien van de instellingen gevestigd in het tweetalige gebied Brussel-Hoofdstad die, wegens hun activiteiten moeten worden beschouwd uitsluitend te behoren tot de ene of de andere gemeenschap.

Op dat punt dient erop gewezen te worden dat de afdeling Wetgeving, in advies 40.438/VR/1 van 1 en 22 juni 2006 over een voorontwerp dat geleid heeft tot de wet van 15 mei 2007 ‘betreffende de bescherming van de consumenten inzake omroeptransmissie- en omroepdistributiediensten’,⁵² het volgende opgemerkt heeft:

“Het vaststellen van algemene regels inzake de bescherming van de verbruiker⁵³ is, op grond van artikel 6, § 1, VI, vierde lid, 2°, van de bijzondere wet van 8 augustus 1980, een aan de federale overheid voorbehouden bevoegdheid. Op grond van die bepaling vermag de federale wetgever niet alleen te voorzien in de bescherming van de consument op algemene wijze, doch ook op specifieke wijze, met betrekking tot bepaalde overeenkomsten in het bijzonder, onverminderd de mogelijkheid van de gemeenschappen om die aangelegenheid, met inachtneming van voormelde economische aspecten, aan bijkomende kwalitatieve voorwaarden te onderwerpen op grond van een van de hun toegewezen bevoegdheden.”⁵⁴

In het licht van de in herinnering gebrachte beginselen kan gesteld worden dat de voorliggende bepaling onder de bevoegdheid van de federale overheid valt.

Dat neemt evenwel niet weg dat, zoals blijkt uit de toelichting bij het artikel, die nieuwe bepalingen strekken tot omzetting van artikel 103, lid 2 en 3, en artikel 104 van het Wetboek. In die twee bepalingen worden evenwel alleen de “aanbieders van internettoegangsdiensten of voor het publiek beschikbare interpersoonlijke communicatiediensten” beoogd. *A priori* hebben die bepalingen van Europees recht, in de zin van het ontworpen artikel 113, dus alleen betrekking op de “operatoren die internettoegangsdiensten aanbieden” en de “operatoren die voor het publiek beschikbare interpersoonlijke communicatiediensten verstrekken”.

Op dat punt dient gelet te worden op artikel 101 van het Wetboek, dat het volgende bepaalt:

“Niveau van harmonisatie

1. De lidstaten behouden of introduceren in hun nationale wetgeving geen bepalingen inzake de bescherming van de eindgebruiker die afwijken van de artikelen 102 tot en met 115, met inbegrip van meer of minder strikte bepalingen die een ander niveau van bescherming waarborgen, tenzij in deze titel anders is bepaald.

2. Tot en met 21 december 2021 mogen de lidstaten nog steeds strengere nationale bepalingen inzake consumentenbescherming toepassen die afwijken van de bepalingen in de artikelen 102 tot en met 115, mits die bepalingen van kracht waren op 20 december 2018 en eventuele beperkingen van de werking van de interne markt die daaruit voortvloeien, evenredig zijn aan het doel, namelijk bescherming van de consument.

De lidstaten stellen de Commissie uiterlijk op 21 december 2019 in kennis van de nationale bepalingen die op grond van dit lid moeten worden toegepast”.

⁵² <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/40438.pdf>.

⁵³ Voetnoot 10 van het geciteerde advies: Met “de bescherming van de verbruiker” worden onder andere minimumnormen bedoeld inzake veiligheid en kwaliteit van producten en diensten, met het oog op de bescherming van de belangen van de verbruiker (*Parl.St.*, Kamer, B.Z. 1988, nr. 516/1, p. 10, en nr. 516/6, p. 127-128).

⁵⁴ Voetnoot 11 van het geciteerde advies: Arbitragehof, nr. 105/98 van 21 oktober 1998, B.3.2.

De vraag rijst of, ten aanzien van artikel 101 van het Wetboek, de wetgever de toepassing van de regeling zoals bedoeld in de artikelen 103, lid 2 en 3, en 104 van het Wetboek mag uitbreiden tot andere categorieën van operatoren dan die welke daarin uitdrukkelijk beoogd worden.

In verband met de doelstelling die bestaat in de harmonisatie van de rechten van de eindgebruikers wordt in twee van de overwegingen van richtlijn 2018/1972/EU het volgende gesteld:

“(257) De uiteenlopende tenuitvoerlegging van de voorschriften betreffende de bescherming van eindgebruikers heeft geleid tot ernstige belemmeringen voor de interne markt, die gevolgen hebben voor zowel aanbieders als eindgebruikers van elektronischecomunicatiediensten. Die belemmeringen moeten worden weggenomen door de toepassing van dezelfde regels die zorgen voor een hoog gemeenschappelijk niveau van bescherming in de gehele Unie. Een gekalibreerde volledige harmonisatie van de rechten van de eindgebruiker die onder deze richtlijn vallen, moet aanzienlijk meer rechtszekerheid bieden voor zowel de eindgebruikers als de aanbieders van elektronischecomunicatiediensten, en moeten de toegangsdrempels en onnodige nalevingslasten als gevolg van de versnippering van de regelgeving aanzienlijk verlagen. Volledige harmonisatie helpt bij het verwijderen van belemmeringen op de werking van de interne markt als gevolg van dergelijke nationale bepalingen betreffende eindgebruikersrechten, die tegelijkertijd nationale aanbieders beschermen tegen concurrentie uit andere lidstaten. Om een hoog gemeenschappelijk niveau van bescherming te bereiken, moeten in verschillende bepalingen betreffende eindgebruikersrechten redelijke verbeteringen in deze richtlijn worden aangebracht in het licht van de beste praktijken in de lidstaten. Volledige harmonisatie van rechten van eindgebruikers vergroot hun vertrouwen in de interne markt omdat zij profiteren van een even hoog niveau van bescherming bij het gebruik van elektronischecomunicatiediensten, niet alleen in hun eigen land, maar ook wanneer zij in andere lidstaten wonen, werken of reizen. Volledige harmonisatie moet worden beperkt tot de onderwerpen die vallen onder de bepalingen inzake de rechten van de eindgebruiker in deze richtlijn. Daarom mag harmonisatie geen afbreuk doen aan het nationale recht met betrekking tot de aspecten van de bescherming van de eindgebruiker, inclusief sommige aspecten van transparantiemaatregelen die niet onder die bepalingen vallen. Zo moeten bijvoorbeeld maatregelen met betrekking tot transparantieverplichtingen die niet onder deze richtlijn vallen, worden beschouwd als verenigbaar met het beginsel volledige harmonisatie, terwijl aanvullende voorschriften inzake transparantieaangelegenheden die door deze richtlijn worden bestreken, zoals de bekendmaking van informatie, moeten worden beschouwd als zijnde onverenigbaar. Voorts moeten de lidstaten nationale voorschriften kunnen handhaven of invoeren voor aangelegenheden die niet specifiek door deze richtlijn worden behandeld, in het bijzonder om het hoofd te bieden aan nieuwe problemen die zich aandienen.

(...)

(265) De beschikbaarheid van transparante, actuele en vergelijkbare informatie over aanbiedingen en diensten is een cruciaal element voor consumenten op concurrerende markten waar verscheidene dienstverleners hun diensten aanbieden. De eindgebruikers moeten in staat zijn gemakkelijk de prijzen van de diverse op de markt aangeboden diensten te vergelijken, gebaseerd op informatie die in een gemakkelijk toegankelijke vorm bekend wordt gemaakt. Om hen in staat te stellen gemakkelijk prijzen en diensten te vergelijken, moeten de bevoegde instanties, indien relevant samen met de nationale regelgevende instanties, van aanbieders van internettoegangsdiensten of voor

het publiek beschikbare interpersoonlijke communicatiediensten, een grotere transparantie kunnen eisen op het gebied van informatie, met inbegrip van tarieven, kwaliteit van de dienst, voorwaarden inzake de geleverde eindapparatuur en andere relevante statistieken. Elke dergelijke vereiste moet terdege rekening houden met de specifieke kenmerken van die netwerken en diensten. Zij moeten er ook voor zorgen dat derden het recht hebben om kosteloos gebruik te maken van de voor het publiek beschikbare informatie die zulke bedrijven bekendmaken, met het oog op het aanbieden van vergelijkingsinstrumenten.”

De steller van het voorontwerp moet bij machte zijn aan te tonen dat de uitbreiding van het toepassingsgebied van de regelingen zoals bedoeld in de artikelen 103, lid 2 en 3, en 104 van het Wetboek tot de “operatoren van transmissiediensten voor het verlenen van omroep” – te weten een categorie van operatoren die niet uitdrukkelijk beoogd wordt in die artikelen – verenigbaar is met de regeling tot harmonisatie vastgelegd in artikel 101 van het Wetboek, zoals dat, met name in het licht van de voornoemde overwegingen, begrepen en omgezet moet worden.

De voorliggende bepaling moet dienovereenkomstig herzien worden.

2. Paragraaf 4 van het ontworpen artikel 113 strekt op zijn beurt specifiek tot omzetting van artikel 103, lid 2, van het Wetboek, dat het volgende bepaalt:

“De bevoegde instanties, indien relevant samen met de nationale instanties, zorgen ervoor dat eindgebruikers gratis toegang hebben tot ten minste één onafhankelijke vergelijkingstool waarmee zij verschillende internettoegangsdiensten en voor het publiek beschikbare nummergebaseerde interpersoonlijke communicatiediensten en, indien van toepassing, voor het publiek beschikbare nummeronafhankelijke interpersoonlijke communicatiediensten kunnen vergelijken en beoordelen, met betrekking tot:

(...)

b) de kwaliteit van de dienstverlening wanneer een minimumkwaliteit van dienstverlening wordt geboden of de onderneming verplicht is die informatie te publiceren op grond van artikel 104.”

In dat opzicht, en aangezien lid 2 van artikel 103 van het Wetboek slechts erg gedeeltelijk omgezet wordt bij het derde lid van de ontworpen bepaling, geeft de ontworpen paragraaf aanleiding tot een soortgelijke opmerking als opmerking 1 bij artikel 149.

Artikel 160

In de toelichting bij het artikel staat:

“Wanneer de wachttijd om met de klantendienst verbinding te krijgen de termijn van 2,5 minuten overschrijdt wegens omstandigheden buiten de wil van de operator zijn de bepalingen in dit artikel, zoals vandaag het geval is in het Charter voor Klantvriendelijkheid, met gezond verstand toe te passen.”

Het is de afdeling Wetgeving niet duidelijk wat juist de draagwijdte is van die precisering, die overigens niet weergegeven wordt in het dispositief. Als het de bedoeling is aldus te voorzien in een regel die afwijkt van die zoals bedoeld in de voorliggende bepaling, moet die bepaling dienovereenkomstig aangevuld worden, en moet de draagwijdte van de beoogde uitzondering gepreciseerd worden.

Artikel 161

Volgens de toelichting bij het artikel zorgen de wijzigingen van artikel 117 van de wet van 13 juni 2005 voor de omzetting van bijlage VI, deel A, punt c), van het Wetboek, die het volgende bepaalt:

“c) Vooruitbetalingssystemen

De lidstaten zorgen ervoor dat de bevoegde instanties, indien relevant in overleg met de nationale regelgevende instanties, kunnen verlangen dat aanbieders consumenten de mogelijkheid bieden om vooruit te betalen voor toegang tot het openbare elektronisch communicatienetwerk, het gebruik van spraakcommunicatiediensten, of internettoegangsdiensten, of nummergebaseerde interpersoonlijke communicatiediensten in het geval van artikel 115”.

Die bepaling van Europees recht beoogt niet alleen de spraakcommunicatiediensten en de nummergebaseerde interpersoonlijke communicatiediensten, maar eveneens de internettoegangsdiensten.

In de voorliggende bepaling worden de internettoegangsdiensten niet vermeld. Ze moet dienovereenkomstig herzien en aangevuld worden.

Artikel 163

De voorliggende bepaling strekt tot wijziging van artikel 119, § 1^{er}, van de wet van 13 juni 2005.

Dat artikel, waarvan de paragrafen 2 tot 11 regelen welke maatregelen de operator kan treffen in geval van een onbetaalde rekening, is vervangen bij artikel 25 van de wet van 31 juli 2017 ‘houdende diverse bepalingen inzake elektronische communicatie’. Dat artikel 25 is in werking getreden op 1 juli 2018, krachtens artikel 34 van de wet van 31 juli 2017,⁵⁵ dat bovendien voorziet in de onmiddellijke toepassing van artikel 25 op de op die datum lopende overeenkomsten.

Artikel 163 van het voorontwerp strekt tot toevoeging van een derde lid in paragraaf 1 van artikel 119, zodat die paragraaf nu als volgt zou luiden:

“De volledige lijst van maatregelen die de operator kan nemen in geval van een onbetaalde rekening wordt vermeld in het in artikel 108 bedoelde contract.

De regels bepaald in de paragrafen 2 tot en met 8 gelden onverminderd de toepassing van artikel 70, § 1, 2°, d).

Deze regels gelden in afwijking van andersluidende wetsbepalingen.”

⁵⁵ De wet van 31 juli 2017 is bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad* van 12 september 2017. Artikel 34 ervan bepaalt dat artikel 25 ervan in werking treedt op de eerste dag van de tiende maand na die waarin het is bekendgemaakt in het *Belgisch Staatsblad*.

Luidens de toelichting bij het artikel wil de steller van het voorontwerp er op die manier voor zorgen dat “de sectorspecifieke regels die op maat van de elektronische communicatiewet werden ontworpen en die sedert 1 juli 2018 werden geïmplementeerd door de operatoren voorrang hebben op bestaande en toekomstige regels die transsectoraal zijn”.

Zo lijkt het erop dat het de bedoeling is van de steller van het voorontwerp de afwijkende aard te verduidelijken van de regels vervat in de paragrafen 2 tot 8 van artikel 119 van de wet van 13 juni 2005, ten opzichte van iedere andere wetsbepaling die een meer algemene strekking heeft en van toepassing is op alle economische sectoren en niet uitsluitend op de sector van de elektronische communicatie.

Op het eerste gezicht lijkt het nutteloos daaraan te herinneren, aangezien de algemene regel voor de interpretatie en beslechting van conflicten tussen rechtsnormen “*lex specialis derogat generali*” van toepassing is.

Als het evenwel de bedoeling is te zorgen voor meer transparantie en rechtszekerheid door de strekking van dat adagium in herinnering te brengen, dan verdient het aanbeveling de ontworpen bepaling te stellen als volgt:

“Deze regels zijn van toepassing niettegenstaande andersluidende wetsbepalingen.”

Artikel 164

Luidens de toelichting bij het artikel strekken de wijzigingen aangebracht in artikel 120 van de wet van 13 juni 2005 tot omzetting van bijlage VI, deel A, punt b), van het Wetboek, dat luidt als volgt:

“b) Kosteloze selectieve nummerblokkering bij uitgaand telefoonverkeer of Premium-SMS- of MMS-berichten of, waar technisch mogelijk, andere soorten van soortgelijke toepassingen, namelijk de faciliteit waarbij de eindgebruiker de aanbieder van spraakcommunicatiediensten of van nummergebaseerde interpersoonlijke communicatiediensten in het geval van artikel 115 kan verzoeken, uitgaande gesprekken of PremiumSMS-of MMS-berichten of andere soorten van soortgelijke toepassingen of uitgaande gesprekken naar bepaalde categorieën nummers kosteloos te blokkeren.”

In de voorliggende bepaling worden enkel de berichten, soortgelijke toepassingen en gesprekken “naar bepaalde categorieën nummers” beoogd, en niet die van “[een specifiek type]”, zoals vermeld in de Europeesrechtelijke bepaling die wordt omgezet.

De voorliggende bepaling moet dienovereenkomstig herzien en aangevuld worden.

Artikel 166

1. Artikel 166 van het voorontwerp strekt tot wijziging van artikel 121 van de wet van 13 juni 2005.

Het thans geldende artikel 121 bepaalt het volgende:

“§ 1. De Koning stelt, na advies van het Raadgevend Comité voor de telecommunicatie en het Instituut, de voorwaarden vast volgens dewelke het Instituut, gebruikmakend van internationale en nationale standaarden of internationaal aanvaarde en gebruikte goede praktijken door internationale of nationale organisaties actief op het vlak van standaardisatie of harmonisatie in de elektronische-communicatiesector, van de operatoren die openbare elektronische-communicatienetwerken of openbare telefoondiensten exploiteren, kan eisen dat zij de eindgebruikers de volgende extra faciliteiten ter beschikking stellen:

1° identificatie van de oproeplijn;

2° toonkiezen.

§ 2. Het is mogelijk dat de Koning de beschikbaarstelling van de in § 1 bedoelde extra faciliteiten op een deel van het grondgebied niet eist, indien Hij na advies van het Raadgevend Comité voor de telecommunicatie en het Instituut van oordeel is dat de toegang tot die extra faciliteiten toereikend is.

§ 3. De operatoren stellen de gegevens en signalen beschikbaar om het aanbieden van de in paragraaf 1 bedoelde faciliteiten op het grondgebied of een deel ervan mogelijk te maken en, voor zover technisch haalbaar, om het aanbod van deze faciliteiten over de grenzen van de lidstaten te vergemakkelijken.”

Artikel 166 van het voorontwerp strekt, enerzijds, tot aanvulling van paragraaf 1 van artikel 121 met een lid waarbij het BIPT gemachtigd wordt “van de operatoren [te] verlangen dat zij identificatie van de oproepende lijn of van het sms-/mms-bericht kosteloos ter beschikking stellen” en, anderzijds, tot regeling van meer technische aspecten in verband met die identificatie.

Het aldus in paragraaf 1 van artikel 121 ingevoegde lid strekt, deels, tot omzetting van bijlage VI, deel A, punt a), vijfde alinea, van het Wetboek, dat het volgende bepaalt:

“Nationale regelgevende instanties kunnen van de exploitanten verlangen dat zij identificatie van de oproepende lijn kosteloos ter beschikking stellen.”

In zoverre die bevoegdheid bij het Wetboek verleend wordt aan de regelgevende instanties, leveren de verordnungsbevoegdheden die bij het ontworpen lid verleend worden aan het BIPT, in het licht van de in algemene opmerking I in herinnering gebrachte beginselen, geen bezwaar op, ten minste wat de identificatie van de oproepende lijn betreft.

Daarentegen doen ze vragen rijzen wat de identificatie van de uitgaande SMS/MMS-lijn betreft.

Het begrip “oproep” wordt immers gedefinieerd in artikel 2, 31), van het Wetboek als “door middel van een voor het publiek beschikbare interpersoonlijke communicatiedienst tot stand gebrachte verbinding die tweewegsprakcommunicatie mogelijk maakt”. Daaruit volgt dat de identificatie van de oproepende lijn, in de zin van het Wetboek, geen betrekking heeft op de identificatie van de uitgaande SMS- of MMS-lijn.

De vraag rijst dus of in de ontworpen tekst ook voorzien mag worden in een mechanisme waarbij het verplicht wordt de uitgaande SMS- of MMS-lijn te identificeren en of daarbij aan het BIPT de bevoegdheid verleend mag worden om die identificatie op te leggen.

In dat verband dient het bepaalde van bijlage VI, deel A, van het Wetboek in overweging genomen te worden:

“Indien deel A op grond van artikel 88 wordt toegepast, is het van toepassing op consumenten en op andere categorieën eindgebruikers indien de lidstaten de begunstigten van artikel 88, lid 2, hebben uitgebreid.

Indien deel A op grond van artikel 115 wordt toegepast, is het van toepassing op de door de lidstaten bepaalde categorieën eindgebruikers, met uitzondering van de punten c), d) en g) van dit deel, die alleen van toepassing zijn op consumenten.”

Bovendien luidt artikel 88, lid 2, van het Wetboek als volgt:

“De lidstaten zorgen ervoor dat de in artikel 84 bedoelde aanbieders van een adequate breedbandinternettoegangsdienst en van spraakcommunicatiediensten die op grond van artikel 85 diensten leveren, de in deel A van bijlage VI genoemde specifieke faciliteiten en diensten aanbieden, naargelang toepasselijk, zodat consumenten uitgaven kunnen monitoren en controleren. De lidstaten zorgen ervoor dat die aanbieders een systeem opzetten om een ongegronde onderbreking van spraakcommunicatiediensten of van adequate breedbandinternettoegangsdiensten te voorkomen met betrekking tot consumenten zoals bedoeld in artikel 85, waaronder een passend mechanisme om na te gaan of zij nog steeds gebruik van de diensten wensen te maken.

De lidstaten kunnen het toepassingsgebied van dit lid uitbreiden tot eindgebruikers die micro-ondernemingen, kleine en middelgrote ondernemingen en organisaties zonder winstoogmerk zijn.”

Artikel 115, van het Wetboek, dat betrekking heeft op de rechten van de eindgebruikers, bepaalt dan weer:

“1. Onverminderd artikel 88, lid 2, zorgen de lidstaten ervoor dat de bevoegde instanties, zo nodig in overleg met de nationale regelgevende instanties, kunnen verlangen dat alle aanbieders van internettoegangsdiensten of voor het publiek beschikbare nummergebaseerde interpersoonlijke communicatiediensten, de in deel B van bijlage VI opgenomen extra faciliteiten geheel of gedeeltelijk gratis beschikbaar stellen voor zover dit technisch haalbaar is, evenals geheel of gedeeltelijk de in deel A van bijlage VI opgenomen extra faciliteiten.

2. Bij de toepassing van lid 1 kunnen de lidstaten verder gaan dan de lijst van extra faciliteiten in de delen A en B van bijlage VI om te zorgen voor een hoger niveau van consumentenbescherming.

3. Na de meningen van de belanghebbende partijen te hebben gehoord, kan een lidstaat besluiten op zijn gehele grondgebied of een gedeelte daarvan lid 1 niet toe te passen indien hij van oordeel is dat de toegang tot die faciliteiten toereikend is.”

Uit die bepalingen, en in het bijzonder uit artikel 115, lid 2, van het Wetboek, volgt dat de wetgever de lijst van diensten opgesomd in bijlage VI, deel A, van het Wetboek, mag uitbreiden “om te zorgen voor een hoger niveau van consumentenbescherming”.

A priori kan geoordeeld worden dat de uitbreiding van de identificatie van de lijn tot de SMS'en en MMS'en bijdraagt aan die doelstelling.

Op dat punt hebben de gemachtigden van de minister, op een vraag in verband met de beoogde uitbreiding, bovendien het volgende geantwoord:

“L’extension de l’identification de la ligne appelante aux SMS/MMS s’inscrit dans le cadre de l’accessibilité des services de communications électroniques aux personnes souffrant d’un handicap en réduisant l’écart avec la communication vocale classique.

Les services d’urgences sont accessibles aux sourds et malentendants ainsi qu’aux personnes à déficience vocale par le biais de messages textuels (LCE, art. 107, § 6, nouveau). Il est d’une importance fondamentale que, lorsque les services d’urgence communiquent avec ces personnes, ils puissent les identifier pour pouvoir rapidement et efficacement envoyer sur place l’aide nécessaire. En outre, pour les services d’urgence, une communication bidirectionnelle doit pouvoir être établie avec l’appelant en cas de nécessité d’informations complémentaires, ce qui n’est possible que si la ligne appelante a pu être préalablement identifiée.

Les messages SMS/MMS connaissent en outre une évolution vers le RTT (‘Real Time Texting’), qui ne fait plus seulement recours au texte mais également aux images (photos, graphiques, ...). Cette nouvelle forme de communication estompe donc les différences avec la communication vocale classique que, de surcroît, elle ‘enrichit’ d’images. Elle offre un intérêt tout particulier aux personnes sourdes ou malentendantes ainsi qu’aux les personnes à déficience vocale.

Outre son utilité sociétale, l’extension aux SMS/MMS peut juridiquement se justifier par une lecture combinée de l’article 115. 2 du Code et du dernier alinéa de son annexe VI, partie A, point a), l’intention du législateur étant d’accroître la protection des consommateurs souffrant d’une déficience auditive ou vocale.”

Daarentegen ligt het gevoeliger om positief te antwoorden op de vraag of het BIPT zelf de operatoren ertoe zou kunnen verplichten de uitgaande lijn van de SMS’en of MMS’en te identificeren.

Een gezamenlijke en ruime lezing van artikel 115, lid 2, van het Wetboek en van bijlage VI, deel A, punt a), vijfde alinea, ervan, zou grond kunnen bieden voor een dergelijke bevoegdheid in hoofde van het BIPT.

In zoverre het Wetboek, in het bijzonder artikel 115, lid 2, ervan, evenwel niet voorziet in een verplichting om de regelgevende instantie te betrekken bij het maken van aanvullingen van de lijst van de diensten opgesomd in bijlage VI, deel A, van het Wetboek, maar alleen de “de lidstaten” beoogt, staat het niet vast dat ervan uitgegaan mag worden dat het Europees recht, ten aanzien van de in algemene opmerking I in herinnering gebrachte beginselen, het verlenen van een dergelijke bevoegdheid aan het BIPT zou kunnen rechtvaardigen, welke bevoegdheid, overigens, geen regel van bijkomstige aard of louter technische regel vormt.

Het verdient dus aanbeveling niet het BIPT maar wel de Koning te machtigen te voorzien in die uitbreiding, in voorkomend geval, op eigen initiatief en op advies van het BIPT of op voorstel van het BIPT.

2. De Gegevensbeschermingsautoriteit merkt in haar advies 44/2021 van 2 april 2021 over het voorliggende voorontwerp het volgende op in verband met artikel 166, 2°, van het voorontwerp:

“24. Artikel 166, 2° van het ontwerp vult artikel 121 WEC [aan] met de paragrafen 4 – 6 luidende:

‘§ 4. Het is verboden de identificatie van de oproepende lijn of de afzender in geval van een sms-/mms-bericht te veranderen met de intentie de opgeroepene of de ontvanger van dit sms-/mms-bericht schade toe te brengen of te bedriegen.

De identificatie van de oproepende lijn of van de afzender in geval van een sms-/mms-bericht, die bij een nummergebaseerde elektronische communicatie wordt geleverd moet:

1° ongewijzigd worden doorgegeven aan de opgeroepene of de ontvanger in geval van een sms-/mms-bericht;

2° een geldig telefoonnummer bevatten dat de oproepende verbinding of persoon of de afzender in geval van een sms-/mms-bericht op unieke wijze identificeert.

§ 5. Het Instituut bepaalt de nadere regels inzake de presentatie, het formaat en het doorgeven van de identificatie van de oproepende lijn of van de afzender in geval van een sms-/mms-bericht aan de aanbieders van elektronische-communicatienetwerken en -diensten betrokken in het afwikkelen van nummergebaseerde elektronische communicatie met als doel een zo hoog mogelijke betrouwbaarheid.

Voor oproepen of sms-/mms-berichten die buiten het Belgische grondgebied vertrekken moet het Instituut, indien het telefoonnummer niet kan worden [ver]trouwd, maatregelen opleggen aan de operatoren van elektronische-communicatienetwerken en -diensten via een besluit en dit zover technisch haalbaar om de opgeroepene of ontvanger in geval van een sms-/mms-bericht hiervan te informeren of de presentatie van het telefoonnummer te verhinderen.

§ 6. Het Instituut bepaalt welke telefoonnummers nooit mogen worden getoond als identificatie van de oproepende lijn of afzender in geval van een sms-/mms-bericht.’

25. In die zin volgt uit de memorie van toelichting bij het ontwerp dat ‘de identificatie van de oproepende lijn (Calling Line Identification (CLI)) -gegevens bestaan uit een telefoonnummer dat de aansluiting van de beller identificeert samen met een privacymarkering, die aangeeft of het nummer kan worden getoond aan de ontvanger van de oproep. Het kan de ontvanger van een oproep informatie geven over de persoon die de oproep doet maar deze gegevens kunnen ook worden gebruikt om het terugbellen te vergemakkelijken, de bronnen van hinderlijke oproepen te identificeren of als referentie om de beller in noodsituaties te identificeren. Deze faciliteit is reeds ruime tijd geleden geïntroduceerd in België door de aanbieders van elektronischecomunicatienetwerken en -diensten.’

De aanvrager vervolgt: ‘Om de voordelen van deze faciliteit ten volle te benutten, moeten de identificatie van de oproepende lijn-gegevens geldig zijn en ongewijzigd worden doorgegeven aan de opgeroepene. Daarnaast wordt meer en meer vastgesteld dat partijen bewust de identificatie van de oproepende lijn wijzigen om fraude en misbruik te vergemakkelijken. Daarom moet worden vermeden dat oproepen met ongeldige of niet-aankiesbare identificatie van de oproepende lijn worden verbonden met de opgeroepene.’

26. Inzake de identificatie van de oproepende lijn volgt uit bijlage VI, deel B, a) van het Wetboek dat: 'Deze faciliteit wordt ter beschikking gesteld overeenkomstig het relevante recht inzake de bescherming van persoonsgegevens en de persoonlijke levenssfeer, met name Richtlijn 2002/58/EG (hierna: E-privacy richtlijn).'

27. Overeenkomstig artikel 8, 1e lid E-privacy richtlijn moet 'de dienstenaanbieder de oproepende gebruiker de mogelijkheid bieden op eenvoudige, kosteloze wijze en voor iedere oproep afzonderlijk te verhinderen dat het oproepende nummer wordt weergegeven.'

Artikel 10, onder a) E-privacy richtlijn bepaalt verder dat de uitschakeling van de weergave van de identificatie van het oproepende nummer slechts mogelijk is op tijdelijke basis, op verzoek van een abonnee die kwaadwillige of hinderlijke oproepen wil traceren. In dat geval worden de identificatiegegevens van de oproepende abonnee overeenkomstig de nationale wetgeving opgeslagen en beschikbaar gesteld door de aanbieder van een openbaar communicatienetwerk en/of van een openbare elektronische-communicatiedienst.⁵⁶

28. In de mate dat het ontworpen artikel 121, §4 WEC een algemeen verbod op de uitschakeling van de weergave van de identificatie van het oproepende nummer introduceert, schendt het de artikelen 8, 1e lid j° 10, onder a) E-privacy richtlijn en dient het geschrapt, dan wel herschreven te worden."

Onder voorbehoud van opmerking 1 hierboven in verband met de SMS'en en de MMS'en, moet de bepaling dienovereenkomstig herzien worden.

Artikel 174

In de wijziging die aangebracht zou worden in artikel 133/1 van de wet van 13 juni 2005, zou niet meer verwezen worden naar artikel 113 van die wet, en dat terwijl de inhoud van het ontworpen artikel 113 (artikel 156 van het voorontwerp) vergelijkbaar is met die van het van kracht zijnde artikel 113.

In de toelichting bij het artikel wordt geen verantwoording gegeven voor die weglating.

Rijst dus de vraag of ze niet aan een vergissing te wijten is.

De voorliggende bepaling moet herzien worden in het licht van die opmerking.

⁵⁶ Voetnoot 10 van het geciteerde advies : Zie daartoe tevens overweging (34) van de E-privacy richtlijn: Met betrekking tot de identificatie van de oproepende lijn is het noodzakelijk het recht van de oproeper om de weergave van de identificatie van het oproepende nummer te blokkeren en het recht van de opgeroepene om niet geïdentificeerde oproepen te weigeren, te beschermen. Het is gerechtvaardigd om in specifieke gevallen de uitschakeling van de identificatie van het oproepende nummer op te heffen.

Artikel 179

1. Zoals paragraaf 1 van artikel 137 van de wet van 13 juni 2005 gewijzigd wordt bij de voorliggende bepaling, zal die te algemeen zijn en zal die niet artikel 20, lid 1, van het Wetboek weergeven, met name wat de beperkingen betreft die daarbij ingesteld worden, inzonderheid het feit dat het bij de bepaling van Europees recht alleen toegelaten is om informatie te vragen aan “relevante ondernemingen die actief zijn in de sector elektronische communicatie of in nauw verbonden sectoren” wanneer de informatie die gevraagd wordt aan ondernemingen die elektronischecommunicatienetwerken en -diensten, bijbehorende faciliteiten, of bijbehorende diensten aanbieden, niet volstaat.

De ontworpen tekst moet herzien en aangevuld worden in het licht van die opmerking.

2. Artikel 21, lid 1, b) en h), van het Wetboek wordt niet correct omgezet bij paragraaf 3, eerste lid, 2° en 8°.

Die bepalingen moeten aldus herzien en aangevuld worden dat dat euvel verholpen wordt.

Artikel 189

In de Franse tekst van punt 2°, tweede regel, moet één van de twee vermeldingen van het woord “service” weggelaten worden.

Zo ook moet in dat punt 2° het woord “finals” vervangen worden door het woord “finaux”.

Artikel 192

In punt 1° van de ontworpen paragraaf 1, eerste lid, moeten de woorden “werd vastgesteld” vervangen worden door de woorden “kon worden vastgesteld”.

Artikel 216

Artikel 25, § 2, van de wet van 1 juli 2011 ‘betreffende de beveiliging en de bescherming van de kritieke infrastructuren’ bepaalt het volgende:

“De Koning kan, voor een bepaalde sector of deelsector, de inspectiedienst toelaten zich een kopie te laten overmaken van het B.P.E. en van alle bescheiden, documenten en andere informatiebronnen die deze dienst nodig acht voor de uitoefening van zijn opdracht. De Koning kan ook de nadere regels vaststellen volgens dewelke de kopie wordt overgemaakt aan deze dienst.”

Bij artikel 216 van het voorontwerp wordt een tweede lid ingevoegd in die paragraaf, dat bepaalt dat het eerste lid niet van toepassing is op de sectoren elektronische communicatie en digitale infrastructuren.

In de toelichting bij het artikel staat daarover het volgende:

“Deze bepaling maakt het artikel 25, § 2, van de EPCIP-wet ontoepasselijk in de sector van de elektronische communicatie en digitale infrastructuren aangezien die bepaling geen nut heeft in deze sector.

Krachtens artikel 9 van het koninklijk besluit van 27 mei 2014 houdende uitvoering in de sector elektronische communicatie van artikel 13 van de EPCIP-wet moet immers reeds een kopie van het beveiligingsplan van de exploitant (BPE) en de wijzigingen ervan worden verstuurd. Het BIPT moet dat BPE dus niet meer vragen om zijn functie van inspectiedienst uit te oefenen.

Voor de andere documenten buiten het B.P.E. riskeert dat artikel 25, § 2 van de EPCIP-wet in conflict te raken met artikel 14, § 2, van de statuutwet, krachtens hetwelk “het BIPT van elke betrokken persoon op gemotiveerde wijze alle nuttige informatie kan opvragen”, zonder dat er een koninklijk besluit moet worden aangenomen.”

In het licht van die verantwoording geeft de voorliggende bepaling aanleiding tot de volgende opmerkingen.

Vooreerst dient opgemerkt te worden dat artikel 9 van het koninklijk besluit van 27 mei 2014 ‘tot uitvoering in de sector elektronische communicatie van artikel 13 van de wet van 1 juli 2011 betreffende de beveiliging en de bescherming van de kritieke infrastructuren’ niet bepaalt dat het BPE meegedeeld wordt aan de sectorale overheid. Het voorziet enkel in de mededeling aan die overheid van de wijzigingen in het BPE.

Vervolgens moeten die wijzigingen verstuurd worden naar de sectorale overheid en niet naar de inspectiedienst. Krachtens artikel 3, 3°, e), van de wet van 1 juli 2011 is de sectorale overheid op dat vlak weliswaar het BIPT, dat ook de inspectiedienst zal zijn, krachtens het ontworpen artikel 24, § 2, tweede lid, van de wet van 1 juli 2011 (artikel 215 van het voorontwerp). Dat neemt niet weg dat die verschillende hoedanigheden van het BIPT aanleiding kunnen geven tot verwarring, en dat het gewoonweg niet toepasselijk maken van het, van kracht zijnde, artikel 25, § 2, van de wet van 1 juli 2011 op de sectoren elektronische communicatie en digitale infrastructuur, zoals beoogd bij de voorliggende bepaling, strikt geïnterpreteerd, tot gevolg zou kunnen hebben dat het BIPT, in de hoedanigheid van inspectiedienst, niet langer de mededeling van het BPE zou kunnen eisen.

Om dat euvel te verhelpen, zou het aanbeveling verdienen artikel 14, § 2, van de wet van 17 januari 2003 aldus te wijzigen dat daarin bepaald wordt dat het BIPT, in de hoedanigheid van inspectiedienst, op elk moment de mededeling van het BPE kan eisen, in afwijking van artikel 25, § 2, van de wet van 1 juli 2011.

In ieder geval moet de steller van het voorontwerp het afwijkend stelsel dat aldus ingesteld zou worden in de sector in kwestie, op redelijke wijze kunnen verantwoorden.

De voorliggende bepaling moet herzien worden in het licht van die opmerking.

Artikel 235

De voorliggende bepaling strekt tot vervanging van artikel 48 van de wet van 5 mei 2017 ‘betreffende de audiovisuele mediadiensten in het tweetalig gebied Brussel-Hoofdstad’.

In de toelichting bij het artikel wordt verwezen naar de toelichting bij artikel 102 van het voorontwerp (ontworpen artikel 59 van de wet van 13 juni 2005).

Die twee bepalingen, die strekken tot omzetting van artikel 69 van het Wetboek, zijn immers vergelijkbaar.

Het ontworpen artikel 59 van de wet van 13 juni 2005 bevat evenwel zes paragrafen, waarvan de laatste twee, die betrekking hebben op de wijziging van de referentieaanbiedingen door de auteurs ervan en op de terbeschikkingstelling van die referentieaanbiedingen via websites, overeenstemmen met de paragrafen 6 en 7 van het, van kracht zijnde, artikel 59 alsook met de paragrafen 6 tot 8 van het, van kracht zijnde, artikel 48 van de wet van 5 mei 2017.

De vraag rijst dus waarom het ontworpen artikel 48 van de wet van 5 mei 2017 geen paragraaf 5 en 6 bevat, vergelijkbaar met die in het ontworpen artikel 59 van de wet van 13 juni 2005, welke paragrafen 5 en 6 overigens niet essentieel lijken te zijn voor de omzetting van artikel 69 van het Wetboek.

De twee bepalingen moeten herzien worden in het licht van de bovenstaande opmerking.

Artikel 242

1. Om te zorgen voor een correcte omzetting van artikel 77, lid 2, van het Wetboek, dient in het ontworpen artikel 53, § 2, inleidende zin, van de wet van 5 mei 2017, het woord “voorstel” vervangen te worden door het woord “verzoek”.⁵⁷

De voorliggende bepaling moet dienovereenkomstig aangevuld worden.

⁵⁷ Vergelijk met de wijziging die bij artikel 110, 2°, a), van het voorontwerp aangebracht wordt in artikel 65/1 van de wet van 13 juni 2005.

2. In de Franse tekst van de wijziging die bij artikel 242, 2°, b), aangebracht wordt in artikel 53 van de wet van 5 mei 2017, moeten de woorden “, notamment en ce qui concerne” weggelaten worden.

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Martine BAGUET