



CONSEIL D'ÉTAT
section de législation

RAAD VAN STATE
afdeling Wetgeving

avis 69.768/4
du 4 octobre 2021

advies 69.768/4
van 4 oktober 2021

sur

over

un projet d'arrêté royal
'concernant l'accès
radioélectrique dans la bande
3400-3800 MHz'

een ontwerp van koninklijk
besluit 'betreffende
radiotoegang in de
3400-3800 MHz-band'

Le 1^{er} juillet 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 projet d'arrêté royal 'concernant l'accès radioélectrique dans la bande 3400-3800 MHz'.

Le projet a été examiné par la quatrième chambre le 4 octobre 2021. La chambre était composée de Martine BAGUET, président de chambre, Luc CAMBIER et Bernard BLERO, conseillers d'État, et Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, greffier.

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

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 4 octobre 2021.

*

Op 1 juli 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 ontwerp van koninklijk besluit 'betreffende radiotoegang in de 3400-3800 MHz-band'.

Het ontwerp is door de vierde kamer onderzocht op 4 oktober 2021. De kamer was samengesteld uit Martine BAGUET, kamervoorzitter, Luc CAMBIER en Bernard BLERO, staatsraden, en Anne-Catherine VAN GEERSDAELE, griffier.

Het verslag is uitgebracht door Anne VAGMAN, eerste auditeur-afdelingshoofd.

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 4 oktober 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 du projet, à la compétence de l'auteur de l'acte ainsi qu'à l'accomplissement des formalités préalables, conformément à l'article 84, § 3, des lois coordonnées précitées.

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

OBSERVATION PRÉALABLE

Le projet d'arrêté soumis à la section de législation présente des caractéristiques techniques extrêmement complexes.

Le régime qu'il entend modifier ou mettre en place doit pouvoir faire l'objet de justifications raisonnables tant dans les différences de traitement qu'il entraîne le cas échéant entre les différents intervenants concernés ou susceptibles de l'être, qu'à l'égard des conditions auxquelles l'intervention du Roi est subordonnée au regard tant des articles 18 et suivants de la loi du 13 juin 2005 'relative aux communications électroniques', que du cadre européen pertinent en la matière.

À défaut d'une connaissance particulière des situations de fait auxquelles se rapporte le projet d'arrêté et d'une expertise spécifique relative aux aspects scientifiques, techniques et économiques à prendre en considération, la section de législation n'est pas en mesure de et n'a pas vocation à apprécier, dans toutes leurs mesures et nuances les éléments invoqués dans le rapport au Roi ou plus généralement, dans les autres pièces du dossier qui lui a été communiqué.

C'est sous cette réserve que sont formulées les observations qui suivent.

FORMALITÉS PRÉALABLES

Il ressort du dossier transmis à la section de législation que l'analyse d'impact du projet réalisée en vertu des articles 6 et 7 de la loi du 15 décembre 2013 'portant des dispositions diverses en matière de simplification administrative' a été réalisée le 2 février 2018.

Comme la section de législation l'a déjà souligné, l'accomplissement d'une formalité préalable à une date de loin antérieure à la saisine de la section de législation ne constitue pas en soi une difficulté.

Elle peut toutefois poser problème lorsque, entre l'accomplissement de la formalité et la saisine de la section de législation et à fortiori de l'adoption du texte projeté, les circonstances de droit ou de fait ont changé ou présentent le risque de s'être modifiées.

Tel est le cas en l'espèce.

D'une part, dans un secteur où la technologie évolue de manière extrêmement rapide, la question se pose de savoir si les observations formulées à l'occasion d'une consultation

publique réalisée trois ans avant la saisine de la section de législation demeurent d'actualité, et si, le texte en projet n'appellerait pas d'autres observations que celles formulées il y a trois ans.

D'autre part, le cadre juridique a subi des modifications profondes entre le moment où la consultation publique a été réalisée et la saisine de la section de législation. Ainsi, l'ensemble du cadre juridique européen en matière de communications électroniques, tel que défini par les directives, a été remplacé par 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 a abrogé les directives 2002/19/CE ¹, 2002/20/CE ², 2002/21/CE ³ et 2002/22/CE ⁴, avec effet au 21 décembre 2020, les États membres étant pour leur part tenus de procéder à la transposition du Code pour le 21 décembre 2020, en vertu des articles 124 et 125 de celui-ci. Or, comme exposé ci-après à l'observation générale 1, les modifications apportées au cadre réglementaire européen sont loin d'être sans incidence, spécialement en ce qui concerne les droits d'utilisation du spectre radioélectrique.

Au regard du contexte ainsi décrit, il convient de réaliser une nouvelle analyse d'impact.

OBSERVATIONS GÉNÉRALES

CADRE JURIDIQUE ET FONDEMENT LÉGAL

1. L'arrêté en projet se situe dans un cadre plus général de réglementation des procédures et conditions d'octroi des autorisations du spectre radioélectrique conformément à la loi du 13 juin 2005.

À ce titre, des demandes d'avis portant sur cinq projets d'arrêtés royaux ont été introduites simultanément auprès de la section de législation.

¹ Directive 2002/19/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 'relative à l'accès aux réseaux de communications électroniques et aux ressources associées, ainsi qu'à leur interconnexion (directive « accès »)'.

² Directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 'relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive « autorisation »)'.

³ Directive 2002/21/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 'relative à un cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques (directive « cadre »)'.

⁴ Directive 2002/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 'concernant le service universel et les droits des utilisateurs au regard des réseaux et services de communications électroniques (directive « service universel »)'.

Il s'agit des projets suivants :

– projet d'arrêté royal « modifiant l'arrêté royal du 18 janvier 2001 fixant le cahier des charges et la procédure relative à l'octroi d'autorisations pour les systèmes de télécommunications mobiles de la troisième génération et l'arrêté royal du 22 décembre 2010 concernant l'accès radioélectrique dans la bande de fréquences 2500-2690 MHz » (sur lequel la section de législation a donné ce jour l'avis n° 69.766/4) ;

– projet d'arrêté royal « concernant l'accès radioélectrique dans la bande de fréquences 1427-1517 MHz » (sur lequel la section de législation a donné ce jour l'avis n° 69.767/4) ;

– projet d'arrêté royal « concernant l'accès radioélectrique dans la bande 3400-3800 MHz » (sur lequel la section de législation a donné ce jour le présent avis) ;

– projet d'arrêté royal « concernant l'accès radioélectrique dans la bande de fréquences 700 MHz » (sur lequel la section de législation a donné ce jour l'avis n° 69.769/4) ;

– projet d'arrêté royal « concernant l'accès radioélectrique dans les bandes de fréquences 900 MHz, 1800 MHz et 2 GHz » (sur lequel la section de législation a donné ce jour l'avis n° 69.770/4).

Dans toutes les bandes de fréquences concernées, l'octroi des droits d'utilisation n'est pas défini dans le cadre des conditions d'une « autorisation générale », c'est-à-dire, pour reprendre la définition de cette notion à l'article 2, 22), du Code, « un cadre juridique mis en place par [l'autorité], 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 [...] », mais dans un système où ces droits sont conférés à la suite de procédures de candidatures et de mises aux enchères, aboutissant à la délivrance d'autorisations individuelles octroyées aux opérateurs.

Les arrêtés en projet entendent tous se fonder sur les dispositions en vigueur de la loi du 13 juin 2005, spécialement et selon le cas, ses articles 13, 13/1, 18, 20, 29, 30 et 51.

Cette loi vise à transposer les directives 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE, 2002/22/CE et 2002/58/CE⁵, qui constituaient, jusqu'à récemment, le cadre juridique européen en matière de communications électroniques.

⁵ Directive 2002/58/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 juillet 2002 'concernant le traitement des données à caractère personnel et la protection de la vie privée dans le secteur des communications électroniques (directive vie privée et communications électroniques)'.

À ce propos, il y a lieu d'avoir égard plus spécialement à la directive 2002/20/CE du Parlement européen et du Conseil du 7 mars 2002 'relative à l'autorisation de réseaux et de services de communications électroniques (directive 'autorisation')', dont l'article 5, paragraphe 1, qui avait trait aux droits d'utilisation des radiofréquences et des numéros, était rédigé comme suit :

« Lorsque cela est possible, notamment lorsque le risque de brouillage préjudiciable est négligeable, les États membres ne soumettent pas l'utilisation des radiofréquences à l'octroi de droits individuels d'utilisation, mais incluent les conditions d'utilisation de ces radiofréquences dans l'autorisation générale ».

2. Comme mentionné plus haut, le Code a abrogé les directives 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/22/CE, avec effet au 21 décembre 2020, les États membres étant tenus de procéder à la transposition du Code pour le 21 décembre 2020.

Sur ce point, il convient de souligner que le Code, quel que soit son intitulé, n'est nullement une codification à droit constant des directives abrogées. Ainsi, si certaines dispositions qui figuraient dans ces directives ont été reprises telles quelles ou presque dans le Code, ce dernier comporte diverses modifications ou ajouts, qui ne sont pas de simple détail ou de pure forme.

Pour ne prendre qu'un exemple, l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2002/20/CE n'a pas été repris en tant que tel dans le Code. Son pendant est à trouver dans l'article 46, paragraphe 1, du Code, qui prévoit :

« Les États membres facilitent l'utilisation du spectre radioélectrique, y compris son utilisation partagée, dans le cadre d'autorisations générales et limitent l'octroi de droits d'utilisation individuels du spectre radioélectrique aux situations dans lesquelles de tels droits sont nécessaires pour maximiser l'efficacité de cette utilisation en fonction de la demande et en tenant compte des critères énoncés au deuxième alinéa. Dans tous les autres cas, ils établissent les conditions d'utilisation du spectre radioélectrique dans une autorisation générale.

À cette fin, les États membres déterminent le régime d'autorisation le plus approprié pour l'utilisation du spectre radioélectrique en tenant compte :

- a) des caractéristiques spécifiques du spectre radioélectrique concerné ;
- b) de la nécessité d'assurer la protection contre le brouillage préjudiciable ;
- c) du développement de conditions de partage du spectre radioélectrique fiables, le cas échéant ;
- d) de la nécessité d'assurer la qualité technique des communications ou du service ;
- e) des objectifs d'intérêt général fixés par les États membres conformément au droit de l'Union ;
- f) de la nécessité de préserver l'utilisation efficace du spectre radioélectrique.

Lorsqu'ils examinent s'il y a lieu de délivrer des autorisations générales ou d'octroyer des droits d'utilisation individuels du spectre radioélectrique harmonisé, en tenant compte des mesures techniques d'application adoptées conformément à l'article 4 de la décision n° 676/2002/CE, les États membres s'efforcent de réduire au minimum les problèmes de brouillage préjudiciable, y compris dans les cas d'utilisation partagée du spectre radioélectrique fondée sur la combinaison d'une autorisation générale et de droits d'utilisation individuels.

Le cas échéant, les États membres examinent la possibilité d'autoriser l'utilisation du spectre radioélectrique fondée sur la combinaison d'une autorisation générale et de droits d'utilisation individuels, compte tenu des effets probables de différentes combinaisons d'autorisations générales et de droits d'utilisation individuels ainsi que du passage progressif d'une catégorie à l'autre sur la concurrence, l'innovation et l'entrée sur le marché.

Les États membres s'efforcent de réduire au minimum les restrictions d'utilisation du spectre radioélectrique en tenant dûment compte de solutions technologiques pour la gestion des brouillages préjudiciables, afin d'imposer le régime d'autorisation le moins onéreux possible ».

3. La comparaison entre l'article 5, paragraphe 1, de la directive 2002/20/CE et l'article 46, paragraphe 1, du Code, révèle un changement dans la conception du cadre et de la philosophie juridiques en matière d'attribution de droits d'utilisation de radiofréquences.

Alors que la directive 2002/20/CE envisageait que les États membres ne soumettent pas l'attribution des droits d'utilisation du spectre radioélectrique à des autorisations individuelles « lorsque cela était possible », le Code impose aux États membres de faciliter l'utilisation du spectre radioélectrique, y compris son utilisation partagée, dans le cadre d'autorisations générales et de limiter l'octroi de droits d'utilisation individuels aux seules situations dans lesquelles de tels droits sont nécessaires pour maximiser l'efficacité de cette utilisation en fonction de la demande et en tenant compte des critères énoncés par le Code, et ce en examinant préalablement la possibilité de combiner autorisation générale et droits d'utilisation individuels tout en s'efforçant de réduire au minimum les restrictions d'utilisation du spectre radioélectrique en tenant dûment compte de solutions technologiques pour la gestion des brouillages préjudiciables, afin d'imposer le régime d'autorisation le moins onéreux possible.

Il s'ensuit que désormais, avant de recourir à un régime d'autorisations individuelles, les États membres doivent se livrer à une analyse, sur la base de différents critères, et doivent être à même de démontrer de manière approfondie et détaillée la nécessité de recourir à un tel régime.

4. Le 10 juin 2021, la section de législation a donné l'avis n° 69.166/4 sur un avant-projet de loi « portant transposition du code des communications électroniques européen et modification de diverses dispositions en matière de communications électroniques ».

Cet avant-projet qui, comme son intitulé l'indique, entend assurer la transposition du Code, n'a pas encore été déposé sur le bureau de la Chambre des représentants.

Concernant les dispositions des cinq projets d'arrêtés soumis pour avis, la section de législation relève que les articles 48, 49, 54 et 59 de cet avant-projet de loi envisagent

respectivement de modifier, dans une large mesure, les articles 13, 13/1, 18 et 20, de la loi du 13 juin 2005, tandis que les articles 74 et 92 du même avant-projet entendent modifier dans une moindre mesure les articles 30 et 51 de la même loi.

Par ailleurs, il convient d'avoir égard, en particulier, à l'article 50 de cet avant-projet, qui se donne pour objet d'insérer dans la loi du 13 juin 2005 une disposition nouvelle, étant l'article 13/2, lequel entend transposer l'article 46 du Code et, à ce titre, reprend largement le texte de cette disposition.

5. Il en résulte que les cinq projets d'arrêtés qui sont soumis pour avis à la section de législation se donnent pour fondement juridique des dispositions législatives qui sont appelées à être modifiées dans une large mesure.

Ces modifications revêtent une importance fondamentale et devraient en principe intervenir dans un avenir très proche, puisqu'elles visent à transposer une directive dont le délai de transposition a été fixé au 20 décembre 2020.

Dans un tel contexte, s'il n'appartient pas, à ce stade, à la section de législation d'examiner la conformité des dispositions en projet aux futures dispositions législatives qui seraient adoptées en vue de transposer le Code, il convient néanmoins d'attirer l'attention de leurs auteurs sur les risques juridiques qui sont attachés à un procédé consistant à adopter des dispositions réglementaires qui procurent exécution à des dispositions législatives appelées à être modifiées incessamment en vue de faire écho à des normes de droit européen dont le délai de transposition est expiré.

OBSERVATIONS PARTICULIÈRES

PRÉAMBULE

1. À l'alinéa 1^{er}, l'article 13 de la loi du 13 juin 2005 ne procure pas de fondement juridique à l'arrêté en projet ou l'une de ses dispositions. Cet article ne sera dès lors pas mentionné.

Au même alinéa, il y a lieu de mentionner également la modification apportée à l'article 18, § 1^{er}, de la loi du 13 juin 2005, par la loi du 31 juillet 2017, ainsi que les modifications apportées à l'article 30 de la même loi par les lois du 27 mars 2014 et du 27 juin 2021. Le préambule sera complété en conséquence.

2. À l'alinéa 6, il convient de mentionner les avis donnés par l'Institut belge des services postaux et des télécommunications (ci-après « l'IBPT »), sur le texte en projet, le 7 janvier et le 12 mai 2021.

3. Il ressort des informations communiquées par la déléguée de la Ministre que l'IBPT a soumis le texte en projet à une nouvelle consultation publique qui s'est tenue du 16 juillet au 31 août 2021.

L'alinéa 7 mentionnera également cette consultation.

4. Le Comité de concertation a donné son accord sur le texte en projet le 26 mai 2021.

L'alinéa 8 sera complété aux fins de mentionner cette date et de viser non pas la « consultation » mais « l'accord » du Comité.

DISPOSITIF

Article 4

Aux fins de mieux définir l'habilitation conférée à l'IBPT par le paragraphe 4 de la disposition à l'examen et garantir sa conformité avec l'article 13 de la loi du 13 juin 2005, ainsi qu'avec l'article 3 du Code, spécialement son paragraphe 2.c), évoqués dans le rapport au Roi, il convient de compléter ce paragraphe aux fins de mentionner que l'habilitation conférée à l'IBPT doit être mise en œuvre en vue de favoriser l'utilisation efficace, efficiente et coordonnée du spectre radioélectrique.

Article 8

L'article 8 entend permettre à l'IBPT d'autoriser des opérateurs à partager des droits d'utilisation pour des fréquences. Cette disposition fixe les conditions et la procédure relatives à cette autorisation.

La section de législation n'aperçoit pas quel pourrait être le fondement juridique du système d'autorisation de partage ainsi mis en place.

Plus spécialement, l'article 18, § 1^{er}, de la loi du 13 juin 2005 dispose comme suit :

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

1° le service ou la technologie concernée, pour lesquels les droits d'utilisation de la radiofréquence sont accordés, y compris, le cas échéant, les exigences de couverture et de qualité ;

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

3° [...] ;

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

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

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

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

8° [...] ;

9° [...] ;

10° le cas échéant, les conditions d'indemnisation des précédents utilisateurs de la bande de fréquences concernée ».

Il s'ensuit que les conditions d'obtention et d'exercice des droits d'utilisation que le Roi peut fixer sont limitées aux seuls objets ainsi énumérés, lesquels ne comportent pas les conditions de partage des droits d'utilisation.

Il convient par ailleurs de relever que si la cession et la location de droits d'utilisation sont expressément visés par l'article 19 de la même loi, le partage de droits d'utilisation n'y est pas visé.

Enfin, comme mentionné ci-avant, la section de législation a été saisie récemment d'un avant-projet de loi « portant transposition du code des communications électroniques européen et modification de diverses dispositions en matière de communications électroniques », sur lequel elle a donné l'avis n° 69.166/4 le 10 juin 2021.

L'article 54 de cet avant-projet entend remplacer l'article 18, § 1^{er}, de la loi du 13 juin 2005 par une disposition nouvelle dont l'alinéa 3 est similaire à l'alinéa 1^{er} de l'article 18, § 1^{er}, en vigueur.

À la différence de celui-ci, la disposition en projet, appelée à former l'article 18, § 1^{er}, alinéa 3, telle qu'elle figure dans l'avant-projet examiné dans l'avis n° 69.166/4, mentionne expressément, parmi les seuls objets sur lesquels peuvent porter les conditions d'exercice des droits d'utilisation du spectre radioélectrique à fixer par le Roi,

« 7° l'obligation de mettre en commun ou de partager le spectre radioélectrique ou de permettre à d'autres utilisateurs d'accéder au spectre radioélectrique dans des régions spécifiques ou au niveau national »⁶.

Cet objet constitue une innovation par rapport à l'article 18, § 1^{er}, en vigueur. Par ailleurs, il concerne non pas le partage des droits d'utilisation à l'initiative des opérateurs mais l'obligation de mettre en commun ou de partager le spectre.

Dans le contexte ainsi exposé, à défaut d'habilitation expresse donnée au Roi par l'article 18 de la loi du 13 juin 2005 en vue de régler les conditions de partage entre opérateurs des droits d'utilisation pour des fréquences radioélectriques, la section de législation n'aperçoit pas quel pourrait être le fondement juridique de l'article 8.

Article 9

⁶ Le partage des droits d'utilisation est également visé aux articles 2, 33/4° (article 32, 25°, de l'avant-projet examiné dans l'avis n° 69.166/4), et 13/2 (article 50 de l'avant-projet examiné dans l'avis n° 69.166/4), qui ne confèrent toutefois pas d'habilitation au Roi.

1. L'article 9 a trait au montant et à certaines modalités de la redevance annuelle « de mise à disposition des fréquences » qui sera due par les opérateurs à qui auront été octroyés des droits d'utilisation.

L'objet exact de ce qu'entend couvrir cette redevance n'est pas précisé dans la disposition à l'examen.

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

Ceci étant précisé, il convient de ne pas perdre de vue trois éléments :

1° En droit interne, il convient de rappeler que, comme la section de législation l'a déjà observé, la redevance (en néerlandais « retributie ») se définit comme étant une rétribution financière d'un service accompli par l'autorité en faveur du redevable considéré individuellement. En outre, il doit exister une proportion raisonnable entre, d'une part, la valeur du service fourni et, d'autre part, la redevance exigée; à défaut de pareille proportion, la redevance perd son caractère de rétribution pour revêtir un caractère fiscal ⁷.

2° L'article 30 de la loi du 13 juin 2005, ainsi que la disposition à l'examen, mettent en œuvre la possibilité conférée aux États membres par l'article 42 ⁸ du Code.

L'article 42 du Code, intitulé « Redevances pour les droits d'utilisation du spectre radioélectrique et les droits de mettre en place des ressources », dispose comme suit :

« 1. Les États membres peuvent permettre à l'autorité compétente de soumettre à une redevance les droits d'utilisation du spectre radioélectrique ou les droits de mettre en place sur, au-dessus ou au-dessous des propriétés publiques ou privées, des ressources qui sont utilisées pour la fourniture de réseaux ou de services de communications électroniques et des ressources associées, afin d'assurer une utilisation optimale de ces ressources. Les États membres font en sorte que ces redevances soient objectivement justifiées, transparentes, non discriminatoires et proportionnées eu égard à la finalité pour laquelle elles sont destinées et tiennent compte des objectifs généraux de la présente directive.

2. En ce qui concerne les droits d'utilisation du spectre radioélectrique, les États membres s'efforcent de veiller à ce que les redevances applicables soient fixées à un niveau

⁷ Sur la notion de redevance, voir notamment l'avis n° 37.844/3 donné le 1^{er} février 2005 sur un projet devenu l'arrêté royal du 10 août 2005 'modifiant l'arrêté royal du 20 juillet 1993 fixant le montant des rétributions visées à l'article 13bis de la loi du 25 mars 1964 sur les médicaments', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/37844.pdf> ; l'avis n° 37.295/4 donné le 28 juin 2004 sur un avant-projet devenu la loi du 13 juin 2005 'relatives aux communications électroniques', *Doc. parl.*, Chambre, 2004-2005, n° 51 1425/1 et 1426/1, pp. 227-228, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/37295.pdf> et l'avis n° 47.625/4 donné le 24 février 2010 sur un avant-projet devenu la loi du 13 décembre 2010 'modifiant la loi du 21 mars 1991 portant réforme de certaines entreprises publiques économiques, la loi du 17 janvier 2003 relative au statut du régulateur des secteurs des postes et des télécommunications belges et modifiant la loi du 9 juillet 2001 fixant certaines règles relatives au cadre juridique pour les signatures électroniques et les services de certification', *Doc. parl.*, Chambre, 2010, n° 202/002, pp. 68-110, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/47625.pdf> ; voir également C.C., 17 décembre 2003, n° 164/2003, ainsi que C.C., 13 mars 2008, n° 54/2008 ; P. GOFFAUX, Dictionnaire de droit administratif, Bruylant, Bruxelles 2006, pp. 220 à 223 et les références citées, e.a. Cass., 28 janvier 1988, P., 1988, I, 619 et Cass., 10 mai 2002, RG C. 010034 F.

⁸ Anciennement : l'article 13 de la directive 2002/20/CE.

garantissant une assignation et une utilisation efficaces du spectre radioélectrique, notamment en :

- a) fixant des prix de réserve à titre de redevances minimales pour les droits d'utilisation du spectre radioélectrique en ayant égard à la valeur que ces droits peuvent avoir s'ils sont utilisés différemment ;
- b) tenant compte des coûts résultant des conditions dont sont assortis les droits ; et
- c) appliquant, dans la mesure du possible, des modalités de paiement liées à la disponibilité réelle pour l'utilisation du spectre radioélectrique ».

Au regard notamment des exigences de justification objective, de transparence, de non-discrimination et de proportionnalité qui figurent à l'article 42, ainsi que compte tenu des principes d'égalité et de non-discrimination inscrits aux articles 10 et 11 de la Constitution, l'autorité qui fixe le régime juridique des redevances concernées doit être en mesure d'établir les motifs précis, exacts en fait, admissibles en droit, pertinents et adéquats, susceptibles de justifier ce régime, spécialement les différences de traitements opérées au sein de celui-ci, ainsi que celles opérées entre les destinataires de ce régime et les opérateurs auxquels il ne s'appliquerait pas mais dont la situation pourrait être, sous des aspects déterminés, qualifiée de similaire à celles des premiers.

3° L'exercice du pouvoir conféré aux États membres par l'article 42 du Code de prévoir que les droits d'utilisation des radiofréquences sont soumis à une redevance est subordonné à des conditions précises :

– Tout d'abord, la redevance ne peut être prévue qu'« afin d'assurer une utilisation optimale de ces ressources » (en l'espèce, les radiofréquences) – c'est également ce que prévoit l'article 30, § 1^{er}, de la loi du 13 juin 2005.

– Ensuite, les États membres doivent faire en sorte que « ces redevances soient objectivement justifiées, transparentes, non discriminatoires et proportionnées eu égard à la finalité pour laquelle elles sont destinées et tiennent compte des objectifs généraux de la présente directive ». Des exigences de justification et de proportionnalité similaires sont imposées aux États membres par les articles 18 et 19 du Code, s'agissant de modifier les droits, les conditions et les procédures applicables aux droits d'utilisation.

– Enfin, les États membres doivent s'efforcer de veiller à ce que « les redevances applicables soient fixées à un niveau garantissant une assignation et une utilisation efficaces du spectre radioélectrique », « notamment en [...] fixant des prix de réserve à titre de redevances minimales pour les droits d'utilisation du spectre radioélectrique en ayant égard à la valeur que ces droits peuvent avoir s'ils sont utilisés différemment [...] en tenant compte des coûts résultant des conditions dont sont assortis les droits et [...] en appliquant, dans la mesure du possible, des modalités de paiement liées à la disponibilité réelle pour l'utilisation du spectre radioélectrique ».

Sur les différents aspects évoqués aux points 1°, 2° et 3°, ci-avant, il appartient aux auteurs du projet d'être en mesure d'établir, dans le rapport au Roi, les éléments précis et concrets de nature à démontrer que :

– Au regard du droit interne, les montants prévus par la disposition à l'examen sont raisonnablement proportionnés à la valeur du service de gestion des droits d'utilisation et de mise à disposition des fréquences ; cette exigence suppose avant tout que l'objet exact du service de gestion concerné soit défini ;

– les différentes exigences de l'article 42 du Code sont effectivement rencontrées. Cette exigence suppose que des éléments concrets, clairs et précis, figurent dans le rapport au Roi ⁹, spécialement dans l'intérêt des destinataires de la norme. Par ailleurs, cette justification devra avoir égard à la circonstance que l'article 30, § 1^{er}/1, alinéa 3, de la loi du 13 juin 2005, prévoit le paiement d'une redevance dite « unique » pour les bandes de fréquences considérées avec laquelle la redevance envisagée par l'arrêté en projet est appelée à se cumuler.

Sur ces deux points, il convient spécialement de relever que tant en ce qui concerne la notion de « redevance » en droit interne que quant au respect du principe de proportionnalité en général, notamment au regard de l'article 42 du Code, la disposition à l'examen pose question :

– En ce qu'elle prévoit que « le montant de cette redevance est indépendant du nombre de stations de radiocommunications exploitant la fréquence en question » ;

– En ce qu'elle prévoit que la redevance annuelle est réduite de 50 % les trois premières années ;

– En ce que la prise de cours de la redevance annuelle prend comme point de référence le début de la période de validité des droits et non la date de mise à disposition effective de ceux-ci, et ce, selon le rapport au Roi, en vue d'éviter une thésaurisation du spectre.

3. En conclusion, la disposition à l'examen sera réexaminée à la lumière des observations qui précèdent, et le rapport au Roi sera complété en conséquence.

Pour le surplus, et s'agissant plus spécialement des justifications techniques et économiques, il n'appartient pas à la section de législation d'organiser un débat contradictoire entre les auteurs du projet et les opérateurs ou agents économiques intéressés pour se prononcer sur les différents aspects du dossier et notamment sur la conformité du système envisagé par le texte en projet avec les exigences de l'article 42 du Code ¹⁰.

Article 12

⁹ Ce, en prenant en considération les intérêts légitimes et droits des agents économiques concernés quant à la divulgation de certaines données.

¹⁰ L'ensemble de ces observations est inspiré par des observations formulées notamment dans l'avis n° 53.397/4 donné le 28 mai 2013 sur un projet devenu l'arrêté royal du 6 juin 2013 'concernant l'accès radioélectrique dans la bande de fréquences 790-862 MHz', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/53397.pdf> et dans l'avis n° 68.877/4 donné le 29 mars 2021 sur un avant-projet devenu la loi du 27 juin 2021 'portant modification de l'article 30 de la loi du 13 juin 2005 relative aux communications électroniques', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/68877.pdf>.

Il y a lieu de constater que l'obligation d'information imposée au paragraphe 1^{er} du projet manque de précision, notamment quant aux modalités de la publication de l'information destinée au « public ».

La disposition gagnerait à être plus précise sur ce point ¹¹.

Article 29

La section de législation n'aperçoit pas quelle est la portée de l'habilitation conférée à l'IBPT par le paragraphe 8.

Sur ce point, il est rappelé qu'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 ¹².

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

Article 43

Dans la version française les mots « La ministre » seront remplacés par les mots « Le ministre », le mot « ministre » étant épïcène ¹³.

*

¹¹ Voir, en ce sens, l'avis n° 47.981/4 donné le 7 avril 2010 sur un projet devenu l'arrêté royal du 22 décembre 2010 'concernant l'accès radioélectrique dans la bande de fréquences 2500-2690 MHz', <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/avis/47981.pdf> ainsi que l'avis 53.397/4.

¹² Voir l'avis n° 69.166/4.

¹³ *Principes de technique législative - Guide de rédaction des textes législatifs et réglementaires*, www.raadvst-consetat.be, onglet « Technique législative », recommandation n° 167.

Aangezien de adviesaanvraag ingediend is op basis van artikel 84, § 1, eerste lid, 2°, van de wetten ‘op de Raad van State’, gecoördineerd op 12 januari 1973, beperkt de afdeling Wetgeving overeenkomstig artikel 84, § 3, van de voornoemde gecoördineerde wetten haar onderzoek tot de rechtsgrond van het ontwerp, de bevoegdheid van de steller van de handeling en de te vervullen voorafgaande vormvereisten.

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

VOORAFGAANDE OPMERKING

Het ontwerpbesluit voorgelegd aan de afdeling Wetgeving is uit technisch oogpunt uitermate complex.

De regeling die het beoogt te wijzigen of in te voeren moet deugdelijk verantwoord kunnen worden, zowel wat betreft de verschillende behandeling die ze in voorkomend geval meebrengt voor de verschillende actoren op wie ze betrekking heeft of kan hebben, als wat betreft de voorwaarden waaraan het optreden van de Koning verbonden is, zowel in het licht van de artikelen 18 en volgende van de wet van 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’, als in het licht van het ter zake relevante Europese kader.

In zoverre de afdeling Wetgeving van de Raad van State geen specifieke kennis heeft van de feitelijke situaties waarop het ontwerpbesluit betrekking heeft, noch specifieke expertise betreffende de wetenschappelijke, technische en economische aspecten waarmee rekening moet worden gehouden, kan noch moet ze alle aspecten en nuances beoordelen van de gegevens aangevoerd in het verslag aan de Koning of, meer in het algemeen, in de overige stukken van het dossier dat haar is bezorgd.

Onder dit voorbehoud worden de volgende opmerkingen gemaakt.

VOORAFGAANDE VORMVEREISTEN

Uit het dossier dat aan de afdeling Wetgeving is overgezonden, blijkt dat de analyse van de impact van het ontwerp, die uitgevoerd is krachtens de artikelen 6 en 7 van de wet van 15 december 2013 ‘houdende diverse bepalingen inzake administratieve vereenvoudiging’, plaatsgevonden heeft op 2 februari 2018.

Zoals de afdeling Wetgeving reeds heeft opgemerkt, vormt de vervulling van een voorafgaand vormvereiste op een datum die het moment van de adiëring van de afdeling Wetgeving lang voorafgaat, op zich geen bezwaar.

Dat kan echter wel een probleem opleveren wanneer tussen het tijdstip waarop het vormvereiste is vervuld en dat waarop de afdeling Wetgeving wordt geadieerd, en a fortiori dat waarop de ontworpen tekst wordt vastgesteld, de juridische of feitelijke omstandigheden veranderd zijn of wanneer de kans bestaat dat die juridische of feitelijke omstandigheden in die tussentijd veranderen.

Dat is *in casu* het geval.

Enerzijds rijst de vraag of in een sector waarin de technologie uiterst snel evolueert, de opmerkingen die zijn gemaakt ter gelegenheid van een openbare raadpleging die drie jaar voor de adiëring van de afdeling Wetgeving heeft plaatsgevonden, nog altijd gelden, en of de ontworpen tekst geen aanleiding zou geven tot andere opmerkingen dan die welke drie jaar geleden zijn geformuleerd.

Anderzijds heeft het wettelijke kader tussen het tijdstip waarop de openbare raadpleging heeft plaatsgevonden en het tijdstip waarop de afdeling Wetgeving is geadieerd, aanzienlijke wijzigingen ondergaan. Zo bijvoorbeeld werd het volledige Europese rechtskader inzake elektronische communicatie, zoals vastgelegd in de richtlijnen, vervangen door 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”), waarbij de richtlijnen 2002/19/EG,¹ 2002/20/EG,² 2002/21/EG³ en 2002/22/EG⁴ met ingang van 21 december 2020 werden ingetrokken, en dienden de lidstaten het Wetboek, krachtens de artikelen 124 en 125 ervan, uiterlijk op 21 december 2020 in intern recht om te zetten. Zoals hieronder in algemene opmerking 1 wordt uiteengezet, zijn de wijzigingen van het Europese regelgevingskader echter lang niet zonder gevolgen, inzonderheid wat de rechten voor het gebruik van het radiospectrum betreft.

Gelet op die context dient een nieuwe impactanalyse te worden uitgevoerd.

ALGEMENE OPMERKINGEN

JURIDISCH KADER EN RECHTSGROND

1. Het ontworpen besluit valt binnen een algemener kader tot regeling van de procedures en voorwaarden voor het verlenen van de vergunningen voor het radiospectrum overeenkomstig de wet van 13 juni 2005.

¹ 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)’.

² Richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 ‘betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn)’.

³ Richtlijn 2002/21/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 ‘inzake een gemeenschappelijk regelgevingskader voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Kaderrichtlijn)’.

⁴ Richtlijn 2002/22/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 ‘inzake de universele dienst en gebruikersrechten met betrekking tot elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Universeledienstrichtlijn)’.

In dat verband werden aan de afdeling Wetgeving tegelijkertijd vijf aanvragen om advies over ontwerpen van koninklijk besluit voorgelegd.

Het gaat om de volgende ontwerpen:

- ontwerp van koninklijk besluit ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 18 januari 2001 tot vaststelling van het bestek en van de procedure tot toekenning van vergunningen voor de mobiele telecommunicatiesystemen van de derde generatie en het koninklijk besluit van 22 december 2010 betreffende de radiotoegang in de frequentieband 2500-2690 MHz’ (waarover de afdeling Wetgeving vandaag advies 69.766/4 heeft uitgebracht);

- ontwerp van koninklijk besluit ‘betreffende radiotoegang in de frequentieband 1427-1517 MHz’ (waarover de afdeling Wetgeving vandaag advies 69.767/4 heeft uitgebracht);

- ontwerp van koninklijk besluit betreffende radiotoegang in de 3400-3800 MHz-band (waarover de afdeling Wetgeving vandaag dit advies heeft uitgebracht);

- ontwerp van koninklijk besluit ‘betreffende radiotoegang in de frequentieband 700 MHz’ (waarover de afdeling Wetgeving vandaag advies 69.769/4 heeft uitgebracht);

- ontwerp van koninklijk besluit ‘betreffende radiotoegang in de frequentiebanden 900 MHz, 1800 MHz en 2 GHz’ (waarover de afdeling Wetgeving vandaag advies 69.770/4 heeft uitgebracht).

Voor al die frequentiebanden geldt dat de toekenning van de gebruiksrechten niet bepaald wordt in het kader van de voorwaarden van een “algemene machtiging”, met andere woorden, zoals dat begrip is gedefinieerd in artikel 2, 22), van het Wetboek, een “regelgeving door [de autoriteit] waarbij rechten worden verleend voor het aanbieden van elektronischecommunicatienetwerken of -diensten en specifieke sectorgebonden verplichtingen worden vastgesteld die kunnen gelden voor alle of voor specifieke soorten elektronischecommunicatienetwerken en -diensten (...)”, maar volgens een systeem waarin die rechten worden verleend na aanvraag- en veilingprocedures die leiden tot de afgifte van individuele vergunningen aan de operatoren.

Alle ontworpen besluiten zouden steunen op de geldende bepalingen van de wet van 13 juni 2005, meer in het bijzonder en naargelang van het geval op de artikelen 13, 13/1, 18, 20, 29, 30 en 51.

Die wet strekt tot omzetting van de richtlijnen 2002/19/EG, 2002/20/EG, 2002/21/EG, 2002/22/EG en 2002/58/EG,⁵ die tot voor kort het Europese rechtskader voor elektronische communicatie vormden.

⁵ Richtlijn 2002/58/EG van het Europees Parlement en de Raad van 12 juli 2002 ‘betreffende de verwerking van persoonsgegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer in de sector elektronische communicatie (richtlijn betreffende privacy en elektronische communicatie)’.

In dat verband dient meer in het bijzonder rekening te worden gehouden met richtlijn 2002/20/EG van het Europees Parlement en de Raad van 7 maart 2002 ‘betreffende de machtiging voor elektronische-communicatienetwerken en -diensten (Machtigingsrichtlijn)’ waarvan artikel 5, lid 1, dat betrekking had op de gebruiksrechten voor radiofrequenties en nummers, als volgt luidde:

“Waar mogelijk, in het bijzonder indien het gevaar van schadelijke interferentie te verwaarlozen is, onderwerpen de lidstaten het gebruik van radiofrequenties niet aan het verlenen van individuele gebruiksrechten, maar nemen zij de voorwaarden voor het gebruik van dergelijke radiofrequenties op in de algemene machtiging.”

2. Zoals hierboven vermeld, werden bij het Wetboek de richtlijnen 2002/19/EG, 2002/20/EG, 2002/21/EG en 2002/22/EG ingetrokken met ingang van 21 december 2020 en dienden de lidstaten het Wetboek uiterlijk tegen 21 december 2020 om te zetten.

In dat verband dient te worden beklemtoond dat het Wetboek, ongeacht zijn opschrift, geenszins een codificatie zonder inhoudelijke wijzigingen van de ingetrokken richtlijnen is. Ook al worden sommige bepalingen die in die richtlijnen voorkwamen, ongewijzigd of bijna ongewijzigd overgenomen, het Wetboek bevat verschillende wijzigingen of toevoegingen die noch loutere detailkwesties noch louter vormelijk zijn.

Zo bijvoorbeeld werd artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/20/EG niet als zodanig in het Wetboek opgenomen. De pendant ervan is te vinden in artikel 46, lid 1, van het Wetboek, dat luidt als volgt:

“De lidstaten vergemakkelijken het gebruik van radiospectrum, met inbegrip van gedeeld gebruik, in het kader van algemene machtigingen en zij beperken het verlenen van individuele gebruiksrechten voor radiospectrum tot situaties waarin dergelijke rechten noodzakelijk zijn om het efficiënt gebruik in het licht van de vraag te optimaliseren, rekening houdend met de in de tweede alinea vastgestelde criteria. In alle andere gevallen stellen zij de voorwaarden voor het gebruik van radiospectrum vast in een algemene machtiging.

Daartoe nemen de lidstaten een besluit inzake de meest geschikte regeling voor het machtigen van het gebruik van radiospectrum, rekening houdend met:

- a) de specifieke kenmerken van het betrokken radiospectrum;
- b) de noodzaak van bescherming tegen schadelijke interferentie;
- c) in voorkomend geval, de ontwikkeling van duidelijke voorwaarden voor gedeeld gebruik van radiospectrum;
- d) de noodzaak om de technische kwaliteit van communicatie of de dienst te verzekeren;
- e) andere doelstellingen van algemeen belang die door de lidstaten overeenkomstig het Unierecht worden bepaald;
- f) de noodzaak om een efficiënt radiospectrumgebruik te waarborgen.

Indien de lidstaten overwegen om een algemene machtiging of individuele gebruiksrechten voor het geharmoniseerde radiospectrum te verlenen, rekening houdend met de overeenkomstig Beschikking nr. 676/2002/EG vastgestelde technische uitvoeringsmaatregelen, spannen zij zich in om problemen in verband met schadelijke

interferentie zoveel mogelijk te beperken, ook in gevallen van gedeeld gebruik van radiospectrum op basis van een combinatie van een algemene machtiging en individuele gebruiksrechten.

Indien gepast overwegen de lidstaten de mogelijkheid om machtigingen voor het gebruik van radiospectrum te verstrekken op basis van een combinatie van een algemene machtiging en individuele gebruiksrechten, daarbij rekening houdend met de mogelijke effecten van verschillende combinaties algemene machtigingen en individuele gebruiksrechten, en van geleidelijke overgangen van de ene categorie naar de andere, op concurrentie, innovatie en markttoegang.

De lidstaten streven ernaar zo min mogelijk beperkingen te stellen aan het gebruik van radiospectrum door terdege rekening te houden met technische oplossingen om schadelijke interferentie tegen te gaan, teneinde een machtigingsregeling met minimale administratieve lasten in te stellen.”

3. Uit de vergelijking tussen artikel 5, lid 1, van richtlijn 2002/20/EG en artikel 46, lid 1, van het Wetboek blijkt dat de opzet van de regelgeving en de rechtsopvattingen inzake het verlenen van gebruiksrechten voor radiofrequenties zijn gewijzigd.

Terwijl richtlijn 2002/20/EG ervoor wilde zorgen dat de lidstaten, “waar mogelijk”, de rechten voor het gebruik van het radiospectrum niet zouden toewijzen via het verlenen van individuele gebruiksrechten, verplicht het Wetboek de lidstaten ertoe het gebruik van het radiospectrum, met inbegrip van het gedeeld gebruik, in het kader van algemene machtigingen te vergemakkelijken en het verlenen van individuele gebruiksrechten te beperken tot de situaties waarin dergelijke rechten noodzakelijk zijn om de efficiëntie van dat gebruik te maximaliseren in het licht van de vraag en rekening houdend met de criteria die vervat zijn in het Wetboek, en dit door voorafgaandelijk de mogelijkheid te onderzoeken om de algemene machtiging te combineren met individuele gebruiksrechten en tegelijkertijd ernaar te streven zo min mogelijk beperkingen te stellen aan het gebruik van radiospectrum door terdege rekening te houden met technische oplossingen om schadelijke interferentie tegen te gaan, teneinde een machtigingsregeling met minimale administratieve lasten in te stellen.

Daaruit volgt dat de lidstaten voortaan, alvorens gebruik te maken van een systeem van individuele vergunningen, een analyse moeten uitvoeren aan de hand van verschillende criteria en in staat moeten zijn om de noodzaak van een dergelijk systeem grondig en gedetailleerd aan te tonen.

4. Op 10 juni 2021 heeft de afdeling Wetgeving advies 69.166/4 uitgebracht over een voorontwerp van wet ‘houdende omzetting van het Europees wetboek voor elektronische communicatie en wijziging van diverse bepalingen inzake elektronische communicatie’.

Dat voorontwerp, dat zoals het opschrift ervan aangeeft de omzetting van het Wetboek beoogt, werd nog niet ingediend bij de Kamer van volksvertegenwoordigers.

Met betrekking tot de bepalingen van de vijf om advies voorgelegde ontwerpen van besluit merkt de afdeling Wetgeving op dat de artikelen 48, 49, 54 en 59 van dat voorontwerp van wet voorzien in een verregaande wijziging van respectievelijk de artikelen 13, 13/1, 18 en 20 van

de wet van 13 juni 2005, terwijl de artikelen 74 en 92 van datzelfde voorontwerp ertoe strekken de artikelen 30 en 51 van dezelfde wet minder verregaand te wijzigen.

Daarnaast dient inzonderheid rekening te worden gehouden met artikel 50 van dat voorontwerp, dat ertoe strekt in de wet van 13 juni 2005 een nieuwe bepaling op te nemen, namelijk artikel 13/2 dat strekt tot omzetting van artikel 46 van het Wetboek en daartoe de tekst van die bepaling grotendeels overneemt.

5. Daaruit volgt dat de vijf ontwerpen van besluit die om advies zijn voorgelegd aan de afdeling Wetgeving, rechtsgrond ontleen aan wettelijke bepalingen die verregaand zullen worden gewijzigd.

Die wijzigingen zijn van fundamenteel belang en zouden in beginsel in de zeer nabije toekomst moeten plaatsvinden, aangezien ze ertoe strekken een richtlijn om te zetten waarvoor de omzettingstermijn liep tot 20 december 2020.

Hoewel het in dit stadium niet aan de afdeling Wetgeving staat om in een dergelijke context te onderzoeken of de ontworpen bepalingen in overeenstemming zijn met de toekomstige wettelijke bepalingen die met het oog op de omzetting van het Wetboek zouden worden aangenomen, dient de aandacht van de stellers ervan te worden gevestigd op de juridische risico's die zijn verbonden aan een handelswijze die erin bestaat verordenende bepalingen aan te nemen die uitvoering geven aan wetsbepalingen die binnenkort worden gewijzigd teneinde tegemoet te komen aan Europeesrechtelijke normen waarvoor de omzettingstermijn is verstreken.

BIJZONDERE OPMERKINGEN

AANHEF

1. Wat het eerste lid betreft, verleent artikel 13 van de wet van 13 juni 2005 geen rechtsgrond aan het ontworpen besluit of een van zijn bepalingen. Dat artikel moet dus niet worden vermeld.

In hetzelfde lid dient ook de wijziging te worden vermeld die bij de wet van 31 juli 2017 is aangebracht in artikel 18, § 1, van de wet van 13 juni 2005, alsook de wijzigingen die in artikel 30 van dezelfde wet zijn aangebracht bij de wetten van 27 maart 2014 en 27 juni 2021. De aanhef moet dienovereenkomstig worden aangevuld.

2. In het zesde lid dienen de adviezen te worden vermeld die het Belgisch Instituut voor postdiensten en telecommunicatie (hierna “het BIPT”) op 7 januari en 12 mei 2021 over de ontworpen tekst heeft gegeven.

3. Uit de inlichtingen die de gemachtigde van de minister heeft meegedeeld, blijkt dat het BIPT over de ontwerptekst een nieuwe openbare raadpleging heeft gehouden die van 16 juli tot 31 augustus 2021 liep.

In het zevende lid moet ook die raadpleging worden vermeld.

4. Het Overlegcomité heeft op 26 mei 2021 zijn goedkeuring gehecht aan de ontwerptekst.

In het achtste lid moet die datum worden bijgeschreven, en moet niet naar “de raadpleging” maar naar “de akkoordbevinding” van het Comité worden verwezen.

DISPOSITIEF

Artikel 4

Om de machtiging die bij paragraaf 4 van de voorliggende bepaling aan het BIPT wordt verleend, beter te definiëren, en om te garanderen dat ze in overeenstemming is met artikel 13 van de wet van 13 juni 2005 en met artikel 3 van het Wetboek, in het bijzonder paragraaf 2.c) ervan, die in het verslag aan de Koning ter sprake komen, dient die paragraaf 4 te worden aangevuld. Hij moet vermelden dat die aan het BIPT verleende machtiging ten uitvoer moet worden gelegd met het oog op de bevordering van een doeltreffend, efficiënt en gecoördineerd gebruik van het radiospectrum.

Artikel 8

Luidens artikel 8 kan het BIPT operatoren toestaan gebruiksrechten voor frequenties te delen. Het artikel stelt de voorwaarden en de procedure voor die toestemming vast.

De afdeling Wetgeving begrijpt niet wat de rechtsgrond zou kunnen zijn van de aldus ingevoerde regeling inzake de toestemming voor het delen.

Artikel 18, § 1, van de wet van 13 juni 2005 bepaalt meer in het bijzonder het volgende:

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

1° de betreffende dienst of de technologie waarvoor de gebruiksrechten voor de radiofrequentie zijn verleend, in voorkomend geval met inbegrip van de dekkingsvereisten en kwaliteitseisen¹;

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

3° (...);

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

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

6° de gebruiksheffingen overeenkomstig artikel 30;

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

8° (...);

9° (...);

10° in voorkomend geval, de voorwaarden met betrekking tot de vergoeding van de vorige gebruikers van de betrokken frequentieband.”

Daaruit volgt dat de voorwaarden voor het verkrijgen en uitoefenen van de gebruiksrechten die de Koning kan vaststellen, beperkt zijn tot louter de aldus opgesomde doeleinden. Voorwaarden voor het delen van gebruiksrechten behoren daar niet toe.

Voorts dient te worden opgemerkt dat artikel 19 van dezelfde wet wel uitdrukkelijk melding maakt van de overdracht en de verhuur van gebruiksrechten, maar niet van het delen van gebruiksrechten.

Ten slotte is, zoals hierboven is aangegeven, de afdeling Wetgeving onlangs geadieerd met betrekking tot een voorontwerp van wet “houdende omzetting van het Europees wetboek voor elektronische communicatie en wijziging van diverse bepalingen inzake elektronische communicatie”, waarover ze op 10 juni 2021 advies 69.166/4 heeft gegeven.

Artikel 54 van dat voorontwerp strekt ertoe artikel 18, § 1, van de wet van 13 juni 2005 te vervangen door een nieuwe bepaling waarvan het derde lid vergelijkbaar is met het eerste lid van het momenteel geldende artikel 18, § 1.

Anders dan dat eerste lid, vermeldt de ontworpen bepaling die artikel 18, § 1, derde lid, moet worden zoals weergegeven in het voorontwerp dat in advies 69.166/4 is onderzocht, uitdrukkelijk de enige doeleinden waarop de door de Koning vast te stellen voorwaarden voor de uitoefening van de gebruiksrechten betreffende het radiospectrum betrekking mogen hebben, waaronder:

“7° de verplichting om radiospectrum te bundelen of te delen of om toegang tot radiospectrum toe te staan aan andere gebruikers in specifieke regio's of op nationaal niveau.”⁶

Dat doeleinde is iets nieuws ten opzichte van het geldende artikel 18, § 1. Het heeft overigens niet betrekking op het delen van de gebruiksrechten op initiatief van de operatoren, maar op de verplichting het spectrum te bundelen of te delen.

⁶ Het delen van gebruiksrechten wordt ook vermeld in de artikelen 2, 33/4° (artikel 32, 25°, van het voorontwerp dat in advies 69.166/4 is onderzocht) en 13/2 (artikel 50 van het voorontwerp dat in advies 69.166/4 is onderzocht), maar in die artikelen wordt geen machtiging aan de Koning verleend.

In de aldus geschetste context en in zoverre artikel 18 van de wet van 13 juni 2005 de Koning geen uitdrukkelijke machtiging verleent om de voorwaarden te regelen voor het delen van de gebruiksrechten inzake radiofrequenties tussen operatoren, is het de afdeling Wetgeving niet duidelijk op welke rechtsgrond artikel 8 zou kunnen berusten.

Artikel 9

1. Artikel 9 heeft betrekking op het bedrag van en bepaalde regels inzake het jaarlijkse recht “voor de terbeschikkingstelling van frequenties” dat de operatoren aan wie gebruiksrechten zijn toegekend, moeten betalen.

In de voorliggende bepaling wordt niet gepreciseerd wat juist met dat recht wordt vergoed.

2. De bepaling strekt ertoe uitvoering te verlenen aan artikel 30, §§ 1 en 2, van de wet van 13 juni 2005, waarbij aan de Koning een ruime machtiging ter zake wordt verleend.

In het licht van die verduidelijking mag men drie elementen niet uit het oog verliezen:

1° Wat het interne recht betreft, behoort er nogmaals op gewezen te worden dat, zoals de afdeling Wetgeving reeds heeft opgemerkt, de Franse term “redevance” (in het Nederlands “retributie”) zich laat definiëren als een geldelijke vergoeding van een dienst die de overheid presteert ten voordele van de retributieplichtige, individueel beschouwd. Bovendien moet er een redelijke verhouding bestaan tussen, enerzijds, de waarde van de bewezen dienst en, anderzijds, de gevorderde retributie; bij gemis van een zodanige verhouding verliest de retributie haar vergoedend karakter en wordt ze van fiscale aard.⁷

2° Bij artikel 30 van de wet van 13 juni 2005 alsook bij de voorliggende bepaling wordt de mogelijkheid die bij artikel 42⁸ van het Wetboek aan de lidstaten wordt gegeven, ten uitvoer gelegd.

⁷ Zie, wat het begrip retributie betreft, meer bepaald advies 37.844/3, op 1 februari 2005 verstrekt over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 10 augustus 2005 ‘tot wijziging van het koninklijk besluit van 20 juli 1993 tot vaststelling van het bedrag van de bijdragen bedoeld in artikel 13bis van de wet van 25 maart 1964 op de geneesmiddelen’, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/37844.pdf>; advies 37.295/4, op 28 juni 2004 verstrekt over een voorontwerp dat de wet van 13 juni 2005 ‘betreffende de elektronische communicatie’ is geworden, *Parl.St.* Kamer 2004-05, nr. 51-1425/001 en 1426/001, 227-228, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/37295.pdf>; en advies 47.625/4, op 24 februari 2010 verstrekt over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 13 december 2010 ‘tot wijziging van de wet van 21 maart 1991 betreffende de hervorming van sommige economische overheidsbedrijven, van de wet van 17 januari 2003 met betrekking tot het statuut van de regulator van de Belgische post- en telecommunicatiesector en tot wijziging van de wet van 9 juli 2001 houdende vaststelling van bepaalde regels in verband met het juridisch kader voor elektronische handtekeningen en certificatediensten’, *Parl.St.* Kamer 2010, nr. 202/002, 68-110, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/47625.pdf>; zie ook Grondwettelijk Hof 17 december 2003, nr. 164/2003, en 13 maart 2008, nr. 54/2008; P. Goffaux, *Dictionnaire de droit administratif*, Bruylant, Brussel 2006, 220 tot 223, en de geciteerde referenties, o.a. Cass. 28 januari 1988, Pas., 1988, I, 619, en Cass. 10 mei 2002, AR C. 010034 F.

⁸ Voorheen: artikel 13 van richtlijn 2002/20/EG.

Artikel 42 van het Wetboek, dat het opschrift “Vergoedingen voor gebruiksrechten voor radiospectrum en rechten om faciliteiten te installeren” draagt, luidt als volgt:

“1. De lidstaten kunnen de bevoegde instantie toestaan de gebruiksrechten voor radiospectrum of rechten om faciliteiten die worden gebruikt voor de levering van elektronische communicatienetwerken of -diensten en aanverwante faciliteiten te installeren op, over of onder openbare of particuliere eigendom, te onderwerpen aan vergoedingen die een optimaal gebruik van die middelen waarborgen. De lidstaten zorgen ervoor dat die vergoedingen objectief gerechtvaardigd, transparant en niet-discriminerend zijn, en in verhouding staan tot het beoogde doel en zij houden rekening met de algemene doelstellingen van deze richtlijn.

2. Met betrekking tot de gebruiksrechten voor radiospectrum trachten de lidstaten ervoor te zorgen dat de toepasselijke vergoedingen worden vastgesteld op een niveau dat efficiënte toewijzing en gebruik van radiospectrum garandeert, onder andere door:

a) reserveprijzen vast te stellen als minimumvergoeding voor gebruiksrechten voor radiospectrum door rekening te houden met de waarde van die rechten bij hun mogelijke alternatieve toepassingen;

b) rekening te houden met de kosten die worden gemaakt als gevolg van aan die rechten verbonden voorwaarden; en

c) zo veel mogelijk de betalingsregelingen in verband met de daadwerkelijke beschikbaarheid voor het gebruik van het radiospectrum toe te passen.”

Inzonderheid uit het oogpunt van de vereisten inzake objectieve rechtvaardiging, transparantie, non-discriminatie en evenredigheid die artikel 42 vermeldt, alsook gelet op de beginselen van gelijkheid en non-discriminatie vastgelegd in de artikelen 10 en 11 van de Grondwet, moet de wetgever die de betreffende heffingen juridisch regelt, in staat zijn de precieze, feitelijk juiste en in rechte aanvaardbare, relevante en deugdelijke motieven op te geven waarmee die regeling kan worden gerechtvaardigd. Het gaat met name om het rechtvaardigen van de verschillen in behandeling die in die regeling vervat zijn en de verschillen in behandeling die de regeling doet ontstaan tussen de adressaten van die regeling en de operatoren voor wie de regeling niet zou gelden maar die zich onder bepaalde aspecten in een soortgelijke situatie als de adressaten zouden kunnen bevinden.

3° Er gelden precieze voorwaarden voor de uitoefening van de bevoegdheid die de lidstaten bij artikel 42 van het Wetboek is verleend om te voorzien in vergoedingen voor de gebruiksrechten voor radiofrequenties:

– Ten eerste mogen enkel vergoedingen worden opgelegd “die een optimaal gebruik van die middelen waarborgen” (in dit geval: van de radiofrequenties) – dat is ook wat artikel 30, § 1, van de wet van 13 juni 2005 voorschrijft.

– Vervolgens moeten de lidstaten ervoor zorgen dat “die vergoedingen objectief gerechtvaardigd, transparant en niet-discriminerend zijn, (...) in verhouding staan tot het beoogde doel en (...) rekening [houden] met de algemene doelstellingen van deze richtlijn”. De artikelen 18 en 19 van het Wetboek leggen aan de lidstaten soortgelijke eisen inzake rechtvaardiging en proportionaliteit op wanneer er sprake is van een wijziging van de rechten, voorwaarden en procedures die op de gebruiksrechten van toepassing zijn.

– Ten slotte moeten de lidstaten trachten ervoor te zorgen dat “de toepasselijke vergoedingen worden vastgesteld op een niveau dat efficiënte toewijzing en gebruik van radiospectrum garandeert”, “onder andere door (...) reserveprijzen vast te stellen als minimumvergoeding voor gebruiksrechten voor radiospectrum door rekening te houden met de waarde van die rechten bij hun mogelijke alternatieve toepassingen[,] (...) rekening te houden met de kosten die worden gemaakt als gevolg van aan die rechten verbonden voorwaarden[,] en (...) zo veel mogelijk de betalingsregelingen in verband met de daadwerkelijke beschikbaarheid voor het gebruik van het radiospectrum toe te passen”.

Wat de verschillende aspecten betreft die hierboven in de punten 1°, 2° en 3° ter sprake zijn gebracht, moeten de stellers van het ontwerp in het verslag aan de Koning de precieze en concrete elementen kunnen opgeven waarmee kan worden aangetoond dat:

– de bedragen waarin de voorliggende bepaling voorziet, uit het oogpunt van het interne recht redelijkerwijs in verhouding staan tot de waarde van de dienst die bestaat in het beheer van de gebruiksrechten en de terbeschikkingstelling van de frequenties; dat vereiste veronderstelt in de eerste plaats een omschrijving van wat die dienst voor het beheer precies inhoudt;

– daadwerkelijk is voldaan aan de verschillende vereisten van artikel 42 van het Wetboek. Dit vereiste veronderstelt dat het verslag aan de Koning concrete, duidelijke en precieze elementen bevat,⁹ meer bepaald in het belang van de adressaten van de norm. Voor die rechtvaardiging dient men er voorts rekening mee te houden dat artikel 30, § 1/1, derde lid, van de wet van 13 juni 2005 voorziet in de betaling van een zogenoemde “enige” heffing voor de in aanmerking genomen frequentiebanden, die gecumuleerd zou worden met de rechten die het ontworpen besluit in het vooruitzicht stelt.

Wat die beide punten betreft, dient speciaal te worden gewezen op de vragen die de voorliggende bepaling doet rijzen zowel in verband met het begrip “recht” in het interne recht als in verband met de inachtneming van het evenredigheidsbeginsel in het algemeen, met name ten aanzien van artikel 42 van het Wetboek,

– in zoverre wordt bepaald dat “[h]et bedrag van dat recht (...) onafhankelijk [is] van het aantal stations voor radiocommunicatie die de frequentie in kwestie exploiteren”;

– in zoverre wordt bepaald dat de jaarlijkse rechten de eerste drie jaren met 50% worden verminderd;

– in zoverre de datum vanaf wanneer het jaarlijkse recht verschuldigd is, wordt berekend vanaf de aanvang van de geldigheidsperiode van de gebruiksrechten, en niet vanaf de datum waarop die gebruiksrechten daadwerkelijk ter beschikking worden gesteld, en dit om te vermijden dat het spectrum wordt “gehamsterd”, zoals het in het verslag aan de Koning luidt.

⁹ Hierbij dient men de legitieme belangen en rechten van de betreffende economische actoren in aanmerking te nemen, voor wat betreft de bekendmaking van bepaalde gegevens.

3. De conclusie is dat de voorliggende bepaling opnieuw moet worden onderzocht in het licht van de voorgaande opmerkingen, en dat het verslag aan de Koning in overeenstemming daarmee moet worden aangevuld.

Bovendien, en meer in het bijzonder in verband met de technische en economische rechtvaardigingen, staat het niet aan de afdeling Wetgeving een debat op tegenspraak tussen de stellers van het ontwerp en de betrokken operatoren of economische actoren te organiseren, teneinde zich te kunnen uitspreken over de verschillende aspecten van het dossier, en met name over de vraag of de regeling die de ontwerp tekst uitwerkt, in overeenstemming is met de vereisten van artikel 42 van het Wetboek.¹⁰

Artikel 12

Er moet worden opgemerkt dat de informatieplicht opgelegd bij paragraaf 1 niet nauwkeurig genoeg is, meer bepaald wat betreft de wijze van bekendmaking van de informatie bestemd voor het “publiek”.

De bepaling dient op dat punt nauwkeuriger te zijn.¹¹

Artikel 29

De afdeling Wetgeving begrijpt niet wat de strekking is van de machtiging die bij paragraaf 8 aan het BIPT wordt verleend.

Dienaangaande wordt in herinnering gebracht dat aan het BIPT, dat een onafhankelijke administratieve overheid is, in principe geen verordnungsbevoegdheid kan worden verleend 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 kunnen worden opgenomen door een politiek verantwoordelijke overheid, ofwel doordat die overheid – in casu de Koning – optreedt op voorstel van het BIPT, ofwel doordat ze de verordnungsmaatregelen moet goedkeuren. Die laatste voorwaarde hoeft in voorkomend geval niet te worden vervuld voor uiterst technische maatregelen die slechts genomen worden in gevallen waarin de verordnungsbevoegdheid niet veronderstelt dat een echte beoordelingsbevoegdheid wordt

¹⁰ Al deze opmerkingen zijn geïnspireerd door opmerkingen die eerder zijn gemaakt, met name in advies 53.397/4, op 28 mei 2013 gegeven over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 6 juni 2013 ‘betreffende radiotoegang in de frequentieband 790-862 MHz’, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/53397.pdf>, en in advies 68.877/4, op 29 maart 2021 gegeven over een voorontwerp dat heeft geleid tot de wet van 27 juni 2021 ‘houdende wijziging van artikel 30 van de wet van 13 juni 2005 betreffende de elektronische communicatie’, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/68877.pdf>.

¹¹ Zie in die zin advies 47.981/4, op 7 april 2010 gegeven over een ontwerp dat heeft geleid tot het koninklijk besluit van 22 december 2010 ‘betreffende radiotoegang in de frequentieband 2500-2690 MHz’, <http://www.raadvst-consetat.be/dbx/adviezen/47981.pdf>, alsook advies 53.397/4.

uitgeoefend die opportuniteitskeuzes impliceert, bijvoorbeeld wanneer de betrokken regelgeving al volledig of bijna volledig in het Europese recht is vastgelegd.¹²

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

Artikel 43

In de Franse tekst moeten de woorden “La ministre” worden vervangen door de woorden “Le ministre”, die immers een neutrale, gemeenslachtige betekenis hebben.¹³

LE GREFFIER – DE GRIFFIER

LE PRÉSIDENT – DE VOORZITTER

Anne-Catherine VAN GEERSDAELE

Martine BAGUET

¹² Zie advies 69.166/4.

¹³ *Beginnelsen van de wetgevingstechniek - Handleiding voor het opstellen van wetgevende en reglementaire teksten*, www.raadvst-consetat.be, tab “Wetgevingstechniek”, aanbeveling 167.